

Inhalt:

Urteil des OLG Düsseldorf Kartellsenat vom 12.11.2006

15

VI-U (Kart) 28/03

Die Beklagte wird verpflichtet, es zu unterlassen, Geschäftsräume im Stadthaus an Schilderpräger zu vermieten, ohne der Klägerin gleichzeitig Gelegenheit zu geben, auf ihr Angebot als Schilderpräger unter Angabe von Preisen hinzuweisen. 15

2. Dass die Kläger von der Beklagten gemäß §§ 33 S. 1, 20 Abs. 1 GWB verlangen kann, dass sie es unterlässt, Geschäftsräume im Stadthaus an Schilderpräger zu vermieten, ohne der Klägerin gleichzeitig Gelegenheit zu geben, auf ihr Angebot als Schilderpräger hinzuweisen, steht im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. November 2005 fest. Im Streit ist zwischen den Parteien nur noch, ob der Hinweis auf das Angebot der Klägerin unter Angabe von Preisen zu erfolgen hat. Dies ist zu bejahen. So weist die Klägerin in diesem Zusammenhang zu Recht auf die im Urteil des Bundesgerichtshofs zitierte Entscheidung "Schilderpräger im Landratsamt" vom 14. Juli 1998 (BGH WUW/E DE-R 201, 205) hin. Dort ist ausdrücklich ausgeführt, dass der mit der Anmietung des Geschäftslokals verbundene Preisvorteil des Wettbewerbers, der seine Schilder von einem ungünstigeren Standort aus anbietet, nur dann zum Zuge kommt, wenn er die Möglichkeit hat, auf sein Angebot, "insbesondere auf die von ihm verlangten Preise", an geeigneter Stelle hinzuweisen. Allein der Hinweis, dass es außer dem Schilderpräger in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Kfz.-Zulassungsstelle noch weitere Schilderpräger außerhalb des Gebäudes gibt, reicht für sich genommen noch nicht aus, damit der interessierte Kunde eine adäquate Auswahlentscheidung treffen kann. Entscheidend für die Auswahl zwischen den Anbietern ist vor allem der Preis. Erst wenn der interessierte Kunde die Angebotspreise des weiter entfernt liegenden Schilderprägers kennt, kann er entscheiden, ob er den Weg dorthin in Kauf nehmen oder ob er lieber das u.U. teurere Angebot des unmittelbar vor Ort tätigen Schilderprägers in Anspruch nehmen will. Nach der Lebenserfahrung wird die Auswahl zwischen mehreren Schilderprägern relativ schnell und ohne größere Überlegungen getroffen. Der Kunde möchte schnell in den Besitz der Schilder gelangen, und der hierfür zu zahlende Preis ist verhältnismäßig gering. Der Kunde wird sich daher in der Regel nicht erst die Mühe machen, die Angebotspreise weiter entfernt liegender Schilderprägers in Erfahrung bringen. Dem Standortnachteil des externen Schilderprägers kann deshalb nur dadurch wirksam begegnet werden, dass auf sein Angebot unter Angabe von Preisen hingewiesen wird. 17

Urteil des OLG Köln 6. Zivilsenat vom 13.10.2006

19

6 U 153/06

a) Die Befugnis eines Eigentümers, mit seinem Grundstück nach Belieben zu verfahren, reicht schon nach dem Wortlaut des § 903 BGB nur soweit, wie nicht das Gesetz oder die Rechte Dritter entgegenstehen. Die Verfügungsbeklagte trifft als Kommune, die eine Straßenverkehrszulassungsstelle betreibt und auf ihrem eigenen Grundstück Flächen an einige Schilderprägeunternehmer vermietet, die Pflicht, auf die Belange anderer Schilderprägeunternehmer Rücksicht zu nehmen, die sich in der Nachbarschaft angesiedelt haben. Dem liegt zu Grunde, dass ein derartiges Unternehmen wirtschaftlich erfolgreich nur in relativer Nähe zu der Zulassungsstelle geführt werden kann. Öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften sind besonderen Pflichten unterworfen. In ihrer Eigenschaft als Einrichtung der öffentlichen Hand erzeugen sie durch ihre Verwaltungstätigkeit erst die Nachfrage nach den Produkten der Schilderpräger. Die öffentliche Hand darf den ihr durch den Betrieb der Zulassungsstelle zufließenden Vorteil, Schilderprägern geeignete Gewerbeflächen zu überlassen, deshalb nicht ausnutzen, ohne gleichzeitig dort nicht zum Zuge gekommenen Anbietern die Chance einzuräumen, auf ihr Angebot hinzuweisen (ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. "Schilderpräger im Landratsamt", GRUR 1999, 278 ; "Kommunaler Schilderprägebetrieb", GRUR 2003, 167 ; "Hinweisschild in Zulassungsstelle", GRUR 2006, 608). Entsprechend diesem Grundgedanken der Rücksichtnahme auf die Schilderprägeunternehmer, die nicht auf dem Grundstück der Zulassungsstelle beheimatet sind, war die Verfügungsbeklagte nicht befugt, nach ihrem eigenen Gutdünken die Grenze zur P. abzuriegeln, um den Zugang zu dem Pavillon der Verfügungsklägerin von ihrem Grundstück aus zu unterbinden. 21

Urteil des OLG Dresden Kartellsenat vom 12.09.2006 23

U 0786/06 Kart

bb) Bei der gebotenen Abwägung aller Interessen (vgl. Bechthold, GWB, 3. Aufl., § 20 Rn. 38; Schultz in: Langen/Bunte, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., § 20 Rn. 121) wird der Kläger aber durch die erfolgte Vermietung bzw. die beabsichtigte Weitervermietung nicht unbillig behindert. 27

Beschluss des Verwaltungsgerichtshof 31

Baden-Württemberg 1. Senat vom 06.03.2006

1 S 2490/05

drittschützende Wirkung der Normen betreffend die wirtschaftliche Betätigung der kommunalen Gebietskörperschaften; Begriff des Unternehmens; kartellrechtliche Bewertung der Vermietung von Räumen an privaten Unternehmer 31

1. Der Antragsgegner ist Adressat des Behinderungs- und Diskriminierungsverbotes nach § 20 Abs. 1 GWB , das nach § 130 Abs. 1 Satz 1 GWB auch für die privatrechtliche Tätigkeit der öffentlichen Hand gilt (vgl. zum Folgenden BGH, Urteil vom 14.07.1998 - KZR 1/97 -, NJW 1998, 3778). Er ist Unternehmen im Sinne des hier geltenden funktionalen Unternehmensbegriffs, der allein auf die nicht lediglich dem privaten Verbrauch dienende Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr abstellt (vgl. Zimmer in: Immenga/Mestmäcker <Hg.>, GWB, 3. Aufl. 2001, § 1 Randnr. 24 f., 30 ff.; Emmerich, ebd., § 130 Randnr. 31 f., 36 f., jeweils m.w.N.) und verfügt auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung i.S. von § 19 Abs. 1 GWB . Nach dem so genannten Bedarfsmarktkonzept umfasst dieser Markt in sachlicher

und räumlicher Hinsicht das Angebot von Gewerbeflächen, die sich für einen Schilderträger, der den bei Besuchern der im Kreishaus untergebrachten Zulassungsstelle anfallenden Bedarf an Kfz-Schildern decken möchte, zur Anmietung eignen. Hierzu zählen zwar neben auf dem selben Grundstück wie die Zulassungsstelle gelegenen Flächen auch solche in deren - durch einen Radius von etwa 100 m bestimmten - unmittelbarer Nähe (vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.12.1995 - 2 W (Kart) 62/95 -, NJW-RR 1996, 1003), wie sie auch die Antragstellerin derzeit angemietet hat. Letzteres ändert aber nichts an der Feststellung, dass der Antragsgegner insbesondere wegen des Vorteils, den der Standort im Kreishaus aufgrund der geringen Preis- und insbesondere Entfernungselastizität des Marktes vermittelt, jedenfalls als marktstarkes Unternehmens i.S.v. § 19 Abs. 1 Nr. 2 GWB einzustufen ist. Ein Geschäftsverkehr, der Schilderträgern üblicherweise zugänglich ist, ist eröffnet worden.

35

Eine Verletzung von Grundrechten durch die privatwirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand liegt nach der gefestigten Rechtsprechung nur dann vor, wenn die Wettbewerbsfreiheit in unerträglichem Maße eingeschränkt wird, eine Auszehrungskonkurrenz vorliegt oder eine Monopolstellung besteht (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 15.08.1994 - 1 S 1613/93 -, NJW 1995, 274 ; sowie nachfolgend BVerwG, Beschluss vom 21.03.1995 - 1 B 211.94 -, NJW 1995, 2938 <2939>; OVG NRW, Beschluss vom 13.08.2003 - 15 B 1137/03 -, NVwZ 2003, 1520 <1523 f.>; Uechtritz/Otting, a.a.O., § 6 Rz. 116 ff., jeweils m.w.N.). Diese Maßstäbe werden durch die einfachgesetzlichen Regelungen konkretisiert; auf die vorstehenden Ausführungen kann folglich verwiesen werden.

38

Urteil des LG Dortmund 8. Zivilkammer vom 27.01.2006

39

8 O 57/05

Wettbewerbsverstoß durch Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch eine Behörde: Unbillige Behinderung privater Wettbewerber bei Vergabe von Geschäftsräumen in einer Kfz-Zulassungsstelle an ein Schilderprägeunternehmen

39

I. Der Beklagte als Normadressat des § 20 GWB hat in Ausübung seiner marktbeherrschende Stellung die Klägerin in unbilliger Weise objektiv behindert.

42

B. Die Klägerin hat weiterhin einen Schadensersatzanspruch auf Zahlung von 920,00 € Rechtsanwaltsgebühren aus §§ 30 S. 1 , 20 Abs. 1 GWB zu.

44

Urteil des BGH Kartellsenat

46

Hinweis auf konkurrierende Schilderträger vom 08.11.2005

KZR 21/04

Eine Kommune, die eine Kfz-Zulassungsstelle betreibt und damit eine in der Nähe der Zulassungsstelle zu befriedigende Nachfrage nach Kfz-Schildern eröffnet, muss – wenn sie einem Schilderträger Gewerbeflächen in unmittelbarer Nähe zur Zulassungsstelle überlässt und diesem damit gegenüber Wettbewerbern einen deutlichen Standortvorteil verschafft – anderen Schilderträgern Gelegenheit geben, an geeigneter Stelle auf ihr Angebot hinzuweisen.

46

I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus §§ 33 , 20 Abs. 1 GWB wegen unbilliger Behinderung bejaht. Zur Begründung hat es ausgeführt: 47

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat 51

Schilderverkauf im Bürgeramt vom 22.02.1995

6 U 162/94

2. Vor allem darf die öffentliche Hand ihre hoheitliche Machtstellung nicht dadurch mißbrauchen, dass sie amtliche Beziehungen bei der Werbung oder bei Vertragsschlüssen ausnutzt, um sich einen Vorsprung vor privaten Mitbewerbern zu verschaffen. 52

3. Unlauter ist es, wenn die öffentliche Hand durch die Aufnahme einer Wettbewerbstätigkeit die Grundlagen der Existenz eines vorhandenen und nach Herkunft und Gesetz anerkannten selbständigen Berufsstandes rührt und dadurch die Gefahr einer Ausschaltung des Leistungswettbewerbs herbeiführt. 52

Urteil des Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg 61

Kartellsenat vom 04.08.2005

1 Kart U 12/04

Urteil des OLG München Kartellsenat vom 07.04.2005 65

U (K) 4300/04

Kartellrechtliche Zulässigkeit der ordentlicher Kündigung eines langjährigen Pachtvertrages über einen Bundesautobahnnebenbetrieb 65

Beschluss des OLG Düsseldorf 1. Kartellsenat vom 29.12.2004 90

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

Wettbewerbsbeschränkung auf dem Abfallmarkt: Verletzung des kartellrechtlichen Umgehungsverbots durch PPK-Vertrag zur Ausschaltung der Duales System Deutschland AG als Nachfragerin von Entsorgungsdienstleistungen in einem Landkreis 90

(2.1) Gemäß § 535 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB wird der Vermieter durch den Mietvertrag verpflichtet, dem Mieter während der Mietzeit die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietvertragsdauer in diesem Zustand zu erhalten. 97

Beschluss des VG Düsseldorf 1. Kammer vom 26.11.2004 115

1 L 2786/04

Beschluss des Oberverwaltungsgericht 126

für das Land Nordrhein-Westfalen 15. Senat vom 21.09.2004	126
15 B 1709/04	
Wirtschaftliche Betätigung eines Kreises - hier: Raumvermietung an Schilderträger im Kreisverwaltungsgebäude	126
Beschluss des VG Aachen 4. Kammer vom 20.07.2004	136
4 L 113/04	
Überlassung von Räumen im Kreishaus an privaten Schilderträger	136
Urteil des OLG Düsseldorf Kartellsenat vom 21.04.2004	146
VI-U (Kart) 28/03	
"Sparen Sie beim Schilderverkauf ! Autoschilder schnell + preiswert.	147
Urteil des LG Stuttgart 17. Zivilkammer vom 23.12.2003	150
17 O 382/03	
Wettbewerbsbeschränkung durch Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung: Wirksamkeit der Kündigung eines Pachtvertrages über eine Autobahntankstelle	150
Urteil des OLG Celle 13. Zivilsenat vom 16.10.2003	160
13 U 60/03	
Der Boykottaufruf eines Schilderträgers an einen Vermieter von Gewerberäumen mit dem Ziel, weitere Schilderträger aus der unmittelbaren Nachbarschaft der Zulassungsstelle fernzuhalten, ist in aller Regel unbillig im Sinne von § 21 Abs. 1 GWB	160
Der Boykottaufruf eines Schilderträgers an einen Vermieter von Gewerberäumen mit dem Ziel, weitere Schilderträger aus der unmittelbaren Nachbarschaft der Zulassungsstelle fernzuhalten, ist in aller Regel unbillig im Sinn § 21 Abs. 1 GWB .	164
Für die Absicht der unbilligen Beeinträchtigung genügt die Kenntnis der die Unbilligkeit begründenden Umstände. Im Streitfall liegt die Beeinträchtigungsabsicht auf der Hand, weil die Klägerin dem Vermieter für die Durchführung des Vermietungsboykotts gegen ihre Wettbewerber eine erhebliche Vergütung zahlte.	165
Urteil des BGH Kartellsenat	167
Schülertransporte vom 24.06.2003	
KZR 32/01	
Urteil des BGH Kartellsenat	175
Konkurrenzschutz für Schilderträger vom 08.04.2003	

KZR 39/99

Das Berufungsgericht missversteht die bisherige Rechtsprechung des Senats zu den sog. "Schilderprägerfällen" (vgl. Urt. v. 14.7.1998 - KZR 1/97 , WuW/E DE-R 201 ff. - Schilderpräger im Landratsamt; v. 28.9.1999 - KZR 18/98 , WuW/E DE-R 395 ff. - Beteiligungsverbot für Schilderpräger I; v. 3.7.2001 - KZR 11/00 , juris KO-RE742842001 - Beteiligungsverbot für Schilderpräger II; v. 24.9.2002 - KZR 4/01 , WuW/E DE-R 1003 - Kommunalen Schilderprägebetrieb), wenn es annimmt, Normadressat des aus § 20 Abs. 1 GWB folgenden Verbots sei allein die Stelle der öffentlichen Verwaltung, welche den Bedarf an der Herstellung und dem Verkauf von amtlichen Kfz-Schildern hervorgerufen habe. Vielmehr richtet sich das Verbot, andere Schilderprägerunternehmen i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB unbillig zu behindern, gerade an die Beklagte als dasjenige Unternehmen, das die alleinige Verfügungsgewalt über die Überlassung von Gewerbeflächen für Schilderpräger auf dem hier in Rede stehenden relevanten Markt besitzt. 179

Urteil des OLG Celle 13. Zivilsenat vom 20.02.2003 181

13 U 209/02

Wettbewerbsverstoß durch Schilderprägeunternehmen: Wettbewerbswidriges Ansprechen von Kunden vor dem Geschäft eines Mitbewerbers 181

Maßnahmen, die dem Anlocken von Kunden dienen, sind wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG , wenn sie mit einer Belästigung des Kunden verbunden sind, die nach den Anschauungen des durchschnittlichen, verständigen Verkehrsteilnehmers das noch tragbare Maß überschreiten. Hierzu zählt das unaufgeforderte Ansprechen von Kunden vor dem Geschäft eines Mitbewerbers jedenfalls dann, wenn damit nach den Umständen des Falles eine nicht hinnehmbare Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Kunden verbunden ist. 181

Nach der Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass ein erheblicher Teil der angesprochenen Kunden ein derartiges gezieltes Ansprechen vor den Geschäften zweier Mitbewerber als Belästigung empfindet, und zwar auch dann, wenn es in freundlicher Weise erfolgt. Die Personen, die von der Zulassungsstelle kommen und ein Nummernschild erwerben wollen, werden regelmäßig ein Interesse daran haben, sich die Schaufenster und die Werbetafeln beider Geschäfte anzusehen und ihre Entscheidung in Ruhe zu treffen. Das Verhalten der Beklagten ist geeignet, dieses zu verhindern. Die Beklagte hat selbst vorgetragen, dass sie solche Passanten angesprochen habe, die noch unentschieden gewesen seien, welches der Geschäfte sie aufsuchen sollten. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass hierdurch bei vielen der Angesprochenen ein Gefühl von Unbehagen oder Verlegenheit verursacht wird. Dieser Teil der Verkehrsteilnehmer wird häufig eine freundliche Bitte nicht ablehnen oder eine unangenehme Situation vermeiden wollen und sich daher "unter Zugzwang" fühlen. Damit verhindert die Beklagte bei einem erheblichen Teil der Kunden, dass sie sich ungestört für eine der beiden Einkaufsmöglichkeiten entscheiden können. 183

Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes 186

8. Senat vom 15.10.2002 186

8 TG 2579/02

Urteil des BGH 1. Zivilsenat vom 26.09.2002 193

Altautoverwertung

I ZR 293/99

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002 202

Vorleistungspflicht

KZR 38/99

Wettbewerbsbeschränkung: Unangemessene Benachteiligung durch eine in AGB festgelegte Vorleistungspflicht; Diskriminierung durch Ungleichbehandlung von eigenen Kunden gegenüber den Kunden eines Tochterunternehmens 202

1. Ein Normadressat, der seine Leistungen nicht ausschließlich durch Tochterunternehmen anbietet, darf die über sein Tochterunternehmen geworbenen Kunden im Verhältnis zu anderen Kunden grundsätzlich nicht ungleich behandeln. 202

cc) Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB ist den Urteilsfeststellungen nicht zu entnehmen. Soweit das Berufungsgericht sich auf den Gesichtspunkt stützt, die Bevorzugung des eigenen Tochterunternehmens stelle einen solchen Rechtfertigungsgrund dar, erweist sich diese Begründung nicht als tragfähig. 207

Maßgeblich ist vielmehr, ob die Klägerin als Beteiligte eines auf Telefonbuchinserate gerichteten Vertrages im Verhältnis zu anderen Kunden deshalb schlechter gestellt werden darf, weil sie eine Werbeagentur ist und hinter ihr die von den Telefonbucheinträgen tatsächlich Betroffenen stehen. Eine solche Diskriminierung wäre mit den Zielsetzungen des Kartellrechts nicht vereinbar. Sie würde darauf hinauslaufen, dass der Normadressat in seiner Konditionengestaltung danach unterscheidet, mit welchen Personen seine Vertragspartner wiederum kontrahieren bzw. welche Leistungen sie diesem gegenüber erbringen. Für einen derartigen Durchgriff auf die in den nachgelagerten Märkten tätigen Unternehmen ist ein sachlich gerechtfertigter Grund nicht ersichtlich. 207

Bei dieser Betrachtung kommt es auf die Verhältnisse des Einzelfalls nicht an; maßgeblich ist vielmehr, dass eine unangemessene Benachteiligung des Geschäftspartners von vornherein ausgeschlossen ist (BGH, Urt. v. 7.7.1992 - XI ZR 274/91, NJW 1992, 2626). 209

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002 212

Kommunaler Schilderprägebetrieb

KZR 4/01

Wettbewerbsverstoß und Wettbewerbsbeschränkung seitens einer Gemeinde: Unbillige Behinderung privater Wettbewerber bei Vergabe von Geschäftsräumen in ei-

ner Kfz-Zulassungsstelle an ein gemeindeeigenes Schilderprägeunternehmen - Kommunaler Schilderprägebetrieb	212
I. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch der Klägerin aus §§ 33 , 20 Abs. 1 GWB bejaht und zur Begründung ausgeführt:	215
Urteil des BGH Kartellsenat vom 09.07.2002	220
Fernwärme für Börsen	
KZR 30/00	
Urteil des OLG Düsseldorf Kartellsenat vom 12.12.2001	231
U (Kart) 4/01	
Beschluss des OLG München Kartellsenat vom 22.11.2001	233
Kart 1/00	
Urteil des BGH Kartellsenat vom 03.07.2001	259
KZR 11/00	
Wettbewerbsbeschränkung: Boykottatbestand bei Vereinbarungen in Austauschver- trägen; Landkreis als marktbeherrschender Vermieter von Gewerbeflächen für Schilderprägebetriebe	259
Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt Kartellsenat vom 25.06.2001	267
1 U (Kart) 1/01	
Urteil des OLG Karlsruhe 9. Zivilsenat vom 22.03.2001	283
9 U 110/00	
Fristlose Kündigung eines Mietvertrags mit einem Schilderpräger: Unzumutbarkeit der Vertragsfortführung nach Exzess im Konkurrenzkampf von Nachbarmietern	283
Beschluss des OLG Stuttgart	289
Vergabesenat vom 12.05.2000	289
2 Verg 1/00	
Urteil des OLG Düsseldorf Kartellsenat vom 26.01.2000	309
U (Kart) 6/99	
Wenn eine Gemeinde Geschäftsräume in einer Kfz-Zulassungsstelle an einen Schil- derprägebetrieb vermietet, ohne zuvor ihre Vermietungsabsicht öffentlich bekannt gegeben zu haben, liegt darin ein Verstoß gegen das kartellrechtliche Behinde- rungs- und Diskriminierungsverbot.	309

Beteiligungsverbot für Schilderträger

KZR 18/98

Boykottverbot: Vertikalvertragliche Vereinbarung als Boykottaufruf; gesellschaftsrechtliche Beteiligung als Gegenstand; Marktstellung als Unbilligkeitskriterium - Beteiligungsverbot für Schilderträger 318

Urteil des Brandenburgisches Oberlandesgericht

328

3. Zivilsenat vom 26.05.1999

3 U 172/98

Fehlt es an gegenteiligen Abreden der Parteien, so greift zumindest die aus § 535 Satz 1 i.V.m. § 536 BGB folgende Regelung ein. Insbesondere die salvatorische Klausel in § 19 Abs. 7 MVtr/A spricht dafür, dass die Partner den Vertrag trotz eines möglicherweise versteckten Einigungsmangels (§ 155 BGB) - also auch ohne die in sich widersprüchliche Bestimmung - abgeschlossen und es bei der gesetzlichen belassen hätten. 336

Einen anderen Gewerbetreibenden mit gleichem Hauptsortiment muss der Mieter regelmäßig nicht dulden. Das gilt auch dann, wenn es sich - wie vorliegend - nicht um konkurrierende Waren-, sondern um miteinander in Wettbewerb stehende Werkleistungsangebote handelt. 336

Urteil des OLG Dresden 7. Zivilsenat vom 29.10.1998

340

7 U 1117/98

Die Konkurrenzklausele in einem Mietvertrag zwischen einem Landkreis und einem Kfz-Schilderträger über Räume im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle, die verbietet weitere Räume auf dem Grundstück an andere Betriebe, welche Kfz-Kennzeichen herstellen und vertreiben, zu vermieten, ist wegen eines Verstoßes gegen GWB § 26 Abs 2 S 2 (juris: WettbewG) iVm BGB § 134 nichtig. 340

b) Der beklagte Landkreis ist auch als ein relativ marktstarkes Unternehmen i.S.d. § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB anzusehen. Entgegen einer verbreiteten Rechtsprechung (OLG Karlsruhe, WRP 1996, 447 ff., 448 f.; OLG Rostock, WRP 1996, 465 ff., 466; OLG Stuttgart, NJW-RR 1996, 1003 ; NJW-RR 1997, 1541 ; OLG München, NJW 1997, 296 r. Sp. unten; OLG Schleswig, NJW-RR 1997, 1539 r. Sp.; OLG Jena, OLG-NL 1998, 184 ff., 185 li. Sp.) ist bei der Frage, ob der Beklagte auf dem Sektor der von ihm angebotenen Leistungen, nämlich der Vermietung von Gewerberäumen für Kfz.-Schilderträger, keinem oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, nicht allein auf den Immobilienmarkt in unmittelbarer Nähe der Kfz.-Zulassungsstelle des Beklagten abzustellen. Bei der Bestimmung des räumlich relevantes Marktes kommt es - dies hat der Senat bereits in dem angeführten Urteil (NJW-RR 1997, 299 ff., 300 li. Sp.) ausgeführt - auf die Schilderträger als Marktgegenseite an. Der Nachfrageradius von Schilderträgern variiert. Während kleinere Betriebe oft nur eine Kfz.-Zulassungsstelle betreuen, sind andere Unternehmen der

Schilderpragerbranche bundesweit mit der Herstellung und dem Vertrieb von Kfz.-Kennzeichenschildern befasst. Für letztere ist der beklagte Landkreis nur ein Anbieter unter vielen. Auf den Schutz des Diskriminierungsverbotes des § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB können sich daher lediglich kleine und mittlere Unternehmen, die von marktstarken Unternehmen abhängig sind, berufen, nicht jedoch bundesweit tätige Unternehmen. In Bezug auf kleine und mittlere Unternehmen liegt insoweit das nach § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB erforderliche Abhängigkeitsverhältnis vor (Senatsurteil vom 18.04.1996 - 7 U 2422/95 = NJW-RR 299 ff., S. 300). 345

Urteil des BGH Kartellsenat vom 14.07.1998 350

Schilderpräger im Landratsamt

KZR 1/97

Kartellrechtswidrigkeit der Vermietung von Gewerbeflächen an einen Schilderpräger im Amtsgebäude einer KfZ-Zulassungsstelle - Schilderpräger im Landratsamt 350

Urteil des BGH Kartellsenat vom 14.07.1998 361

KZR 15/97

Urteil des OLG Dresden Kartellsenat vom 11.06.1998 370

U 478/98 Kart

Wettbewerbs- und kartellrechtliche Beurteilung von Mietvertragsklauseln eines Landkreises zum Schutze einheimischer Kfz-Schilderpräger 370

Urteil des Thüringer OLG 2. Zivilsenat vom 29.04.1998 372

2 U 1852/97

Wettbewerbsbeschränkung durch eine Gemeinde als marktbeherrschendes Unternehmen: Grundsätze für die Ausschreibung und Vergabe von Standflächen vor einer Kfz-Zulassungsstelle an einen gewerblichen Schilderpräger 372

Urteil des OLG Stuttgart 2. Zivilsenat vom 24.10.1997 382

2 U 45/97 (Orientierungssatz)

Urteil des OLG Stuttgart 2. Zivilsenat vom 24.10.1997 383

2 U 45/97 (Leitsatz)

Urteil OLG Stuttgart Kartellsenat vom 28.02.1997 391

2 U (Kart) 208/96

3. Die unter Verstoß gegen GWB § 26 Abs 2 Nr 1 (WettbewG) abgeschlossenen Mietverträge sind nach BGB § 134 nichtig (Abweichung OLG Stuttgart, 1995-12-12, 2 W (Kart) 62/95, NJW-RR 1996, 1003 = WRP 1996, 369). 391

Wegen des damit gegebenen Verstoßes gegen § 26 II GWB dürfe der Landkreis die nach § 134 BGB unwirksamen Mietverhältnisse nicht fortsetzen und sei er der Klägerin zum Schadensersatz verpflichtet. 396

Dieser Darlegungs- und Beweislast hat der Beklagte nicht genügt. Die Abwägung sämtlicher vom Beklagten geltend gemachter und sonst ersichtlicher Gründe und Interessen ergibt unter der gebotenen Berücksichtigung der auf die Wettbewerbsfreiheit ausgerichteten Zielsetzung des GWB, dass das Interesse der Klägerin an der Offenhaltung des Marktes überwiegt. Der dem Beklagten bei dieser Beurteilung einzuräumende unternehmerische Freiraum wird im Ergebnis durch das schutzwürdige Interesse der Klägerin am freien Marktzutritt verdrängt. Der Wettbewerbsschutz für die Klägerin muss im vorliegenden Einzelfall höher eingeschätzt werden als die vom Beklagten mit der Vermietung seines Nebengebäudes verfolgten Interessen. In dieser Hinsicht kommt es nicht darauf an, dass die wettbewerblichen Auswirkungen sich für die Klägerin nicht auf dem relevanten Vermietungsmarkt sondern auf dem Markt des Verkaufs von Kfz-Schildern ergeben. Auch Behinderungen auf Drittmärkten, die auf ungleicher Behandlung auf einem anderen Markt beruhen, werden vom Diskriminierungsverbot erfasst (BGH WuW/E 1530 -- Faßbierpflegekette). Auf diesem Drittmarkt des Verkaufs von Schildern sind wegen des oben dargelegten standortbedingten Nachfrageausfalls die von der Klägerin zu erwartenden Nachteile so gravierend, dass sie im Ergebnis nicht hingenommen werden müssen. 404

Kein tauglicher Gesichtspunkt der Abwägung sind die vom Beklagten ins Feld geführten fiskalischen Gesichtspunkte. Finanzielle Interessen der Gebietskörperschaft können angesichts der überragenden Bedeutung der Offenhaltung des Marktes grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Soweit der Beklagte im nachgelassenen Schriftsatz vom 20.02.1997, S. 3/4, einen durchschnittlichen Mietertrag von 4.500,-- DM pro Mieter pro Monat gegenüber sonst üblichen 900,-- DM behauptet, rechtfertigt dies den Markteingriff des Beklagten daher nicht, denn nach der Zielsetzung des GWB hat der Beklagte sich jeglicher Ausnutzung seiner überragenden Marktstellung zu enthalten. 405

Im Ergebnis Gleiches gilt auch für den Gesichtspunkt, dass ein Wettbewerbsnachteil der externen Anbieter dadurch ausgeglichen werde, dass der Beklagte seinen Mietern ausschließlich den Verkauf von Schildern gestatte und den Handel mit anderen Produkten verbiete. Hier hätte es des Vortrags dazu bedurft, inwieweit andere Anbieter neben Schildern andere Produkte führen und welche Umsatzanteile damit erzielt werden. 407

Denn der Schadensersatz wird nicht deshalb geschuldet, weil das Nebengebäude nicht an die Klägerin vermietet worden ist, sondern weil sie im Marktzutritt außerhalb des Verwaltungsgebäudes behindert worden ist. 409

Urteil des OLG München Kartellsenat vom 07.11.1996 410

U (K) 5870/95

Urteil des KG Berlin Kartellsenat vom 06.11.1996 411

Kart W 6990/96

Urteil des Schleswig-Holsteinischen OLG 412

11/487

Kartellsenat vom 29.10.1996	412
6 U Kart 18/96	
Urteil des OLG Dresden 7. Zivilsenat vom 18.04.1996	413
7 U 2422/95	
Urteil des OLG Karlsruhe Kartellsenat vom 13.12.1995	414
Schilderprägebetrieb	
6 U 203/95 (Kart)	
Beschluss des OLG Stuttgart	425
Kartellsenat vom 12.12.1995	
2 W (Kart) 62/95	
Urteil des OLG Rostock 2. Zivilsenat vom 18.10.1995	431
2 U 49/95	
1. Wenn ein - städtisches - Unternehmen, das die Räumlichkeiten für eine Kfz-Zulassungsstelle beschafft und sie an die Stadt vermietet hat, in demselben Gebäude auch Räume an nur einen von mehreren Kfz-Kennzeichenhersteller vermietet, stellt dies eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung der anderen Mietinteressenten dar, denn der Vermieter von Geschäftsräumen im Gebäude der städtischen Kfz-Zulassungsstelle ist insofern marktbeherrschend als er einziger Anbieter solcher Räumlichkeiten in derartiger Nähe zur Zulassungsstelle ist.	431
4. Ebenso geht der Hinweis fehl, dass mit dem privaten Wettbewerber bereits ein Mietvertrag geschlossen worden ist, denn es liefe dem Normzweck der GWB § 26 Abs 2 und UWG § 1 zuwider, wenn das Verbot wettbewerbswidrigen Verhaltens durch den langfristigen Abschluss eines diskriminierenden Vertrages ausgehöhlt werden könnte.	432
Urteil des Schleswig-Holsteinisches OLG	433
Kartellsenat vom 01.08.1995	
6 U Kart 35/95	
1. Es ist der öffentlichen Hand grundsätzlich erlaubt, sich privat am Wettbewerb (und damit auch an der Vermietung von Räumlichkeiten) zu beteiligen. Der öffentlichen Hand ist es unbenommen, auch ohne zwingende Gründe Daseinsvorsorge ihr Verwaltungshandeln nach wirtschaftlich vernünftigen Erwägungen zu gestalten. Sie darf dabei allerdings die sachlich berechtigten Interessen privater Wettbewerber nicht außer acht lassen. Denn es ist der öffentlichen Hand verwehrt, über das sachlich Gebotene und verfassungsrechtlich Zulässig hinaus in den Bereich der privaten beruflichen Betätigung Dritter zu deren Nachteil einzugreifen. Eine Wettbewerbsbehandlung der öffentlichen Hand kann sonach gem UWG § 1 zu beanstanden sein,	

wenn sie zu einer Gefährdung des Wettbewerbsbestandes führt und über das Maß sachlich gebotenen Verwaltungshandelns hinausgeht. 433

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat vom 22.02.1995 434

Schilderverkauf im Bürgeramt

6 U 162/94

2. Vor allem darf die öffentliche Hand ihre hoheitliche Machtstellung nicht dadurch missbrauchen, dass sie amtliche Beziehungen bei der Werbung oder bei Vertragsschlüssen ausnutzt, um sich einen Vorsprung vor privaten Mitbewerbern zu verschaffen. 435

Willi E Joachim - Entscheidungsbesprechung 444

Florian Wagner - Anmerkung 445

Volker Emmerich - Anmerkung 446

Hans-Jürgen Ahrens - Anmerkung 447

BGH - 26.09.2002 - I ZR 293/99 - Urteil 448

Prof. Dr. Eike Ullmann, Vors. RiBGH, 456

Dr. Alfred Bergmann, RiBGH 456

Ausgabe: 6/2006 vom 16.06.2006 456

Anm. 1: Schutz einer Marke, bestehend aus dem Namen des Designers und Erstherstellers der mit ihr versehenen Waren

Anm. 2: Auslobung eines Luxus sportwagens im Rahmen eines Preisrätsels („Gewinnfahrzeug mit Fremdemblem“)

Anm. 3: Bedeutung gegensteuernder Verwendungshinweise für das Patent („Rangierkatze“)

Anm. 4: Bestattungswirtschaftliche Betätigung einer Kommune („Friedhofsruhe“)

Anm. 5: Einschränkung des Verbreitungsgebiets von Werbung im Internet („Arzneimittelwerbung im Internet“)

Anm. 6: Kein Missbrauch des Rechts zur Verfolgung von gleichartigen Verstößen mehrerer in einem Konzern verbundener Schuldner

Ein Missbrauch im Sinne der Vorschrift liegt vor, wenn der Anspruchsberechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt – wie das Interesse, den Gegner durch möglichst hohe Prozess- und Verfahrenskosten zu belasten – und diese als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen (vgl. BGH, Urt. v. 06.04.2000 - I ZR 76/98 - BGHZ 144, 165, 170 „Miss-

bräuchliche Mehrfachverfolgung“; BGH, Urt. v. 05.10.2000 - I ZR 237/98 - GRUR 2001, 260, 261 „Vielfachabmahner“).

483

Urteil des OLG Düsseldorf Kartellsenat vom 12.11.2006

VI-U (Kart) 28/03

Tenor

I. Die Berufung der Beklagten gegen das am 12. Juni 2003 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund - 8 O 547/02 - wird zurückgewiesen. Der Tenor des angefochtenen Urteil wird wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verpflichtet, es zu unterlassen, Geschäftsräume im Stadthaus an Schilderträger zu vermieten, ohne der Klägerin gleichzeitig Gelegenheit zu geben, auf ihr Angebot als Schilderträger unter Angabe von Preisen hinzuweisen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

I.

Die Klägerin prägt und vertreibt Kfz-Kennzeichen. In Dortmund betreibt sie ihr Geschäft in etwa 200 Meter Entfernung vom Stadthaus. Dort befindet sich die Kfz-Zulassungsstelle. Rechtsträgerin ist die Stadt Dortmund. Im Stadthaus befinden sich zudem mehrere Geschäftslokale. Zwei davon sind seit 2001 an Schilderträger vermietet. Einer dieser beiden Präge-Betriebe musste sein Geschäftslokal zwischenzeitlich wegen Mietrückständen räumen.

Urteil des OLG Düsseldorf Kartellsenat vom 12.11.2006 VI-U (Kart) 28/03

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem Urteil des Landgerichts Dortmund Bezug genommen (Bl. 126-130 GA).

Mit ihrer Klage verlangte die Klägerin von der Beklagten, dass es ihr gestattet wird, in der Zulassungsstelle ein Hinweisschild in einer Größe von mindestens 0,5 qm mit dem Text

Sparen Sie beim Schilderkauf! Autoschilder schnell + preiswert.

Kroschke., Friedenplatz 8.,

Außerhalb des Stadthauses

und konkreten Preisangaben für einen Satz Kfz-Schilder anzubringen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Der Senat hat die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung zurückgewiesen. Der Bundesgerichtshof hat auf die Revision der Beklagten das Urteil des Senates aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verpflichten, es zu unterlassen, Geschäftsräume im Stadthaus an Schilderpräger zu vermieten, ohne der Klägerin gleichzeitig Gelegenheit zu geben, auf ihr Angebot als Schilderpräger unter Angabe von Preisen hinzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Entscheidungsgründe

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nicht begründet.

1. Zwar war der Tenor des angefochtenen Urteils, nachdem die Klägerin ihren Klageantrag entsprechend den Vorgaben des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 8. November 2005 angepasst hat, umzuformulieren. Hierdurch wird der Klägerin aber nicht weniger zugesprochen, als sie der Sache nach von Anfang an von der Beklagten verlangt hat. Es ging der Klägerin von Anfang an darum, dass im Stadthaus der Beklagten in geeigneter Weise auf ihr Angebot als Schilderpräger hingewiesen wird, sofern im Stadthaus selbst Geschäftsräume an Schilderpräger vermietet sind. Ob dies in der Weise erfolgt, dass ihr die Beklagte gestattet, selbst ein entsprechendes Werbeschild anzubringen, so wie sie es

Urteil des OLG Düsseldorf Kartellsenat vom 12.11.2006 VI-U (Kart) 28/03

ursprünglich beantragt hat, oder ob die Beklagte selbst hierauf in geeigneter Form hinweist, ist für die Klägerin nicht von Bedeutung.

Soweit die Klägerin in der mündlichen Verhandlung auf Anregung des Senates den mit Schriftsatz vom 5. September 2006 angekündigten Antrag insofern umformuliert hat, als sich die Verpflichtung der Beklagten nicht allgemein auf andere Schilderpräger, sondern nur auf sie - die Klägerin - beziehen soll, liegt darin keine teilweise Klagerücknahme. Die Klägerin wollte nicht für alle in der Nähe des Stadthauses ansässigen Schilderpräger ein Hinweisschild im Stadthaus erstreiten und damit eine (unzulässige) Popularklage erheben. Wie sich aus der Antragsbegründung selbst und dem gesamten übrigen Akteninhalt ergibt, ging es der Klägerin ausschließlich darum, dass auf ihr Angebot als Schilderpräger in geeigneter Weise hingewiesen wird. Durch die ursprüngliche Formulierung des Antrags wollte sie lediglich zum Ausdruck bringen, dass sie nicht auf einer isolierten Alleinstellung besteht.

2. Dass die Kläger von der Beklagten gemäß §§ 33 S. 1 , 20 Abs. 1 GWB verlangen kann, dass sie es unterlässt, Geschäftsräume im Stadthaus an Schilderpräger zu vermieten, ohne der Klägerin gleichzeitig Gelegenheit zu geben, auf ihr Angebot als Schilderpräger hinzuweisen, steht im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. November 2005 fest. Im Streit ist zwischen den Parteien nur noch, ob der Hinweis auf das Angebot der Klägerin unter Angabe von Preisen zu erfolgen hat. Dies ist zu bejahen. So weist die Klägerin in diesem Zusammenhang zu Recht auf die im Urteil des Bundesgerichtshofs zitierte Entscheidung "Schilderpräger im Landratsamt" vom 14. Juli 1998 (BGH WUW/DE-R 201, 205) hin. Dort ist ausdrücklich ausgeführt, dass der mit der Anmietung des Geschäftslokals verbundene Preisvorteil des Wettbewerbers, der seine Schilder von einem ungünstigeren Standort aus anbietet, nur dann zum Zuge kommt, wenn er die Möglichkeit hat, auf sein Angebot, "insbesondere auf die von ihm verlangten Preise", an geeigneter Stelle hinzuweisen. Allein der Hinweis, dass es außer dem Schilderpräger in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Kfz.-Zulassungsstelle noch weitere Schilderpräger außerhalb des Gebäudes gibt, reicht für sich genommen noch nicht aus, damit der interessierte Kunde eine adäquate Auswahlentscheidung treffen kann. Entscheidend für die Auswahl zwischen den Anbietern ist vor allem der Preis. Erst wenn der interessierte Kunde die Angebotspreise des weiter entfernt liegenden Schilderprägers kennt, kann er entscheiden, ob er den Weg dorthin in Kauf nehmen oder ob er lieber das u.U. teurere Angebot des unmittelbar vor Ort tätigen Schilderprägers in Anspruch nehmen will. Nach der Lebenserfahrung wird die Auswahl zwischen mehreren Schilderprägern relativ schnell und ohne größere Überlegungen getroffen. Der Kunde möchte schnell in den Besitz der Schilder gelangen, und der hierfür zu zahlende Preis ist verhältnismäßig gering. Der Kunde wird sich daher in der Regel nicht erst die Mühe machen, die Angebotspreise weiter entfernt liegender Schilderprägers in Erfahrung bringen. Dem Standortnachteil des externen Schilderprägers kann deshalb nur dadurch wirksam begegnet werden, dass auf sein Angebot unter Angabe von Preisen hingewiesen wird.

Urteil des OLG Düsseldorf Kartellsenat vom 12.11.2006 VI-U (Kart) 28/03

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO .

Die Anordnungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 708 Nr. 10 , 711 ZPO .

Zur Zulassung der Revision besteht kein Anlass.

Urteil des OLG Köln 6. Zivilsenat vom 13.10.2006

6 U 153/06

Tenor

Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das am 09. Juni 2006 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Köln - Einzelrichter - (5 O 134/06) wird, nachdem die Verfügungsklägerin ihre weitergehenden Anträge zurückgenommen hat, mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die einstweilige Verfügung wie folgt neu gefasst wird:

Die Verfügungsbeklagte hat es zur Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis 250.000,00 € , ersatzweise Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zur Dauer von 6 Monaten zu unterlassen,

an der Grundstücksgrenze des von ihr für ihr Straßenverkehrsamt genutzten Grundstücks B. H., L., zum Nachbargrundstück der P., B. H. 7, L., den gegenwärtig bestehenden Zustand in der Weise zu ändern, dass der Zugang zum Nachbargrundstück der P. erschwert wird.

Von den Kosten des Rechtsstreits hat die Verfügungsbeklagte 2/3, die Verfügungsklägerin 1/3 zu tragen.

Tatbestand

I.

Die Verfügungsklägerin betreibt seit 1991 in einer ihrer Filialen auf dem Grundstück der P. L. ein Schilderprägegeschäft. Das Nachbargrundstück, das im Eigentum der Verfügungsbeklagten steht, beherbergt das Straßenverkehrszulassungsamt. Auf diesem Grundstück betreiben drei Schilderprägeunternehmer aufgrund eines mit der Verfügungsbeklagten geschlossenen Vertrages ihre Geschäfte. Die Filiale der Verfügungsklägerin war bis Ende 2005 in einem Pavillon untergebracht, der vom Eingang der Straßenverkehrszulassungsstelle nicht eingesehen werden konnte. Nachdem dieser Standort aufgrund von Umbaumaßnahmen der P. entfallen war, gestattete diese der Verfügungsklägerin die Aufstellung des Pavillons auf dem rückwärtigen Parkplatz gegenüber dem Eingang der Zulassungsstelle. Ein auf dem Grundstück der P. befindlicher Grenzzaun wurde teilweise entfernt, so-

dass der neuerrichtete Pavillon vom Grundstück der Verfügungsbeklagten aus unmittelbar erreicht werden konnte.

Diese Verlagerung des Pavillons förderte die Geschäftsumsätze der Verfügungsklägerin bei wirtschaftlichen Nachteilen der Schilderprägebetriebe, die auf dem Grundstück der Zulassungsstelle untergebracht waren. Auf deren Beschwerden und auf deren Kosten ließ die Verfügungsbeklagte am 18.02.2006 vor dem Pavillon der Verfügungsklägerin einen neuen Gitterzaun errichten, so dass dieser vom Grundstück der Zulassungsstelle aus nicht mehr erreicht werden konnte. Nachdem die Verfügungsklägerin zwei Tage durch die Zaunmaschen hindurch weiterhin Kfz-Schilder verkauft hatte, ließ die Verfügungsbeklagte Blechplatten an den Zaun schrauben.

Daraufhin erwirkte die Verfügungsklägerin den nachstehend wiedergegebenen Beschluss des Landgerichts Köln:

pp.

Auf den Widerspruch der Verfügungsbeklagten hat die Kammer durch den zuständigen Einzelrichter mit dem angefochtenen Urteil diese einstweilige Verfügung bestätigt. Die seitens der Verfügungsbeklagten getroffenen Maßnahmen stellten einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Verfügungsklägerin dar (§ 823 Abs. 1 BGB).

Dagegen richtet sich die Berufung der Verfügungsbeklagten, die das Ziel der Abänderung der angefochtenen Entscheidung und die vollständige Aufhebung des Verfügungsbeschlusses erstrebt. Zu den von ihr getroffenen Maßnahmen der Grenzeinfriedung sei sie als Eigentümerin berechtigt gewesen (Artikel 14 GG , § 903 S. 1 BGB). Unabhängig davon benötige sie einen undurchlässigen Grenzzaun, um einen unbefugten Zutritt vom Grundstück der P. zu verhindern. In dem Gebäude der Zulassungsstelle lagerten sensible Gegenstände wie die Siegel für Hauptuntersuchung und Abgassonderuntersuchung, Blanke von Fahrzeugbriefen und Fahrzeugscheinen, Bargeld und andere Wertgegenstände. Ein etwaiger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Verfügungsklägerin sei daher jedenfalls nicht rechtswidrig gewesen.

Die Verfügungsklägerin, die das angefochtene Urteil zunächst in vollem Umfang verteidigt hat, hat auf vom Senat geäußerte Bedenken den vormaligen Verfügungsantrag zu 2) zurückgenommen und dem Verfügungsantrag zu 1) die Fassung gegeben, die sich in dem vom Senat formulierten Verbotstenor wieder findet und mit dem das Verbot einer Zugangverschlechterung gegenüber dem gegenwärtig bestehenden Zustand erstrebt wird. Insoweit ist unstreitig, dass im Zuge der Befolgung der vom Landgericht erlassenen einstweiligen Verfügung die Verfügungsbeklagte an der von ihrem Grundstück aus gesehen rechten Seite ein Drittel des von ihr errichteten Grenzzaunes beseitigt hat. Ein Zugang zu dem von der Verfügungsklägerin betriebenen Pavillon ist daher vom Grundstück der Zulassungsstelle aus wieder möglich. Den weiteren Zugang zum und vom Grundstück der P.

verhindert in verschlossenem Zustand eine zwischen dem noch stehenden Grenzzaun und dem Pavillon der Verfügungsklägerin angebrachten Tür. Über die Türschlüssel verfügen neben Bediensteten der P. auch Mitarbeiter der Verfügungsklägerin.

Entscheidungsgründe

II.

Die Berufung hat, soweit über sie nach der teilweisen Antragsrücknahme und der Umformulierung des aufrechterhaltenen Antrags seitens der Verfügungsklägerin noch zu befinden war, nicht begründet. Das Landgericht hat zu Recht den Standpunkt vertreten, dass die von der Verfügungsklägerin angegriffenen Maßnahmen der Verfügungsbeklagten rechtswidrig in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB) eingegriffen habe. Die dagegen von der Berufung vorgebrachten Argumente greifen nicht durch:

a) Die Befugnis eines Eigentümers, mit seinem Grundstück nach Belieben zu verfahren, reicht schon nach dem Wortlaut des § 903 BGB nur soweit, wie nicht das Gesetz oder die Rechte Dritter entgegenstehen. Die Verfügungsbeklagte trifft als Kommune, die eine Straßenverkehrszulassungsstelle betreibt und auf ihrem eigenen Grundstück Flächen an einige Schilderprägeunternehmer vermietet, die Pflicht, auf die Belange anderer Schilderprägeunternehmer Rücksicht zu nehmen, die sich in der Nachbarschaft angesiedelt haben. Dem liegt zu Grunde, dass ein derartiges Unternehmen wirtschaftlich erfolgreich nur in relativer Nähe zu der Zulassungsstelle geführt werden kann. Öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften sind besonderen Pflichten unterworfen. In ihrer Eigenschaft als Einrichtung der öffentlichen Hand erzeugen sie durch ihre Verwaltungstätigkeit erst die Nachfrage nach den Produkten der Schilderpräger. Die öffentliche Hand darf den ihr durch den Betrieb der Zulassungsstelle zufließenden Vorteil, Schilderprägern geeignete Gewerbeflächen zu überlassen, deshalb nicht ausnutzen, ohne gleichzeitig dort nicht zum Zuge gekommenen Anbietern die Chance einzuräumen, auf ihr Angebot hinzuweisen (ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. "Schilderpräger im Landratsamt", GRUR 1999, 278 ; "Kommunaler Schilderprägebetrieb", GRUR 2003, 167 ; "Hinweisschild in Zulassungsstelle", GRUR 2006, 608). Entsprechend diesem Grundgedanken der Rücksichtnahme auf die Schilderprägeunternehmer, die nicht auf dem Grundstück der Zulassungsstelle beheimatet sind, war die Verfügungsbeklagte nicht befugt, nach ihrem eigenen Gutdünken die Grenze zur P. abzuriegeln, um den Zugang zu dem Pavillon der Verfügungsklägerin von ihrem Grundstück aus zu unterbinden.

b) Die Verfügungsbeklagte ist freilich nicht gehalten, unter Zurückstellung ihrer eigenen berechtigten Interessen alles zu tun, um den Zugang zu einem nicht auf ihrem eigenen Grundstück angesiedelten Schilderprägeunternehmer so komfortabel wie nur möglich zu machen. Sie ist vielmehr berechtigt, Maßnahmen zu treffen, die zur Gewährleistung etwa

der Einbruchssicherheit in die Gebäude der von ihr betriebenen Ämter notwendig sind. Die Verfügungsbeklagte hat indessen in dem vorliegenden Eilverfahren nicht plausibel dargelegt, dass die von ihr im Februar des Jahres betriebene umfassende Einfriedung und Abgrenzung zum Nachbargrundstück der P. für eine befriedigende Sicherheitslage erforderlich ist. Sie ist in der Lage, die von ihr betriebenen Amtsgebäude nach Dienstschluss so zu verschließen, wie sie es für nötig erachtet. Die Einfriedung zum Nachbargrundstück der P. kann daher nur noch den zusätzlichen Schutz bezwecken, dass Unbefugten, die in das verschlossene Gebäude der Zulassungsstelle einbrechen wollen, dieses Vorhaben dadurch erschwert wird, dass ihnen bereits der Zugang auf das Grundstück (nahezu) unmöglich gemacht wird. Insoweit war aber zwischen den Parteien im zweitinstanzlichen Verhandlungstermin unstrittig, dass das Grundstück der Verfügungsbeklagten auch bei vollständiger Verriegelung des Zutritts zum Grundstück der P. lediglich durch eine 1,50 Meter hohe Mauer gesichert ist, die von einem potentiellen Einbrecher unschwer überwunden werden kann. Bei dieser Sachlage vermag der Senat die hohe Bedeutung, die einer vollständigen Einzäunung zum Nachbargrundstück der P. zukommen soll, nicht nachzuvollziehen. Es kommt hinzu, dass die Verfügungsbeklagte, wie ebenfalls in der Berufungsverhandlung unstrittig war, zu Beginn des nächsten Jahres ihre Zulassungsstelle in ein angemietetes Gebäude an anderer Stelle verlegt und auch dort über das Verschließen des Bürogebäudes hinaus weitere Sicherungsmaßnahmen, die etwa bereits den Zutritt zu dem entsprechenden Grundstück unmöglich machen, nicht getroffen werden können.

c) Die Verfügungsbeklagte hat noch eingewendet, ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sei im Rechtssinne schon deshalb ausgeschlossen, weil die Verfügungsklägerin ihren Betrieb an der jetzigen Stelle unberechtigt ausübe. Sie verfüge nämlich für den derzeitigen Standort ihres Pavillons nicht über eine erforderliche Baugenehmigung. Auch dem folgt der Senat nicht. Unstrittig ist der Baugenehmigungsantrag eingereicht, vom in der Behörde der Verfügungsbeklagten zuständigen Amt aber noch nicht genehmigt. Die Verfügungsbeklagte hat auch nicht vorgetragen, aus welchen Gründen mit einer Verweigerung der Genehmigung zu rechnen sein könnte. Daher ist im vorliegenden Eilverfahren davon auszugehen, dass der Antrag der Verfügungsklägerin genehmigungsfähig ist und demnächst genehmigt wird.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO .

Die Antragstellerin hat die Kosten zu tragen, soweit sie ihre Anträge zurückgenommen hat (§ 269 Abs. 3 ZPO). Bei der zu Gunsten der Verfügungsklägerin ausgeurteilten Kostenquote hat der Senat entscheidend sein lassen, dass die Verfügungsklägerin im wirtschaftlichen Endergebnis ihr Streitziel weitgehend erreicht hat, indem der ungehinderte Zugang zu ihrem Pavillon vom Grundstück der Verfügungsbeklagten aus gewährleistet ist. Demgegenüber kommt dem Umstand, dass sie einen von zwei ausformulierten Anträgen vollständig zurückgenommen hat, als formal nur eine untergeordnete Bedeutung zu.

Dieses Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig.

Urteil des OLG Dresden Kartellsenat vom 12.09.2006

U 0786/06 Kart

Tenor

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Leipzig vom 30.03.2006 - 5 O 4705/05 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage in ihrem zuletzt gestellten Antrag abgewiesen wird.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen dem Kläger zur Last.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Sicherheit kann jeweils durch eine unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines in der Europäischen Union zugelassenen Kreditinstituts oder Kreditversicherers erbracht werden.

- Streitwert des Berufungsverfahrens: EUR 30.000,00 -

Gründe

A.

Die Parteien streiten im Wesentlichen darum, ob der Beklagte berechtigt ist, Räumlichkeiten zum Betrieb einer Schilderprägwerkstatt ohne vorherige allgemeine Ausschreibung an die Trägergesellschaft einer anerkannten Werkstatt für behinderte Menschen zu vermieten.

Der Beklagte unterhält in den Räumlichkeiten des Landratsamtes Rx-Wx-Str. xx in Dx eine Kfz-Zulassungsstelle. Auf deren Gelände unterhielt der Beklagte bis zum Jahresende 2004 einen mobilen Betrieb zur Prägung von Kfz-Schildern; einem Mitbewerber hatte der Beklagte im Innenbereich der Zulassungsstelle Räumlichkeiten zur Nutzung überlassen. Nachdem diese Mietverhältnisse jeweils zum 31.12.2004 geendet hatten, vermietete der Beklagte zum 01.01.2005 im Gebäude des Landratsamtes gelegene Räumlichkeiten ohne

vorherige Ausschreibung an die "Behindertenzentrum des Landkreises Dx g-GmbH" (nachfolgend: Behindertenzentrum), die dort vereinbarungsgemäß zur Schilderprägung eine anerkannte Werkstatt für behinderte Menschen einrichtete.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Vermietung von Räumlichkeiten an Schilderpräger komme im Gebäude einer Kfz-Zulassungsstelle einer Konzessionsvergabe gleich und müsse deshalb den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz genügen. Hiergegen habe der Beklagte verstoßen, indem er ohne Ausschreibung Räumlichkeiten zum Betrieb einer Kfz-Schilderprägungswerkstatt dem Behindertenzentrum zur Nutzung überlassen habe.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass die Vermietung von Räumlichkeiten im Gebäude des Landratsamtes Rx-Wx-Straße xx, 0xxx Dx, an die Behindertenzentrum des Landkreises gemeinnützige Gesellschaft mbH, Rx-Wx-Straße xx, 0xxx Dx, zum Zweck des Betriebs einer Schilderprägungswerkstatt ohne vorhergegangene Ausschreibung wettbewerbswidrig ist,

hilfsweise,

den Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fällig werdenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, eine im Gebäude des Landratsamtes Rx-Wx-Straße xx, 0xxx Dx, gelegene Fläche oder Räumlichkeit ohne vorherige Ausschreibung zum Zwecke der Herstellung oder des Vertriebs von Kfz-Kennzeichen entgeltlich oder unentgeltlich an Dritte, insbesondere an die Behindertenzentrum des Landkreises gemeinnützige Gesellschaft mbH, Rx-Wx-Straße xx, 0xxx Dx, zu überlassen.

höchsthilfsweise,

den Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fällig werdenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, eine im Gebäude des Landratsamtes Rx-Wx-Straße xx, 0xxx Dx, gelegene Fläche oder Räumlichkeit ohne vorherige Ausschreibung zum Zwecke der Herstellung oder des Vertriebs von Kfz-Kennzeichen entgeltlich oder unentgeltlich an Dritte, insbesondere an die Behindertenzentrum des Landkreises gemeinnützige Gesellschaft mbH, Rx-Wx-Straße xx, 0xxx Dx, ab dem 01.01.2010 zu überlassen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat vorgetragen, wegen des Rückgangs von sonstigen Auftragsarbeiten sei es erforderlich gewesen, der vom Behindertenzentrum unterhaltenen anerkannten Werkstatt für be-

hinderte Menschen ein weiteres Betätigungsfeld zu eröffnen. Hierfür sei die Einrichtung einer Kfz-Schilderprägwerkstatt geeignet gewesen, da sie zwei behinderten Menschen Außenarbeitsplätze eröffne.

Wegen dieses durch das Sozialstaatsprinzip verfassungsrechtlich geschützten Anliegens sei es nicht kartellrechtswidrig, die Räumlichkeiten ohne vorherige Ausschreibung an das Behindertenzentrum zu vermieten. Zu berücksichtigen sei zudem, dass die öffentliche Hand nach § 3 Nr. 4o VOL/A und § 141 SGB IX öffentliche Aufträge bevorzugt an anerkannte Werkstätten für behinderte Menschen vergeben dürfe. Dann müsse es aber erst recht möglich sein, dem Behindertenzentrum durch die Überlassung von Räumlichkeiten die Möglichkeit zu gewähren, die in § 39 SGB IX genannten Ziele selbst zu verwirklichen.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 30.03.2006 (Bl. 52 ff. dA) abgewiesen. Der vom Kläger primär verfolgte Feststellungsantrag sei zulässig. Das Begehren des Klägers sei jedoch der Sache nach weder aus kartellrechtlichen noch aus lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Er führt aus, das Landgericht habe nicht hinreichend berücksichtigt, dass der Beklagte Gesellschafter des Behindertenzentrums und des an diesem beteiligten AWO Kreisverbandes Dx sei. Mit dem lukrativen Betrieb einer Kfz-Schilderprägwerkstatt erstrebe der Beklagte, das Defizit des Behindertenzentrums zu reduzieren, um diesem in geringerem Umfang Haushaltsmittel zur Verfügung stellen zu müssen.

Der Kläger beantragt zuletzt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Leipzig vom 30.03.2006 den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, eine Neuvermietung der derzeit an die Behindertenzentrum des Landkreises Gemeinnützige Gesellschaft mbH zum Zwecke des Betriebs einer Schilderprägwerkstatt vermieteten Räumlichkeiten im Gebäude des Landratsamtes, Rx-Wx-Str. xx, 0xxx Dx, ohne vorherige Ausschreibung unter Einschluss der gewerblichen Schilderpräger vorzunehmen.

Der Beklagte vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen und beantragt,

die Berufung unter Abweisung des zuletzt gestellten Klageantrages zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die eingereichten Schriftsätze sowie die Niederschriften zu den mündlichen Verhandlungen vor dem Landgericht und dem Senat Bezug genommen.

B.

Die Berufung ist unbegründet.

I.

Der im Berufungsrechtszug zuletzt gestellte Antrag, der gemäß § 533 ZPO berücksichtigt werden muss, ist gemäß § 259 Abs. 1 ZPO zulässig.

Der Beklagte hat zum 01.01.2005 Räumlichkeiten zum Betrieb einer Schilderprägwerkstatt ohne Ausschreibung an das Behindertenzentrum vermietet und beansprucht die Befugnis hierzu auch für die Zukunft. Der Kläger muss deshalb besorgen, dass der Beklagte auch weiterhin die Räumlichkeiten ohne allgemeine Ausschreibung an das Behindertenzentrum vermieten wird (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl., § 259, Rn. 3).

II.

Die Klage erweist sich jedoch als unbegründet.

1. Ein kartellrechtlicher Unterlassungsanspruch besteht nicht, da eine ohne vorherige Ausschreibung unter Beteiligung gewerblicher Schilderpräger erfolgende Vermietung von Räumlichkeiten an das Behindertenzentrum den Kläger nicht i.S.v. §§ 33 , 20 Abs. 1 GWB diskriminiert.

a) Im Ausgangspunkt ist dem Kläger allerdings darin beizupflichten, dass dem Beklagten bei der Vermietung von Räumlichkeiten zum Betrieb einer Schilderprägwerkstatt im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle eine marktbeherrschende Stellung zukommt.

aa) Relevanter Markt ist das Angebot von Gewerbeflächen, die sich für einen Schilderprägebetrieb eignen, um den bei den Besuchern der Zulassungsstelle des Landkreises Dx anfallenden Bedarf an Kfz-Schildern zu decken (vgl. BGH WuW/E DE-R 201 [202]).

bb) Auf diesem Markt verfügt der Beklagte über eine überragende Marktstellung, da Schilderpräger in räumlicher Nähe zur Kfz-Zulassungsstelle für dieselbe Leistung deutlich höhere Preise als konkurrierende Anbieter an anderen Standorten erzielen (vgl. BGH NJW 2006, 1979 [1980]; BGH NJW 2003, 752 [753]; BGH WuW/E DE-R 201 [202]).

cc) Mit der Vermietung der Räume für Schilderpräger hat der Beklagte einen Geschäftsverkehr eröffnet, welcher derartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist.

b) Der Beklagte verletzt Rechte des Klägers nicht dadurch, dass er sich für berechtigt hält, an das Behindertenzentrum Räumlichkeiten zum Betrieb einer Schilderprägwerkstatt nach Ablauf der jetzigen Vertragsdauer ohne vorherige Ausschreibung erneut zu vermieten.

aa) Der Kläger hat zwar im Ansatz darin Recht, dass er durch die Vermietung von Räumlichkeiten an einen Wettbewerber beeinträchtigt wird, da ihm hierdurch nur die Möglichkeit verbleibt, ein Schilderprägegewerbe an weniger attraktiven Standorten zu betreiben (vgl.

BGH NJW 2003, 752 ; Frankfurter Kommentar/Ricksen, Kartellrecht, 1999, § 20 GWB Rn. 139).

Dem steht nicht entgegen, dass ein anderer Konkurrent in räumlicher Nähe zum Gebäude des Landratsamts einen Prägebetrieb unterhält. Eine Behinderung liegt nämlich bereits dann vor, wenn Wettbewerbsmöglichkeiten erschwert werden, ohne dass diese vollständig ausgeschlossen sein müssen (Loewenheim, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2006, Band 2, § 20 Rn. 67).

bb) Bei der gebotenen Abwägung aller Interessen (vgl. Bechthold, GWB, 3. Aufl., § 20 Rn. 38; Schultz in: Langen/Bunte, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., § 20 Rn. 121) wird der Kläger aber durch die erfolgte Vermietung bzw. die beabsichtigte Weitervermietung nicht unbillig behindert.

(1) Die Vermietung von Gewerbeflächen innerhalb des Gebäudes einer Kfz-Zulassungsstelle verstößt nicht schlechthin gegen § 20 Abs. 1 GWB (vgl. BGH WuW/E DE-R 201 ff.). Vielmehr ist der Vermieter grundsätzlich nur gehalten, den Mieter unter angemessenen und fairen Bedingungen auszuwählen und den aktuellen Bedarf im Wege einer Ausschreibung, welche die Gleichbehandlung aller Wettbewerber sichert, zu ermitteln (vgl. BGH NJW 2003, 2684 [2685]; BGH NJW 1998, 3778 [3780]; VGH Baden-Württemberg GewArch 2006, 211).

(2) Die aus einer unterbleibenden Ausschreibung folgende Beeinträchtigung der unternehmerischen Betätigung des Klägers ist aber nicht unbillig, da der Beklagte damit die Integration der in einer anerkannten Werkstatt tätigen behinderten Menschen fördern will.

(2.1) Dahinstehen kann, ob der Beklagte gehalten wäre, bei der von ihm dargelegten Konzeption eine auf soziale Einrichtungen bzw. anerkannte Werkstätten für behinderte Menschen beschränkte Ausschreibung durchzuführen. Durch einen etwa hierin liegenden Rechtsverstoß wäre der Kläger nicht unbillig behindert, da er nicht zum Kreis der Adressaten einer derartigen Ausschreibung zählt.

(2.2) Die vom Beklagten verfolgten Zwecke berechtigen diesen, die zum Betrieb einer Schilderprägwerkstatt geeigneten Räume ohne Berücksichtigung der gewerblichen Anbieter an den Träger einer anerkannten Werkstatt für behinderte Menschen zu vermieten.

(2.2.1) Dies ergibt sich allerdings nicht unmittelbar aus § 141 SGB IX (vgl. hierzu: Hauck/Nofts/Götze, SGB IX, § 141 Rn. 2 und 4; Neumann/Pahlen, SchwBG, 8. Aufl., § 56 Rn. 3; Baur, ZFSH/SB 2002, 707 [714]), weil mit der Vermietung von Räumlichkeiten kein Auftrag vergeben wird. Insbesondere lässt der Beklagte mit der Vermietung keine Leistungen durch das Behindertenzentrum ausführen, sondern eröffnet diesem erst, seinerseits Dritten gegenüber am Markt der Schilderpräger teilzunehmen.

(2.2.2) Dessen ungeachtet sind aber bei der kartellrechtlichen Würdigung das Sozialstaatsprinzip (vgl. zur Integration behinderter Menschen: Klein in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Aufl., Art. 20, Rn. 20a) sowie die in § 141 SGB IX - wenn auch unter vergaberechtlichem Blickwinkel - getroffenen normativen Wertentscheidungen zu berücksichtigen.

[1] Soweit die öffentliche Hand Normadressat von § 20 GWB ist, hat ein von ihr verfolgtes öffentliches Interesse in die Abwägung einzufließen (vgl. OLG Hamm WuW/E 4425 [4427 f.]; Schulz, a.a.O., § 20 Rn. 125; Immenga NJW 1995, 1921 [1924]; zur Ausfüllung öffentlich-rechtlicher Entscheidungsspielräume: Sachs, GG-Kommentar, 3. Aufl., Art. 20 Rn. 49). Dies gilt insbesondere, wenn - wie vorliegend - wegen der Staatszielbestimmung des Art. 20 GG ein Verfassungsauftrag zur beruflichen Integration behinderter Menschen besteht und dieser zudem eine gesetzgeberische Ausprägung erfahren hat.

[2] Hieran gemessen wird der Kläger durch die Entscheidung des Beklagten, die Räumlichkeiten zum Betrieb einer Kfz-Schilderprägwerkstatt nicht gewerblichen Anbietern zur Verfügung zu stellen, sondern an eine anerkannte Werkstatt für behinderte Menschen zu vermieten, nicht i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB diskriminiert.

Durch die Vermietung wird es dem Behindertenzentrum ermöglicht, behinderte Menschen in einen Arbeitsprozess einzugliedern und ihnen Arbeitsplätze zur Verfügung zu stellen, die jenen Nichtbehinderter unstreitig gleichwertig sein können. Zudem verweist der Beklagte zu Recht darauf, dass die Beschäftigung in einer Schilderprägwerkstatt Außenkontakte eröffnen lassen und diese die soziale Integration behinderter Menschen fördern kann.

[3] Bei der gebotenen Gesamtschau kann auch nicht außer Betracht bleiben, dass der Kläger durch die Entscheidung der Beklagten, die Räumlichkeiten einer anerkannten Werkstatt für behinderte Menschen zur Nutzung zu überlassen, von einer gewerblichen Tätigkeit im Bereich des Schilderprägegewerbes nicht ausgeschlossen ist. Vielmehr bleibt ihm im Kern unbenommen, seine Geschäftstätigkeit, wie dies durch einen Mitbewerber geschieht, an einem anderen Standort auszuüben. Solches gilt umso mehr, als er vom Beklagten beanspruchen kann, dass auf ein von ihm unterhaltenes eigenes Geschäftslokal und auf von ihm verlangte Preise an geeigneter Stelle im Gebäude des Landratsamtes hingewiesen wird (vgl. BGH NJW 2006, 1979 [1980]).

Der Kläger kann auch nichts daraus ableiten, dass er bei seiner Preisgestaltung durch die unterschiedlichen Umsatzsteuersätze (vgl. § 12 Abs. 2 Nr. 8a UStG) gegenüber nicht zum Abzug von Vorsteuer berechtigten Nachfragern gewisse Wettbewerbsnachteile erfahren mag. Diese werden vom Gesetzgeber als hinnehmbar eingestuft und können deshalb im Rahmen der Güterabwägung nach § 20 Abs. 1 GWB das Gewicht nicht entscheidend zu Gunsten des Klägers verschieben.

[4] Der Senat vermag auch nicht den Landgerichten Dortmund (Urteil vom 27.01.2006 - 8 O 57/05) und Gera (Urteil vom 15.08.2005 - 3 HKR O 91/05) darin zu folgen, dass die öffentliche Hand zu einer privilegierten Vermietung von Räumlichkeiten zum Betrieb einer Kfz-Schilderprägwerkstatt nur nach einer Ausschreibung berechtigt sei, die gewerbliche Anbieter einschlieÙe.

Vorliegend geht es nämlich nicht darum, unter welchen Voraussetzungen der Beklagte bei einer nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften notwendigen Ausschreibung von herkömmlichen Vergabeprinzipien abweichen und anerkannte Werkstätten für behinderte Menschen begünstigen darf. Vielmehr steht allein der Regelungsgehalt von § 20 Abs. 1 GWB im Raum, der aber eine Ausschreibung oder eine sonstige vergaberechtsähnliche Entscheidung nicht generell erfordert, sondern nur bei einer ansonsten drohenden unbilligen Behinderung.

[5] Entgegen der Auffassung des Klägers ist ohne Belang, dass der Beklagte durch den Betrieb der Schilderprägwerkstatt seine Zuschüsse an das Behindertenzentrum soll reduzieren können.

Für eine zulässige Bevorzugung des Behindertenzentrums reicht aus, dass der Beklagte mit der Vermietung der Gewerberäume nicht vorwiegend fiskalische Interessen verfolgt, sondern behinderte Menschen fördern und beruflich integrieren will. Etwaige fiskalische Nebeneffekte wären im Rahmen von § 20 Abs. 1 GWB allenfalls von Belang, wenn - wofür vorliegend kein Anhalt besteht - die ideelle Zielsetzung nicht mehr überwöge (vgl. BGH WuW/E DE-R 1003 ff.)

2. Die Begründetheit des klägerischen Anspruchs ergibt sich auch nicht aus §§ 3 , 4 Nr. 11 , 8 UWG . Im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung sind die gleichen Beurteilungskriterien wie bei § 20 Abs. 1 GWB maßgebend (vgl. BGH NJW 1998, 3778 ff; OLG Frankfurt WuW/E, DE-R 55 [58]; Brüning in: UWG, 2004, Einl. F, Rn. 125f; Immenga, a.a.O., S. 1921), soweit - wie hier - die Unlauterkeit alleine wegen des Verstoßes gegen Vorschriften des GWB in Rede steht.

3. Zwischen den Parteien erörterte Ansprüche aus §§ 33 , 97 , 99 GWB kamen von vorneherein nicht in Betracht, da - wie dargelegt - die Vermietung von Räumlichkeiten keine öffentliche Auftragsvergabe im Sinne von § 99 GWB darstellt.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO , jene zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10 , 711 ZPO .

Die Revision war nicht gemäß § 543 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO zuzulassen. Der Senat weicht nicht von Entscheidungen des Bundesgerichtshofes oder anderer Oberlandesgerichte ab. Die gegenläufigen Urteile des Landgerichts Dortmund und des Landgerichts Gera vermö-

gen der Rechtsfrage keine grundsätzliche Bedeutung zu verleihen, da diese beiden Gerichte ihre - nicht näher begründete - Sicht auf die zu § 141 SGB IX entwickelten Grundsätze stützen, ohne die andere strukturelle Konzeption zu erkennen.

Beschluss des Verwaltungsgerichtshof

Baden-Württemberg 1. Senat vom 06.03.2006

1 S 2490/05

Normen: § 102 Abs 1 GemO BW, § 19 Abs 1 GWB, § 20 Abs 1 GWB, § 33 GWB

drittschützende Wirkung der Normen betreffend die wirtschaftliche Betätigung der kommunalen Gebietskörperschaften; Begriff des Unternehmens; kartellrechtliche Bewertung der Vermietung von Räumen an privaten Unternehmer

Leitsatz

§ 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO

(Rn.4)

2. Der Begriff des Unternehmens in § 102 Abs. 1 GemO (GemO BW) ist nicht funktional, sondern institutionell zu verstehen, und setzt einen "Betrieb" mit einer gewissen organisatorischen Verfestigung voraus. (Rn.9)

3. Zur kartellrechtlichen Bewertung der Vermietung eines im Kreishaus in räumlicher Nähe zur Kfz-Zulassungsstelle gelegenen Raumes an einen Schilderpräger. (Rn.11)

Fundstellen

ESVGH 56, 176-182 (Leitsatz und Gründe)

GewArch 2006, 211-213 (Leitsatz und Gründe)

VBIBW 2006, 348-350 (Leitsatz und Gründe)

DÖV 2006, 831-834 (Leitsatz und Gründe)

NVwZ-RR 2006, 714-717 (Leitsatz und Gründe)

BWGZ 2006, 833-835 (Leitsatz und Gründe)

KommJur 2006, 452-455 (Leitsatz und Gründe)

Tenor

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 24. November 2005 - 7 K 3732/05 - wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 10.000,-- EUR festgesetzt.

Gründe

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Vorbringen in der Beschwerdebegründung, auf dessen Prüfung der Senat beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO), gibt dem Senat keine Veranlassung, über den Antrag der Antragstellerin auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes abweichend vom Verwaltungsgericht zu entscheiden.

Das Verwaltungsgericht hat den Erlass der von der Antragstellerin begehrten einstweiligen Anordnung, mit dem sie die vom Antragsgegner beabsichtigte Vermietung von Räumen im Kreishaus an einen Schilderträger - jedenfalls zu den derzeit vorgesehenen Konditionen - vorläufig verhindern will, abgelehnt. Das Verwaltungsgericht hat einen Anordnungsgrund wegen der Unwägbarkeiten, die im Falle eines Obsiegens der Antragstellerin in einem Hauptsachverfahren mit der Rückabwicklung eines mit einem konkurrierenden Unternehmen abgeschlossenen Mietvertrages verbunden wären, bejaht, einen Anordnungsanspruch indessen verneint. Hiergegen wendet sich die Antragstellerin ohne Erfolg.

I.

Aus den Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts erwächst der Antragstellerin kein Unterlassungsanspruch.

1. Dies folgt nach der ab dem 01.01.2006 geltenden und im Beschwerdeverfahren zu beachtenden Neufassung des § 102 GemO i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Gemeindefachrechts vom 1. Dezember 2005 (GBl. S. 705) i.V.m. § 48 Abs. 1 LKrO allerdings nicht schon daraus, dass sich Dritte grundsätzlich nicht auf die Verletzung der darin

Beschluss des Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

1. Senat vom 06.03.2006

1 S 2490/05

geregelt Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Betätigung der kommunalen Gebietskörperschaften berufen könnten.

a) In der bis zum 31.12.2005 geltenden Fassung des § 102 GemO (vgl. Gesetz vom 19. Juli 1999, GBl. S. 292) hatte der Gesetzgeber die rechtlichen Grenzen für die Gemeindevirtschaft in Übereinstimmung mit der auf § 67 Abs. 1 DGO zurückgehenden so genannten Schrankentrias (vgl. zuletzt Uechtritz/Otting in: Hoppe/Uechtritz <Hg.> Handbuch Kommunale Unternehmen, 2004, § 6 Rz. 2 f.) so ausgestaltet, dass neben die Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck und die Beachtung der Leistungsfähigkeit der Gemeinde eine so genannte einfache Subsidiaritätsklausel trat. Danach durfte die Gemeinde außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge nur dann tätig werden, wenn der öffentliche Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Eine drittschützende Wirkung für einen privaten Konkurrenten ergab sich daraus nach ganz überwiegender Ansicht nicht. Soweit dieser Funktionssperre überhaupt ein eigenständiger Gehalt neben dem Erfordernis des öffentlichen Zwecks zuerkannt wurde (siehe hierzu Uechtritz/Otting, a.a.O., § 6 Rz. 56), wurde darin nur eine allgemeine wirtschaftspolitische Vorgabe gesehen, die - auch wegen des Fehlens eindeutiger Willensbekundungen des Gesetzgebers - einen als Mitbewerber betroffenen Dritten nur reflexhaft zu begünstigen geeignet war, ihm jedoch keine eigenständige wehrfähige Rechtsposition einräumte (vgl. aus der Rspr. OLG Karlsruhe, Urteil vom 16.11.2000 - 4 U 171/99 -, NVwZ 2001, 712 <713 f.> und hierzu Stehlin, NVwZ 2001, 645 sowie Werner, VBIBW 2001, 206 <211 f.>; Urteil vom 14.11.2001 - 6 U 43/01 -, OLGR Karlsruhe 2002, 131; Gern, Kommunalrecht Baden-Württemberg, 9. Auflage 2005, Randnr. 390 m.w.N.; siehe auch Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, § 102 Randnr. 11, 41, 60).

b) Durch das Gesetz vom 01.12.2005 hat der Gesetzgeber - nach Evaluierung der mit der bisherigen Rechtslage gemachten Erfahrungen - die Bestimmung des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO insoweit verschärft, als er sie in eine echte Subsidiaritätsklausel umgewandelt hat, wonach der Vorrang - nunmehr ausdrücklich erwähnter - privater Dritter bereits bei Leistungsparität von gemeindlicher und privater Wirtschaftstätigkeit zu beachten ist; zugleich hat er als verfahrensrechtliche Absicherung in § 102 Abs. 2 GemO die Entscheidungszuständigkeit des Gemeinderats und die vorherige Anhörung der örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel - den so genannten Branchendialog - nominiert (siehe Uechtritz/Otting, a.a.O., § 6 Rz. 52 ff.). Nach dem im Gesetzgebungsverfahren eindeutig zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers soll den betroffenen Konkurrenten - entsprechend der Intention der Neuregelung, die einer übermäßigen Ausweitung der gewerbswirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden entgegenwirken und die Privatwirtschaft auf grundsätzlich ihr vorbehaltenen Geschäftsfeldern vor kommunaler Konkurrenzbetätigung schützen soll - das Recht zur gerichtlichen Überprüfung der Einhaltung dieser objektiv-rechtlichen Vorgabe eingeräumt werden (vgl. LT-Drs. 13/4767 S. 8, 9; LT-Plenarprotokoll 13/103 vom 30.11.2005, S. 7413 f., 7418, 7420). Mit der Ausgestaltung der grundlegenden, den Marktzutritt regelnden Vorschrift des Kommunalwirt-

Beschluss des Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

1. Senat vom 06.03.2006

1 S 2490/05

schaftsrechts als Schutznorm für Konkurrenten steht die Neufassung der baden-württembergischen Gemeindeordnung in einer Linie mit der Rechtsentwicklung in anderen Bundesländern (vgl. etwa zu § 85 Abs. 1 RP GemO RhPfVerfGH, Urteil vom 28.03.2000 - VGH N 12/98 -, NVwZ 2000, 801 <804>; zu § 97 Abs. 1 SächsGO Sollondz, LKV 2003, 297 <301 f.>; zu § 121 Abs. 1 HessGO Pegatzky/Sattler, NVwZ 2005, 1376 f.; siehe auch OVG NRW, Beschluss vom 13.08.2003 - 15 B 1137/03 -, NVwZ 2003, 1520 <1521> zur anderslautenden Vorschrift des § 107 Abs. 1 NWGO).

2. Die Antragstellerin kann von ihr befürchtete Konkurrenz auf den Schilderprägemarkt indessen deswegen nicht unter Berufung auf die Vorschriften des Kommunalwirtschaftsrechts abwehren, weil auch nach der Neufassung des Gesetzes die vom Antragsgegner beabsichtigte Vermietung eines Raumes im Kreishaus vom Tatbestand des § 102 Abs. 1 GemO nicht erfasst wird.

Im Unterschied zu kommunalrechtlichen Regelungen, die ganz allgemein und umfassend die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden einschränkende Bestimmungen unterwerfen (so z. B. § 121 Abs. 1 HessGO und § 100 Abs. 1 GemO Brandenburg), beschränkt sich die Vorschrift des § 102 Abs. 1 GemO auf die Errichtung, Übernahme und wesentliche Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens und die Beteiligung daran. Sie steht insoweit in der Tradition des § 67 DGO. Nach der dort geläufigen Umschreibung, auf die sich der baden-württembergische Landesgesetzgeber von Anfang an bezogen hat, fallen hierunter „Einrichtungen (und Anlagen), die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können“ (vgl. Runderlass zu § 85 GemO a.F., abgedruckt bei Kunze/Schmid, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, 1956, S. 520 und Erl. II.1. zu § 85, sowie BVerwG, Urteil vom 22.02.1972 - I C 24.69 -, BVerwGE, 39, 329 <333>). Hiernach greift das Vorbringen der Antragsstellerin zu kurz, wenn sie - insoweit zutreffend - darauf verweist, dass die Vermietung von Gewerbeimmobilien auch ein lukratives Betätigungsfeld von Privaten sein kann. Denn damit wird lediglich das Begriffselement der „Wirtschaft“ abgedeckt, das auf die materielle Tätigkeit und die Arbeitsmethode abstellt (siehe in einem vergleichbaren Fall zur Vermietung als wirtschaftliche Betätigung i.S.v. § 107 Abs. 1 NWGO, OVG NRW, Beschluss vom 21.09.2004 - 15 B 1709/04 -, NVwZ-RR 2005, 198). Daneben steht zusätzlich das Erfordernis, dass die wirtschaftliche Tätigkeit im Rahmen einer „Einrichtung“ ausgeübt wird, womit auf einen formellen Status abgehoben wird. Der Unternehmensbegriff im kommunalen Wirtschaftsrecht ist demnach - im Unterschied zum Kartellrecht - kein funktionaler, sondern ein institutioneller, und setzt einen „Betrieb“ voraus (vgl. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 24, 33). Da der Gemeinde bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung neben den Organisationsformen des Privatrechts (§103 GemO) nicht allein die öffentlich-rechtliche Anstalt und der Eigenbetrieb, sondern auch der in die allgemeine Verwaltung eingebundene, haushaltsmäßig nicht getrennte Regiebetrieb zu Gebote steht (vgl. BVerwG, Urteil vom 22.02.1972 - I C 24.69 -, BVerwGE, 39, 329 <333>; Hellermann in: Hoppe/Uechtritz, a.a.O., § 7 Rz. 22 f.; Gern, a.a.O., Randnr. 402), sind an die erforderliche betrieblich-organisatorische Verfes-

Beschluss des Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

1. Senat vom 06.03.2006

1 S 2490/05

tigung keine besonderen Anforderungen zu stellen; auf ein Mindestmaß kann indessen nicht verzichtet werden. Von einem Unternehmen im Sinne des § 102 Abs. 1 GemO kann demnach nur dann gesprochen werden, wenn persönliche und sächliche Mittel mit einer gewissen organisatorischen Festigkeit, Dauer und Selbstständigkeit in der Hand eines Rechtsträgers vereint sind (vgl. Schmidt-Jortzig in: Püttner <Hg.>, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 5, 2. Aufl. 1984, § 93 B. S. 53 f.; Knemeyer/Kempen in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht, Band II, 2. Aufl. 2000, § 17 Randnr. 36; Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 102 Randnr. 21; Gern, a.a.O., Randnr. 391). An einem solchen organisatorischen Substrat fehlt es hier. Zwar ist die gemeindliche Liegenschaftsverwaltung nicht von vornherein vom Anwendungsbereich des § 102 Abs. 2 GemO ausgenommen (so aber Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 102 Randnr. 24). Die hier in Rede stehende Vermietung erschöpft sich aber in punktuellen Aktivitäten, ohne auch nur ansatzweise auf einen dauerhaften Arbeitsapparat angewiesen zu sein.

Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 102 Abs. 1 GemO steht, worauf der Antragsgegner zutreffend hinweist, mit dessen Regelungszweck in Einklang. Zum einen bedarf es eines Schutzes der Gemeinde vor wirtschaftlicher Überforderung nicht bei der Nutzung des kommunalen Immobilienbestandes in dieser Fallgestaltung einer lediglich kapazitätsauslastenden Randnutzung (vgl. BVerwG, Urteil vom 21.04.1989 - 7 C 48/88 -, BVerwGE 82, 29 <34>; Ehlers, DVBl 1998, 497 <500 f.>; Britz, NVwZ 2001, 380 <384>); bedeutende finanzielle Risiken sind mit einer solchen Betätigung nicht verbunden. Zum anderen wird damit die Erfüllung der Kernaufgaben der kommunalen Selbstverwaltung nicht gefährdet (siehe Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 102 Randnr.11).

II.

Im Ergebnis zu Recht hat das Verwaltungsgericht auch einen - gem. § 17 Abs. 2 GVG von den Verwaltungsgerichten zu prüfenden - kartellrechtlichen Unterlassungsanspruch der Antragstellerin nach § 33 Abs. 1 i.V.m. § 20 Abs. 1 GWB verneint.

1. Der Antragsgegner ist Adressat des Behinderungs- und Diskriminierungsverbotes nach § 20 Abs. 1 GWB, das nach § 130 Abs. 1 Satz 1 GWB auch für die privatrechtliche Tätigkeit der öffentlichen Hand gilt (vgl. zum Folgenden BGH, Urteil vom 14.07.1998 - KZR 1/97 -, NJW 1998, 3778). Er ist Unternehmen im Sinne des hier geltenden funktionalen Unternehmensbegriffs, der allein auf die nicht lediglich dem privaten Verbrauch dienende Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr abstellt (vgl. Zimmer in: Immenga/Mestmäcker <Hg.>, GWB, 3. Aufl. 2001, § 1 Randnr. 24 f., 30 ff.; Emmerich, ebd., § 130 Randnr. 31 f., 36 f., jeweils m.w.N.) und verfügt auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung i.S. von § 19 Abs. 1 GWB. Nach dem so genannten Bedarfsmarktkonzept umfasst dieser Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht das Angebot von Gewerbeflächen, die sich für einen Schilderpräger, der den bei Besuchern der im Kreishaus untergebrachten Zulassungsstelle anfallenden Bedarf an Kfz-Schildern decken möchte, zur Anmietung eig-

Beschluss des Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

1. Senat vom 06.03.2006

1 S 2490/05

nen. Hierzu zählen zwar neben auf dem selben Grundstück wie die Zulassungsstelle gelegenen Flächen auch solche in deren - durch einen Radius von etwa 100 m bestimmten - unmittelbarer Nähe (vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.12.1995 - 2 W (Kart) 62/95 -, NJW-RR 1996, 1003), wie sie auch die Antragstellerin derzeit angemietet hat. Letzteres ändert aber nichts an der Feststellung, dass der Antragsgegner insbesondere wegen des Vorteils, den der Standort im Kreishaus aufgrund der geringen Preis- und insbesondere Entfernungselastizität des Marktes vermittelt, jedenfalls als marktstarkes Unternehmens i.S.v. § 19 Abs. 1 Nr. 2 GWB einzustufen ist. Ein Geschäftsverkehr, der Schilderprägnern üblicherweise zugänglich ist, ist eröffnet worden.

Eine Behinderung i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB liegt vor, da dieser Begriff weit zu verstehen ist und - wertneutral - jedes Marktverhalten erfasst, das objektiv nachteilige Auswirkungen hat. Eine Behinderung in diesem Sinn droht bereits dadurch, dass der Antragsgegner die Gewerbeflächen nicht an die Antragstellerin, sondern an einen Dritten vermieten könnte; darin liegt zugleich eine Ungleichbehandlung.

2. Bei der gebotenen Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes kann aber nicht festgestellt werden, dass eine Behinderung als unbillig angesehen werden kann oder für eine Ungleichbehandlung ein sachlich gerechtfertigter Grund nicht besteht.

a) Nach der Rechtsprechung der Zivilgerichte fällt zugunsten des Antragsgegners zunächst ins Gewicht, dass auch einem marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit zur wirtschaftlichen Tätigkeit erhalten bleiben muss. Insbesondere ist bei der kartellrechtlichen Beurteilung das Interesse der kommunalen Gebietskörperschaft an einer Gewinn bringenden Nutzung ihrer Gebäude schützenswert. Dabei darf die öffentliche Hand wie andere Unternehmen im Wettbewerb grundsätzlich Standortvorteile wahrnehmen; dies ist ihr allerdings dann verwehrt, wenn sie ihre öffentlich-rechtliche Aufgabe mit ihrer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit verquickt (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 21.07.2005 - I ZR 170/02 -, NJW-RR 2005, 1562 <1565> m.w.N.; Lux in: Hoppe/Uechtritz, a.a.O., § 10 Rz. 50 f.). Im vorliegenden Fall wird die gebündelte Nachfrage nach Kfz-Schildern zwar allein durch die im Kreishaus betriebene Zulassungsstelle hervorgerufen. Die Grenze zur unzulässigen Ausnutzung der beherrschenden Stellung im hierdurch eröffneten Markt wäre wohl dann überschritten, wenn der Antragsgegner die von seiner hoheitlichen Tätigkeit hervorgerufene Nachfrage selbst bediente, was hier aber allein durch die Vermietung der Räumlichkeiten nicht der Fall ist. Eine Verpflichtung des Hoheitsträgers, in dieser Situation auf eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit vollständig zu verzichten, ist in der Rechtsprechung indessen noch nicht bejaht worden (vgl. BGH, Urteil vom 24.09.2002 - KZR 4/01 -, NJW 2003, 752 <754>; siehe auch Lux, a.a.O., § 10 Rz. 62). Ob ein bei der Abwägung auf Seiten des Antragsgegners anerkennenswertes Interesse auch darin zu sehen ist, dass mit der Ansiedlung eines Schilderprägners auf dem Gelände des Landratsamts der Zulassungsvorgang für die Bürger erleichtert wird (so z. B. BGH, Urteil vom 14.07.1998 - KZR 1/97 -,

Beschluss des Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

1. Senat vom 06.03.2006

1 S 2490/05

NJW 1998, 3778 <3779 f.>), scheint fraglich. Denn die Versorgung mit Kfz-Kennzeichen ist in Waiblingen derzeit durch die Antragstellerin gewährleistet, ohne dass die Entfernung zwischen der Zulassungsstelle und den Geschäftsräumen der Antragstellerin zu Unzuträglichkeiten führen würde. Der Antragsgegner kann sich indessen auf das öffentliche Interesse berufen, auf dem dem Vermietungsmarkt nachgelagerten Schilderprägemarkt, der bislang durch ein Quasi-Monopol der Antragstellerin bestimmt wird, wettbewerbliche Strukturen zu ermöglichen (vgl. zu diesem im Rahmen des Gemeindefirtschaftsrechts anerkannten öffentlichen Zweck Uechtritz/Otting, a.a.O., § 6 Rz. 50; Pieroth/Hartmann DVBl 2002, 421 <427 f.> m.N.).

b) Diese Interessen werden nicht von den zu erwartenden Nachteilen für die Antragstellerin überwogen, die ihre Chancen im Wettbewerb gefährdet sieht. Zwar erlangt ein Schilderpräger auf dem Gelände des Landratsamts aufgrund der Nachbarschaft zur Zulassungsstelle regelmäßig einen beachtlichen Marktanteil. Dieser Vorteil entspringt aber der spezifischen Marktsituation, die jeweils den nächstgelegenen Anbieter begünstigt und gegenwärtig der Antragstellerin zugute kommt. Der Wettbewerb bleibt aber erhalten. Die Antragstellerin kann nämlich eigene Marktvorteile gelten machen. Ihre Geschäftsräume liegen nur wenig weiter entfernt als die zur Vermietung anstehenden, die ebenfalls - entgegen der Darstellung der Antragstellerin - nur über eine längere Wegstrecke durchs Freie zu erreichen sind und jedenfalls durch den separaten Außeneingang nicht den Eindruck vermitteln, hier gehe es um einen „amtlichen“ Vorgang. Die Antragstellerin ist zudem nicht mit den sehr hohen Mietzahlungen belastet, mit denen sich ein Mitbewerber konfrontiert sieht. Auf ihr Angebot kann sie schließlich nach der Zusicherung des Antragsgegners in den Räumen der Zulassungsstelle hinweisen. Entgegen ihren Befürchtungen bedeutet gerade ein solcher Hinweis, der dann aus Gründen der Gleichbehandlung auch den Konkurrenten benennt, nicht das wirtschaftliche „Aus“. Denn ggf. kann eine Skizze den nur geringfügigen Entfernungsunterschied zwischen den Anbietern deutlich machen, wobei - falls, wie wohl zu erwarten, Preise nicht verzeichnet werden - der potenzielle Kunde auch Rückschlüsse auf das Preisniveau ziehen kann. Soweit die Antragstellerin hierbei auf die Marktmacht und die Preispolitik von Anbietern verweist, die eine Vielzahl von Filialen betreiben, muss sie sich dem - nach Maßgabe der wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen - stellen.

c) Schließlich hat der Antragsgegner zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das Verbot unbilliger Behinderung den Abschluss eines Mietvertrages ausgeschlossen. Diese Ausschreibung, die hier nach einer Vertragslaufzeit von - ursprünglich vorgesehen - fünf Jahren zur Ermöglichung des Marktzutritts für Wettbewerber des Mieters wiederholt werden soll, hat unter angemessenen und fairen Bedingungen zu erfolgen (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 08.04.2003 - KZR 39/99 -, NJW 2003, 2684 <2685>). Zu Unrecht meint die Antragstellerin, dass die in § 1 Nr. 2 Satz 3 des Mietvertrags enthaltene Verpflichtung, wonach der Mieter während der Dauer des Mietverhältnisses in Waiblingen keine weitere Kfz-Kennzeichenprägestelle betreiben dürfe, diesen Vorgaben nicht entspreche. Entgegen ihrer An-

Beschluss des Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

1. Senat vom 06.03.2006

1 S 2490/05

sicht ist sie nicht bereits faktisch gehindert, sich an der Ausschreibung zu beteiligen; denn die Abgabe eines Angebots setzt die Aufgabe ihres jetzigen Betriebs noch nicht voraus. Als derzeit einziges Unternehmen, das in Waiblingen eine Prägestelle unterhält, wird sie durch diese Klausel auch nicht in unzulässiger Weise einer verdeckten Diskriminierung unterworfen. Im Bieterverfahren hat der Antragsgegner den im Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG wurzelnden Grundsatz der Chancengleichheit der Bieter zu beachten (vgl. hierzu Eggers/Malmendier, NJW 2003, 780 <782, 784 > m.N.). Gegen diesen Grundsatz verstößt die von der Antragstellerin gerügte Gebietsklausel nicht; denn sie dient gerade der kartellrechtlichen Verwirklichung der Marktzutrittsfreiheit, indem sie die Perpetuierung der derzeitigen Monopolstellung der Antragstellerin verhindern will. Soweit die Antragstellerin eine Benachteiligung im Bieterwettbewerb beklagt, weil sie in ihren derzeitigen Geschäftsräumen langfristig vertraglich gebunden sei, ist dies unbeachtlich. Denn dieser Umstand wurzelt allein in ihrem Verantwortungsbereich; solch unterschiedliche Ausgangsbedingungen, die auf betriebswirtschaftlich motivierten Entscheidungen beruhen, sind im Bieterwettbewerb hinzunehmen.

III.

Grundrechtlich fundierte Abwehransprüche der Antragstellerin hat das Verwaltungsgericht ebenfalls zu Recht verneint. Die Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG schützen grundsätzlich weder vor Konkurrenz unmittelbar durch die öffentliche Hand noch vor einer Beeinträchtigung der Wettbewerbschancen durch Begünstigung eines privaten Konkurrenten.

Eine Verletzung von Grundrechten durch die privatwirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand liegt nach der gefestigten Rechtsprechung nur dann vor, wenn die Wettbewerbsfreiheit in unerträglichem Maße eingeschränkt wird, eine Auszehrungskonkurrenz vorliegt oder eine Monopolstellung besteht (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 15.08.1994 - 1 S 1613/93 -, NJW 1995, 274 ; sowie nachfolgend BVerwG, Beschluss vom 21.03.1995 - 1 B 211.94 -, NJW 1995, 2938 <2939>; OVG NRW, Beschluss vom 13.08.2003 - 15 B 1137/03 -, NVwZ 2003, 1520 <1523 f.>; Uechtritz/Otting, a.a.O., § 6 Rz. 116 ff., jeweils m.w.N.). Diese Maßstäbe werden durch die einfachgesetzlichen Regelungen konkretisiert; auf die vorstehenden Ausführungen kann folglich verwiesen werden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO .

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 Satz 1, § 52 Abs. 1 und § 53 Abs. 3 Nr. 1 GKG .

Der Beschluss ist unanfechtbar.

Urteil des LG Dortmund 8. Zivilkammer vom 27.01.2006

8 O 57/05

Normen: § 19 Abs 2 S 1 Nr 2 GWB, § 20 Abs 1 GWB, § 33 S 1 GWB, § 141 SGB 9

Wettbewerbsverstoß durch Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch eine Behörde: Unbillige Behinderung privater Wettbewerber bei Vergabe von Geschäftsräumen in einer Kfz-Zulassungsstelle an ein Schilderprägeunternehmen

Fundstellen

GRUR-RR 2006, 382-383 (red. Leitsatz und Gründe)

NZV 2007, 93-94 (Leitsatz und Gründe)

Tenor

Der Beklagte wird verurteilt,

1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fällig werdenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, bzw. Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, Ordnungshaft insgesamt bis zu 2 Jahren, zu vollziehen am Landrat, zu unterlassen,

die im Gebäude der Kraftfahrzeugzulassungsstelle in H, I-Straße, ... H, im Erdgeschoß direkt links (Blickrichtung in das Gebäude hinein) neben der Eingangstür gelegenen, als „Schilderstelle“ gekennzeichneten Räume ohne vorherige Ausschreibung zum Zwecke der Herstellung des Vertriebs von Kfz-Kennzeichen entgeltlich oder unentgeltlich an Dritte, insbesondere an die gemeinnützige Werkstatt für Behinderte Menschen im Kreis H (X GmbH) zu überlassen, insbesondere weiter zu überlassen,

2. an die Klägerin 920,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über Basiszins-satz p. a. seit dem 25.02.2005 zu zahlen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 500.000,00 € vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Unterlassung der nach ihrer Meinung wettbewerbs-widrigen Vermietung von Räumlichkeiten im Straßenverkehrsamt H ohne vorherige Aus-schreibung in Anspruch. Weiterhin verlangt sie Ersatz von Rechtsanwaltskosten.

Die Klägerin ist ein bundesweit tätiges Filialunternehmen, das unter anderem auf dem Ge-biet der Herstellung (Prägen) und dem Vertrieb von Kraftfahrzeugschildern tätig ist. Der Beklagte ist die für die Kraftfahrzeugzulassung im Kreis H zuständige Behörde und ver-mietet in den Räumlichkeiten der Kraftfahrzeugzulassungsstelle zwei Räume an Dritte. Die Räume sind mit "Schilderstelle" bezeichnet und werden zum Herstellen (Prägen) und Ver-kauf von Kfz-Schildern benutzt.

Aufgrund eines Beschlusses des Kreisausschusses des Kreistages des Beklagten vom 15.11.1999 sollten die beiden Schilderstellen für die Zeit vom 01.12.1999 bis zum 31.12.2004 vermietet werden.

Nach einem Gerichtsverfahren über die Art der Ausschreibung vermietete der Beklagte je eine der beiden Räumlichkeiten nach erfolgter Ausschreibung an einen privaten Konkur-renten der Klägerin, die Fa. I 2, und an die X GmbH (im Folgenden: X). Bei der X handelt es sich um eine gemeinnützige Gesellschaft, deren Gegenstand laut § 2 (1) des Gesell-schaftsvertrages im wesentlichen der Betrieb einer Werkstatt sowie das Führen von Wohnheimen für behinderte Menschen ist. Nach § 2 (2) des Vertrages ist Aufgabe der Ge-sellschaft die wirksame Eingliederung und Arbeitsförderung von Behinderten. Wegen des übrigen Inhaltes des Gesellschaftsvertrages wird auf die zur Akte gereichte Kopie (Anl. zum Schriftsatz d. Bkl. vom 02.05.2005, Bl. 94 ff. d. A.) Bezug genommen.

Der Beklagte hält 74 % der Gesellschaftsanteile der X. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Beklagte Gewinne aus der X zieht bzw. zu Nachschüssen verpflichtet ist oder sol-che – faktisch – leisten müßte.

Mit Schreiben vom 18.03.2004 wandte sich die Klägerin an den Beklagten mit der Anfrage, wann die Räumlichkeiten neu vermietet werden würden. Der Beklagte antwortete mit Schreiben vom 22.03.2004 (Anl. K1 zur Klageschrift) und teilte mit, während der noch lau-fenden fünfjährigen Mietzeit, also bis zum 30.11.2004, sei keine Veränderung vorgesehen. Ein "Neuvermietungsverfahren" werde voraussichtlich Mitte 2004 durchgeführt werden.

Nach einer weiteren e-mail-Anfrage einer Angestellten der Klägerin, Frau N, folgten Telefongespräche zwischen ihr und dem Mitarbeiter der Beklagten Q. Der genaue Inhalt der Gespräche ist streitig.

Auf fernmündliche Nachfrage der Klägerin teilte ein anderer Mitarbeiter des Beklagten, Herr S, am 08.11.2004 mit, eine Ausschreibung werde nicht stattfinden. Es würden beide Schilderstellen an die X vermietet. Unter dem 12.11.2004 unterzeichneten Vertreter des Beklagten und der X jeweils einen Mietvertrag hinsichtlich der beiden Schilderstellen, auf deren Inhalt Bezug genommen wird (Anl. K25 zum Schriftsatz der Klägerin vom 29.08.2005, Bl. 237 ff. d. A.). Die Mietzeit wurde gem. § 2 Ziff. 1 des jeweiligen Vertrages auf fünf Jahre, vom 01.12.2004 bis zum 30.11.2009, festgelegt. Mit Vereinbarung vom 20.05. / 02.06.2005 (Anl. K26 zum Schriftsatz der Klägerin vom 29.08.2005, Bl. 246 d. A.) legten der Beklagte und die X fest, dass die Regelung unter § 8 des Mietvertrages hinsichtlich der Kaufpreisbindung aufgehoben werden sollte.

Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe ihr gegenüber durch ihren Mitarbeiter Q in den Telefonaten vom 19.05., 19.07. und 20.09.2004 zugesagt, eine Ausschreibung werde stattfinden und ihr, der Klägerin, würden die betreffenden Unterlagen automatisch übersandt.

Die Klägerin behauptet weiter, der Beklagte würde Gewinn aus der X ziehen. Jedenfalls sei er zu Nachschüssen verpflichtet, wenn die X Verluste schreiben würde.

Die Klägerin meint, eine Vermietung der streitgegenständlichen Räumlichkeiten an die X ohne vorherige Ausschreibung sei wettbewerbswidrig. Auch eine bevorzugte Vermietung oder Vergabe an gemeinnützige Gesellschaften, die sich der Förderung Behinderter verschrieben habe, sei unbillig. Sonstigen Unternehmen müsse ebenfalls die Möglichkeit eingeräumt werden, an einer Ausschreibung teilzunehmen, die ggf. die Beschäftigung von Behinderten voraussetze. Sie behauptet in diesem Zusammenhang, auch sie beschäftige eine nennenswerte Zahl Behinderter und würde auch weitere einstellen.

Der Beklagte bzw. die X, die gleichsam eine Abteilung des Beklagten darstelle, sei – so behauptet die Klägerin – dringend auf einen hohen Erlös durch den Verkauf von Kraftfahrzeugschildern angewiesen. Im Laufe der vergangenen Jahre habe sich der Jahresüberschuß der X erheblich vermindert, weil deutlich mehr nichtbehinderte Menschen eingestellt worden seien.

Die Klägerin beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fällig werdenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bzw. Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, Ordnungshaft insgesamt bis zu 2 Jahren, vollziehen am Landrat zu unterlassen,

die im Gebäude der Kraftfahrzeugzulassungsstelle in H, I-Straße, ... H, im Erdgeschoß direkt links (Blickrichtung in das Gebäude hinein) neben der Eingangstür gelegenen, als "Schilderstelle" gekennzeichneten Räume ohne vorherige Ausschreibung zum Zwecke der Herstellung des Vertriebs von Kfz-Kennzeichen entgeltlich oder unentgeltlich an Dritte, insbesondere an die gemeinnützige Werkstatt für Behinderte Menschen im Kreis H (X GmbH) zu überlassen, insbesondere weiter zu überlassen,

den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 920,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über Basiszinssatz p. a. seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er bestreitet, Gewinn aus der X zu ziehen und zu Zahlungen verpflichtet zu sein, falls die X Verluste schreiben sollte. Der Grund für die Vermietung beider Schilderstellen an die X liege ausschließlich in der Förderung behinderter Menschen.

Er vertritt die Ansicht, durch sein Verhalten sei die Klägerin nicht unbillig behandelt worden. Die Überlassung der Räumlichkeiten an die X sei auch ohne vorherige Ausschreibung zu billigen, weil hierdurch eine Gesellschaft ausgewählt worden sei, die ausschließlich gemeinnützig tätig werde und der Unterstützung Behinderter diene. Die Unterstützung und sogar Bevorzugung Behinderter sei ein besonderes Anliegen des Gesetzgebers. Dies manifestiere sich insbesondere in § 141 SGB IX .

Wegen des übrigen Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien wechselseitig eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist begründet.

A. Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Unterlassungsanspruch gem. §§ 33 S. 1 , 20 Abs. 1 GWB zu.

I. Der Beklagte als Normadressat des § 20 GWB hat in Ausübung seiner marktbeherrschende Stellung die Klägerin in unbilliger Weise objektiv behindert.

1. Er hat bezüglich der Vermietung von Räumlichkeiten innerhalb der Zulassungsstelle in H eine marktbeherrschende Stellung i. S. d. § 19 Abs. 2, S. 1 Nr. 2 GWB. Der Markt, auf den hier abzustellen ist, umfasst das Angebot von Gewerbeflächen, die sich für einen Schilderträger zur Anmietung oder sonstigen Nutzung eignen, der den bei den Besuchern der

Zulassungsstelle anfallenden Bedarf an Kfz-Schildern decken möchte (BGH, Urteil vom 24.09.2003, KZR 4/01, NJW 2003, 752 , 753). Bei dem Verkauf solcher Kfz-Schildern kommt der besonderen Nähe des Anbieters zur Zulassungsstelle ein entscheidender Wettbewerbsvorteil gegenüber entfernter gelegenen Anbietern wie der Klägerin zu. Die potentiellen Kunden entscheiden sich im Zweifelsfall für den näher gelegenen Anbieter; noch dazu, wenn er durch die Bezeichnung "Schilderstelle" den Eindruck vermittelt, quasi Bestandteil des amtlichen Anmeldevorgangs zu sein. Auf diesem Markt hat der Beklagte eine überragende Marktstellung – auch wenn es außerhalb der Zulassungsstelle weitere Verkaufsstellen gibt –, weil er die beiden qualitativ mit Abstand besten und rentabelsten Flächen zum Betrieb von Verkaufsstellen vermietet. Er allein kann den Vorteil des "kürzesten Weges" bieten.

2. Bei der Vermietung von Gewerberaum im Gebäude der Zulassungsstelle handelt es sich um einen Geschäftsverkehr, der im Vergleich zur Klägerin gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist. Dieser Geschäftsverkehr wurde von dem Beklagten durch die Vermietung der Fläche eröffnet (vgl. auch BGH, NJW 2003, 753).

3. In der Nichtberücksichtigung der Klägerin bei der Vermietung ohne Ausschreibung liegt eine objektive Behinderung und Ungleichbehandlung im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB . Das Verhalten des Beklagten wirkt sich objektiv nachteilig auf die Wettbewerbsmöglichkeiten der Klägerin aus, weil sie bei einem Auswahlverfahren des wirtschaftlich lukrativsten Standortes nicht zum Zuge gekommen ist.

4. Die Benachteiligung der Klägerin durch den Beklagten ist nach Abwägung der Interessen der Parteien unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB unbillig. Die Vermietung an die X ohne vorherige Ausschreibung ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Zwar ist das von der Beklagten vorgetragene Motiv, behinderte Menschen zu fördern und zu integrieren, lobens- und aner kennenswert; es lässt die Unbilligkeit angesichts der Zielsetzung des GWB und des Interesses der Klägerin und anderer potentieller Mitbewerber aber nicht entfallen. Insofern kann dahin stehen, ob der Beklagte aus der X Gewinn zieht oder für etwaige Verluste eintreten müsste.

Das Interesse des Beklagten, durch die Vermietung der Räumlichkeiten an die gemeinnützige X behinderten Menschen auf dem Arbeitsmarkt eine reelle Chance zu eröffnen, überwiegt als allgemeinpölitisches Interesse nicht gegenüber dem Interesse der Klägerin. Ein Anbieter in einer marktbeherrschenden Stellung ist grundsätzlich verpflichtet, unter den Nachfragern auf dem Markt eine Auswahl unter angemessenen und fairen Bedingungen zu treffen, wenn er die nachgefragte Leistung nur gegenüber einem, jedenfalls nicht gegenüber allen Nachfragern erbringen kann. Dies gilt nach gefestigter Rechtsprechung und Literatur insbesondere bei der Vermietung von Räumen im Gebäude einer Kfz-Zulassungsstelle bzw. in deren unmittelbarer Nähe (OLG Frankfurt, Urteil vom 08.11.2005, Anl. K27 zum Schriftsatz der Klägerin vom 07.12.2005, Bl. 266 ff. d. A. mwN).

Eine andere Beurteilung lässt sich auch nicht aus § 141 SGB IX herleiten. Es ist schon zweifelhaft, ob diese Regelung hier Anwendung findet, weil sie sich nach ihrem Wortlaut nur auf die Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand nicht aber auf den Abschluss von Mietverträgen bezieht. Jedenfalls gibt § 141 SGB IX dem Beklagten aber nur das Recht, auch dann die zu bevorzugende Werkstatt zu wählen, wenn deren Angebot geringfügig von dem wirtschaftlichen Angebot abweicht (so auch LG Gera, Urteil v. 04.07.2005, Anl. K24 zum Schriftsatz der Klägerin vom 29.08.2005, Bl. 219 ff. d. A.). § 141 SGB IX entbindet den Beklagten aber nicht von der Verpflichtung, ein angemessenes und faires Vergabeverfahren durchzuführen, in das dann ggf. die Überlegungen zur Behindertenförderung einfließen können. Erst in einem Vergabeverfahren kann in wettbewerbsrechtlich zulässiger Weise überprüft werden, welcher Nachfrager – auch unter Berücksichtigung der Behindertenförderung – das günstigste Angebot abgibt. Eine gesetzliche Regelung, die eine Bevorzugung von gemeinnützigen Gesellschaften oder Behindertenvereinen unter Außerachtlassung wettbewerbsrechtlicher Grundsätze ermöglicht oder gar fordert, ist nicht ersichtlich.

II. Ob der Klägerin auch ein Anspruch aus einer vertraglichen Abrede der Parteien zusteht, kann wegen der Begründetheit ihres Anspruches nach den obigen Ausführungen dahin stehen.

III. Der Klägerin steht wegen der Verwirklichung des Tatbestandes der §§ 33 , 20 GWB ein Unterlassungsanspruch gegen den Beklagten zu.

Die Klägerin muss sich nicht entgegenhalten lassen, dass der Beklagte an den langfristigen Mietvertrag mit der X gebunden ist. Weder der Beklagte noch die X können sich hinsichtlich des abgeschlossenen Mietvertrages auf Vertrauensschutz berufen. Der Beklagte unterlag hinsichtlich seiner Verpflichtung zur Ausschreibung einem vermeidbaren Rechtsirrtum. Durch seine Beteiligung in Höhe von 74 % an der X war und ist er in der Lage, entscheidend auf die X einzuwirken. Er kann aufgrund seiner Mehrheitsbeteiligung einen Unterlassungsanspruch der Klägerin – etwa durch einen Aufhebungsvertrag – gegenüber der X durchzusetzen.

B. Die Klägerin hat weiterhin einen Schadensersatzanspruch auf Zahlung von 920,00 € Rechtsanwaltsgebühren aus §§ 30 S. 1 , 20 Abs. 1 GWB zu.

Dem Beklagten ist hinsichtlich der unbilligen Benachteiligung der Klägerin Fahrlässigkeit vorzuwerfen, weil er einem vermeidbarem Rechtsirrtum unterlag. Die angefallenen vorprozessualen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 920,00 € nach Nr. 2400 und Vorb. 3 Abs. 4 sowie Nr. 7002 VV zum RVG stellen einen ersatzfähigen Schaden dar.

Der diesbezügliche Zinsanspruch ergeben sich aus §§ 286 , 288 , 291 ZPO .

C. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 91 , 709 ZPO . Die Kammer hat einen Schaden, der dem Beklagten durch Vollstreckung des Urteils entstehen könnte, geschätzt

Urteil des BGH Kartellsenat

Hinweis auf konkurrierende Schilderpräger vom 08.11.2005

KZR 21/04

Norm: § 20 Abs 1 GWB

Leitsatz

Hinweis auf konkurrierende Schilderpräger

Eine Kommune, die eine Kfz-Zulassungsstelle betreibt und damit eine in der Nähe der Zulassungsstelle zu befriedigende Nachfrage nach Kfz-Schildern eröffnet, muss – wenn sie einem Schilderpräger Gewerbeflächen in unmittelbarer Nähe zur Zulassungsstelle überlässt und diesem damit gegenüber Wettbewerbern einen deutlichen Standortvorteil verschafft – anderen Schilderträgern Gelegenheit geben, an geeigneter Stelle auf ihr Angebot hinzuweisen.

Fundstelle

NSW GWB § 20 (BGH-intern)
WRP 2006, 902-904 (Leitsatz und Gründe)
NJW 2006, 1979-1981 (Leitsatz und Gründe)
GRUR 2006, 608-609 (Leitsatz und Gründe)
WuW/E DE-R 1724-1726 (Leitsatz und Gründe)
NZV 2006, 414-415 (Leitsatz und Gründe)
GuT 2006, 162-164 (Leitsatz und Gründe)

Tenor

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. April 2004 aufgehoben.

Urteil des BGH Kartellsenat

Hinweis auf konkurrierende Schilderpräger vom 08.11.2005 KZR 21/04

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist ein bundesweit tätiges Unternehmen der Schilderprägerbranche. Sie betreibt zahlreiche, meist in der Nähe der örtlichen Zulassungsstelle liegende Ladenlokale, in denen sie Kfz-Schilder prägt und verkauft.

Die beklagte Stadt Dortmund betreibt ihre Zulassungsstelle für Kraftfahrzeuge in einem größeren Gebäudekomplex, dem Stadthaus. Die Zulassungsstelle betritt man über eine Treppe von einer Halle aus. Auf der anderen Seite der Halle befindet sich ein Ladengeschäft, das die Beklagte an ein Schilderprägeunternehmen vermietet hat. Bei der vorausgegangenen Ausschreibung war die Klägerin nicht zum Zuge gekommen. Sie unterhält ihren Schilderprägeladen außerhalb des Stadthauses in einer Entfernung von etwa 200 m.

Mit der Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten, sie möge es ihr gestatten, in der Zulassungsstelle ein Hinweisschild in einer Größe von mindestens 0,5 m² mit dem Text

Sparen Sie beim Schilderkauf! Autoschilder schnell + preiswert.

Kroschke., Friedenplatz 8,

Außerhalb des Stadthauses

und konkreten Preisangaben für einen Satz Kfz-Schilder anzubringen.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren auf Abweisung der Klage gerichteten Antrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus §§ 33 , 20 Abs. 1 GWB wegen unbilliger Behinderung bejaht. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Urteil des BGH Kartellsenat

Hinweis auf konkurrierende Schilderpräger vom 08.11.2005 KZR 21/04

Auf dem Markt, auf dem in D. für Schilderpräger geeignete Gewerbeflächen angeboten würden, habe die Beklagte eine überragende Stellung. Daran ändere der Umstand nichts, dass sich das von der Beklagten vermietete Geschäftslokal nicht im selben Teil des Gebäudes wie die Zulassungsstelle befinde. Denn die unmittelbare Nähe zur Zulassungsstelle mache einen besonderen Vorteil aus. Für die Kunden, die die Zulassungsstelle verließen, sei das Geschäft auf der anderen Seite der Halle gut zu erkennen. Unter diesen Umständen reiche die günstigere Raummiete, die die Klägerin zu zahlen habe, nicht aus, um den Wettbewerbsnachteil des schlechteren Standorts auszugleichen. Mit dem Hinweisschild werde der Klägerin nur das gewährt, was zur Herstellung eines funktionierenden Wettbewerbs erforderlich sei. Über den Wortlaut des auf dem Werbeschild angebrachten Hinweises sei nicht zu entscheiden, weil insoweit keine Berufungsangriffe der Beklagten vorlägen.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Für die Beurteilung des in die Zukunft gerichteten Begehrens der Klägerin ist auf das zum Zeitpunkt der Entscheidung geltende Recht abzustellen. Soweit sich durch die am 1. Juli 2005 in Kraft getretene 7. GWB-Novelle Änderungen ergeben haben, ist daher das neue Recht anzuwenden (BGH, Urt. v. 14.3.2000 – KZR 15/98 , WuW/E DE-R 487, 489 – Zahnersatz aus Manila; Urt. v. 13.7.2004 – KZR 10/03 , WuW/E DE-R 1335, 1338 – CITROËN). Im Streitfall bedeutet dies, dass für die Begründung des geltend gemachten zivilrechtlichen Anspruchs § 33 GWB n.F. heranzuziehen ist. Freilich ergeben sich durch die Neufassung der Bestimmung im Streitfall keine sachlichen Änderungen.

2. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht darin, dass die Beklagte Geschäftsräume im Stadthaus in bevorzugter Lage an Schilderpräger vermietet, ohne gleichzeitig der Klägerin die Möglichkeit einzuräumen, an geeigneter Stelle auf ihr Angebot hinzuweisen, eine unbillige Behinderung nach § 20 Abs. 1 GWB gesehen.

a) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die beklagte Stadt als Eigentümerin der Ladengeschäfte innerhalb des Stadthauses über eine überragende Stellung auf dem Markt für Gewerbeflächen verfügt, die sich wegen der Nähe zur Zulassungsstelle für Kraftfahrzeuge besonders als Standort für Schilderprägebetriebe eignen. Dies entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats (BGH, Urt. v. 14.7.1998 – KZR 1/97 , WuW/E DE-R 201, 202 – Schilderpräger im Landratsamt; Urt. v. 24.9.2002 – KZR 4/01 , WuW/E DE-R 1003, 1004 – Kommunalen Schilderprägebetrieb). Die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen.

b) Das Berufungsgericht hat nicht hinreichend deutlich gemacht, weshalb ein Normadressat, der wie die Beklagte Räumlichkeiten vermietet oder verpachtet, die sich besonders für einen Schilderprägebetrieb eignen, gehalten sein kann, einem Wettbewerber seines Mie-

Urteil des BGH Kartellsenat

Hinweis auf konkurrierende Schilderpräger vom 08.11.2005 KZR 21/04

ters oder Pächters Gelegenheit zu geben, auf sein Angebot hinzuweisen. Das Berufungsgericht hat sich in diesem Zusammenhang auf die Senatsentscheidung „Schilderpräger im Landratsamt“ vom 14. Juli 1998 gestützt (BGH WuW/E DE-R 201). Dort hatte sich ein Schilderprägeunternehmen generell dagegen gewandt, dass eine Kommune an Schilderpräger Gewerbeflächen vermietet oder verpachtet, die sich in demselben Gebäudekomplex wie die Zulassungsstelle für Kraftfahrzeuge befinden. Eine Pflicht der Kommunen, sich als Betreiber von Zulassungsstellen der Vermietung oder Verpachtung geeigneter Flächen an Schilderpräger zu enthalten, hat der Senat verneint. Vielmehr hat er es für unbedenklich angesehen, dass die Kommune geeignete Flächen an Schilderpräger vermietet oder verpachtet, solange der Wettbewerb dadurch nicht auf Dauer ausgeschlossen wird. Da in dem dort zu entscheidenden Fall – ebenso wie im Streitfall – eine Ausschreibung stattgefunden hatte, bestanden keine Bedenken gegenüber dem Verhalten der Kommune. Im Zweifel werde der Schilderpräger, der seinen Betrieb in unmittelbarer Nähe zur Zulassungsstelle unterhalte, hierfür einen höheren Miet- oder Pachtzins bezahlen als der Wettbewerber mit einem etwas ungünstigeren Standort. Dies könne sich in günstigeren Preisen niederschlagen, so dass die Vermietung oder Verpachtung des günstig gelegenen Geschäftslokals den Wettbewerb nicht ausschließe. Allerdings – so der Senat in der Entscheidung „Schilderpräger im Landratsamt“ – könnten Preisvorteile nur dann zum Zuge kommen, wenn für den Wettbewerber, der seine Schilder von dem ungünstigeren Standort aus anbietet, Möglichkeiten bestünden, auf sein Angebot, insbesondere auf die von ihm verlangten Preise, an geeigneter Stelle hinzuweisen. Dass es an einer solchen Möglichkeit in dem dort zu entscheidenden Fall fehlte, war jedoch nicht ersichtlich.

In der Entscheidung „Kommunaler Schilderprägebetrieb“ vom 24. September 2002 (BGH WuW/E DE-R 1003, 1004 f.) hat der Senat klargestellt, dass Grundlage einer solchen Verpflichtung nicht allein die marktbeherrschende Stellung als Anbieter geeigneter Ladenlokale ist. Entscheidend ist vielmehr, dass öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften wie die Beklagte besonderen Pflichten unterworfen sind. Diese ergeben sich nicht allein aus ihrer Stellung als marktbeherrschende Anbieterin von Gewerbeflächen für Schilderpräger, sondern auch aus ihrer Eigenschaft als Einrichtung der öffentlichen Hand, die durch ihre Verwaltungstätigkeit die Nachfrage nach den Produkten der Schilderpräger erst erzeugt. Von einem privaten Anbieter als Normadressaten des Behinderungsverbots des § 20 Abs. 1 GWB könnte nicht verlangt werden, dass er dem Konkurrenten seines Mieters oder Pächters Gelegenheit gibt, auf sein Angebot hinzuweisen, und damit tendenziell das Geschäft seines Mieters oder Pächters beeinträchtigt. Dagegen darf die öffentliche Hand den ihr durch den Betrieb der Zulassungsstelle zufließenden Vorteil, Schilderprägern geeignete Gewerbeflächen zu überlassen, nicht ausnutzen, ohne gleichzeitig dort nicht zum Zuge gekommenen Anbietern die Chance einzuräumen, auf ihr Angebot hinzuweisen und damit ebenfalls am Wettbewerb teilzunehmen.

3. Mit Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin bejaht hat, der auf die Vornahme einer Handlung – das Aufstellen ei-

Urteil des BGH Kartellsenat

Hinweis auf konkurrierende Schilderpräger vom 08.11.2005 KZR 21/04

nes näher bestimmten Hinweisschildes – hinausläuft. Das Gesetz billigt einem Unternehmen, das durch einen Normadressaten des Behinderungsverbots des § 20 Abs. 1 GWB unbillig behindert oder diskriminiert worden ist, einen Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch, nicht dagegen einen Anspruch auf Vornahme bestimmter Handlungen zu. Zwar kann es sich ausnahmsweise so verhalten, dass das Unterlassungs- oder Beseitigungsbegehren vom Schuldner nur durch ein positives Tun erfüllt werden kann. Eine entsprechende Verurteilung, die nicht auf ein Unterlassen, sondern auf ein positives Tun gerichtet ist, setzt indessen voraus, dass das kartellrechtswidrige Verhalten auf andere Weise nicht vermieden werden kann (Bechtold, Kartellgesetz, 3. Aufl., § 33 Rdn. 9; Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl., § 33 GWB Rdn. 43 m.w.N.). Dass diese Voraussetzungen im Streitfall gegeben wären, ist nicht ersichtlich. Denn die Beklagte kann lediglich dazu verpflichtet sein, es zu unterlassen, Geschäftsräume im Stadthaus an Schilderpräger zu vermieten, ohne gleichzeitig anderen Schilderträgern, die sich ebenfalls um die Kunden der Zulassungsstelle bemühen, deren Geschäftsräume aber außerhalb des Stadthauses liegen, Gelegenheit zu geben, auf ihr Angebot hinzuweisen.

Einer solchen Verpflichtung kann die Beklagte auf unterschiedliche Weise nachkommen. Sie kann der Klägerin gestatten, ein entsprechendes Werbeschild anzubringen. Es ist ihr aber auch unbenommen, der Verpflichtung dadurch nachzukommen, dass sie selbst in geeigneter Form auf die Angebote der verschiedenen Anbieter hinweist und damit die Besucher der Zulassungsstelle darüber informiert, dass es in unmittelbarer Nähe noch andere Anbieter als die im Stadthaus angesiedelten gibt.

III. Das angefochtene Urteil kann unter diesen Umständen keinen Bestand haben. Eine abschließende Entscheidung durch den Senat kommt nicht in Betracht. Nachdem Bedenken gegenüber der Antragsfassung weder vor dem Landgericht noch vor dem Berufungsgericht erörtert worden sind, gebietet es die prozessuale Fairness, der Klägerin Gelegenheit zu geben, ihre Antragstellung anzupassen. Dies kann nur im wiedereröffneten Berufungsverfahren geschehen.

Hirsch

Goette

Ball

Bornkamm

Raum

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat

Schilderverkauf im Bürgeramt vom 22.02.1995

6 U 162/94

Norm: § 1 UWG

Grenzen der Wettbewerbstätigkeit der öffentlichen Hand; Verkauf von Kfz-Kennzeichenschildern in dezentralisierten Zulassungsstellen einer Gemeinde - Schilderverkauf im Bürgeramt

Leitsatz

Schilderverkauf im Bürgeramt

Richtet eine Stadtverwaltung zur Zulassung von Kraftfahrzeugen dezentralisierte Zulassungsstellen in ihren Stadtteilen ein, so ist der Eigenverkauf von Kennzeichenschildern durch die Gemeinde eine bloße Hilfstätigkeit bei der Erfüllung ihrer amtlichen Aufgaben; er ist weder unter dem Gesichtspunkt der wettbewerbswidrigen Ausnutzung amtlicher Autorität noch als unzulässige Verquickung von amtlicher und wirtschaftlicher Interessen unlauter iSd UWG § 1 .

Orientierungssatz

1. Nimmt die öffentliche Hand im Privatrechtsverkehr am Wirtschaftsleben teil, indem sie sich mit anderen Wettbewerbern auf dem Boden der Gleichordnung um die Nachfrage auf einem bestimmten Markt bewirbt, so unterliegt ihr Handeln grundsätzlich den für alle privaten Wettbewerber geltenden Verhaltensregeln des UWG. Die Verfolgung öffentlicher Zwecke gibt ihr grundsätzlich keine Sonderstellung. Soweit nicht gesetzliche Ausnahmen bestehen, darf sie sich nur solcher Wettbewerbsmittel bedienen, die auch ihren privaten Mitbewerbern offen stehen.

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat

Schilderverkauf im Bürgeramt vom 22.02.1995

6 U 162/94

2. Vor allem darf die öffentliche Hand ihre hoheitliche Machtstellung nicht dadurch mißbrauchen, dass sie amtliche Beziehungen bei der Werbung oder bei Vertragsschlüssen ausnutzt, um sich einen Vorsprung vor privaten Mitbewerbern zu verschaffen.

Nur wenn sich die wirtschaftliche Betätigung als eine bloße Hilfstätigkeit der öffentlichen Verwaltung bei der Erfüllung amtlicher Aufgaben darstellt, kann eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen dazu führen, dass die wettbewerbsrechtlichen Bedenken zurücktreten.

3. Unlauter ist es, wenn die öffentliche Hand durch die Aufnahme einer Wettbewerbstätigkeit die Grundlagen der Existenz eines vorhandenen und nach Herkunft und Gesetz anerkannten selbständigen Berufsstandes rührt und dadurch die Gefahr einer Ausschaltung des Leistungswettbewerbs herbeiführt.

Tenor

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Heidelberg vom 07. Juni 1994 - o 12/94 KfH I - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung oder Hinterlegung eines Betrages von DM 3.000,00 abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in entsprechender Höhe leistet. Als Sicherheit wird die Bürgschaft eines Kreditinstituts zugelassen.
4. Der Wert der Beschwer der Klägerin beträgt DM 30.000,00.
5. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Klägerin wirft der Beklagten unlauteren Wettbewerb durch Teilnahme am freien Wirtschaftsverkehr unter Ausnutzung ihrer Monopolstellung vor.

Die Beklagte unterhält in einigen Stadtteilen sogenannte Bürgerämter, in denen sie dezentral Verwaltungsvorgänge bearbeitet. Im Bürgeramt des Stadtteils H. richtete sie Ende Juli 1993 im Rahmen eines sogenannten Pilotprojektes eine dezentrale Kraftfahrzeugzulas-

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat

Schilderverkauf im Bürgeramt vom 22.02.1995

6 U 162/94

sungsstelle ein, in der sie auch Kennzeichenschilder vorrätig hält und verkauft, die mit den von der Zulassungsstelle auszugebenden Kraftfahrzeugkennzeichen geprägt sind. Sie bezieht die nach ihren Kennzeichenvorgaben geprägten Schilder bei einem gewerblichen Schilderprägebetrieb, den sie nach ordnungsgemäßer Ausschreibung des Auftrages, an der sich auch die Klägerin beteiligt hatte, mit der Herstellung und Lieferung der Schilder beauftragt hat. Sie erwirbt das Schilderpaar zum Preis von DM 23,00 und verkauft es an den Zulassungsbewerber für DM 37,00. Sie beabsichtigt, auch in weiteren Bürgerämtern ihrer Stadtteile Kraftfahrzeugzulassungsstellen einzurichten und dort Kennzeichenschilder zu verkaufen.

Die Klägerin, die sich gewerbsmäßig mit dem Prägen von Kraftfahrzeugkennzeichenschildern befasst, betreibt seit 03. September 1993 in H.-H. in unmittelbarer Nähe des Bürgeramts der Beklagten eine Schilderprägestelle. Dort prägt sie Kennzeichenschilder entsprechend den von der Zulassungsstelle ausgegebenen Kennzeichen und verkauft sie zum Preis von DM 35,00 pro Schilderpaar. Der Kraftfahrzeughalter, der die Schilder bei ihr erwerben will, muss zunächst den Zulassungsvorgang im Bürgeramt abwickeln und sich sein Kennzeichen zuteilen, sodann die Schilder bei der Klägerin prägen und schließlich bei der Zulassungsstelle den Zulassungstempel anbringen lassen. Den damit verbundenen Zeitaufwand erspart er beim Erwerb der Schilder von der Beklagten, der gleichzeitig mit der Zuteilung der Kennzeichenummer abgewickelt werden kann.

Die Klägerin ist der Auffassung, der Verkauf von Kennzeichenschildern durch die Beklagte verstoße gegen § 1 UWG . Sie hat vorgetragen, die Beklagte missbrauche ihre amtliche Autorität und verquicke öffentlich- rechtliche und erwerbswirtschaftliche Interessen in unlauterer Weise. Sie nutze den ihr als Inhaberin des Kraftfahrzeugzulassungsmonopols entstehenden Wettbewerbsvorsprung zu Lasten der privaten Schilderpräger und schalte diese damit weitgehend aus.

Die Klägerin hat beantragt, es der Beklagten bei Meidung von Ordnungsmitteln zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Kfz-Kennzeichen im eigenen Namen und für eigene Rechnung herzustellen und/oder an Dritte zu verkaufen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Sie hat geltend gemacht, sie habe mit der Einrichtung dezentraler Zulassungsstellen das Zulassungsverfahren vereinfachen und den innerstädtischen Individualverkehr reduzieren wollen. Diesem Zweck diene auch der Verkauf der Kennzeichenschilder. Auf die Möglichkeit, die Schilder im Fachhandel zu erwerben, werde im Bürgeramt ausdrücklich hingewiesen. Die Teilnahme der Beklagten am Wettbewerb der Anbieter von Kennzeichenschildern sei lediglich eine Hilfstätigkeit zu dem ihr obliegenden hoheitlichen Handeln und durch das Gebot sachlichen Verwaltungshandelns gedeckt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat

Schilderverkauf im Bürgeramt vom 22.02.1995

6 U 162/94

Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufung verfolgt die Klägerin ihr Unterlassungsbegehren weiter. Zur Begründung trägt sie insbesondere vor, nach den Angaben der Beklagten zu den Umsätzen des Bürgeramts H. sei dort etwa an jedem zweiten Werktag ein Schilderpaar verkauft und damit eine Fahrt in die Innenstadt vermieden worden. Eine nennenswerte Reduzierung des innerstädtischen Verkehrs werde durch den Schilderverkauf mithin nicht bewirkt. Die Aufnahme eines Eigenverkaufs von Schildern sei auch keine im Rahmen der von der Beklagten angestrebten Dezentralisierung notwendige Maßnahme. Im übrigen lasse sich ein weitestgehender Ausschluss des Wettbewerbs auf dem Markt der Kraftfahrzeugkennzeichenschilder nicht mit umweltpolitischen Gesichtspunkten rechtfertigen. Eine Verdrängung der privaten Schilderpräger vom Markt könne auch nicht durch eine Vertriebsumstellung vermieden werden. Die Belieferung der Beklagten als - einziger - Nachfragerin durch private Schilderpräger sei dem Verkauf an Endverbraucher nicht vergleichbar, da jeweils nur ein privater Schilderpräger als Lieferant zum Zuge kommen könne und es der Beklagten als Großabnehmerin möglich sei, ihrerseits Gewinnspannen zu erzielen. Das Verhalten der Beklagten führe zu einer Verdrängung der privaten Schilderpräger vom Endverbrauchermarkt. Entscheidend für die Wettbewerbssituation auf diesem Markt sei der Standortvorteil, da wegen der Standardisierung der Kennzeichenschilder ein Preis- oder Qualitätswettbewerb nicht möglich sei. Die Existenzfähigkeit der Klägerin im Bereich H. könne auf die Dauer nur gesichert werden, wenn die Beklagte den Verkauf von Kennzeichenschildern im Bürgeramt unterlasse. Das Verhalten der Beklagten sei schließlich auch deshalb wettbewerbswidrig, weil sie sich bewusst und planmäßig über die Vorschrift des § 102 Abs. 1 GemO hinwegsetze.

Die Klägerin beantragt, der Beklagten bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verbieten

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in Kraftfahrzeug-Zulassungsstellen im eigenen Namen und für eigene Rechnung Kfz-Kennzeichen-Schilder zu verkaufen

Hilfsweise:

In den Räumlichkeiten der Zulassungsstelle im Bürgeramt des Stadtteiles H. an Verkehrsteilnehmer, die um Zulassung eines Kraftfahrzeuges nachsuchen oder ein Kfz-Kennzeichen ändern lassen müssen, Kfz-Kennzeichen-Schilder zu verkaufen;

weiter hilfsweise stellt die Klägerin den obigen Hilfsantrag mit dem Zusatz:

wenn ein oder mehrere private Schilderpräger Kfz-Kennzeichen-Schilder im Stadtteil H. zum Verkauf anbieten.

Die Beklagte beantragt

Zurückweisung der Berufung.

Beide Parteien regen für den Fall ihres Unterliegens die Zulassung der Revision an.

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und führt ergänzend aus, die Einrichtung einer dezentralen Zulassungsstelle diene sowohl dem staatlichen Zweck der Bürgernähe wie auch dem staatlichen Zweck der Verringerung des Verkehrsaufkommens. Diesem Zweck diene auch der Verkauf von Kennzeichenschildern in diesen Zulassungsstellen, da nur so der Zweck des zentralen Zulassungswesens gesichert sei. Ein privater Anbieter könne einen Schilderprägebetrieb in der Nähe des Bürgeramts H. auf Dauer auch dann nicht wirtschaftlich rentabel aufrechterhalten, wenn die Beklagte den Schilderverkauf einstellen würde, da hierzu ausreichende Umsätze nicht zu erreichen seien. Die Beklagte habe nicht zum Zwecke der Gewinnerzielung gehandelt. Sie habe in neun Monaten einen Erlös von rund DM 1.300,00 erzielt, dem zusätzliche Personalkosten für eine gesonderte Kassenführung und beim Einkauf der Schilder gegenüberstünden. Ein etwa verbleibender Gewinn sei derart unbedeutend, dass er nicht Zweck für das öffentliche Handeln sein könne. Das Verhalten der Beklagten führe auch nicht zum Ausschluss der privaten Schilderpräger vom Endverbrauchermarkt, diese könnten sich an der Ausschreibung beteiligen und hätten hierbei die gleichen Marktchancen. Im übrigen habe sich lediglich in einem minimalen Teilmarkt die private Anbieterbranche der Klägerin von der Einzelhandelsstufe auf die Herstellerstufe - ohne Gewinneinbuße - verschoben. Eine Bedrohung der Existenz eines anerkannten Berufsstandes und damit eine ernste Gefahr für den Bestand des Leistungswettbewerbs könne dann nicht angenommen werden, wenn in einer kleinen Nische des gesamten Marktes lediglich eine Umstrukturierung der privatwirtschaftlichen Vertriebswege erforderlich werde. Die Beklagte habe auch nicht in einen gewachsenen Markt eingegriffen, da es im Bereich dezentraler Zulassungsstellen bislang einen Sondermarkt nicht gegeben habe.

Wegen des Parteivorbringens im einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Mit zutreffenden Ausführungen, auf die Bezug genommen wird, hat das Landgericht festgestellt und im einzelnen begründet, dass der Verkauf von Kennzeichenschildern durch die Beklagte im Bürgeramt H. nicht wettbewerbswidrig i.S. des § 1 UWG ist. Das Vorbringen der Klägerin im Berufungszug veranlaßt keine hiervon abweichende Beurteilung.

Die Klagebefugnis der Klägerin folgt aus § 1 UWG, da sie durch das Verhalten der Beklagten unmittelbar betroffen ist.

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat

Schilderverkauf im Bürgeramt vom 22.02.1995

6 U 162/94

Zu Recht ist das Landgericht von dem Grundsatz ausgegangen, dass es der öffentlichen Hand aus Rechtsgründen nicht verwehrt ist, erwerbswirtschaftlich zu handeln und am freien Wettbewerb teilzunehmen. Das Grundgesetz schließt eine erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nicht aus. Eine solche Betätigung setzt insbesondere keine ausdrückliche verfassungsrechtliche Legitimation voraus. Ob und inwieweit die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand wünschenswert oder zweckmäßig ist, entscheidet sich nach staats- und wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten, die der rechtlichen Prüfung entzogen sind. Überwiegend wird angenommen, dass eine erwerbswirtschaftliche (fiskalische) Betätigung der öffentlichen Hand, die sich nicht in einer die staatliche Betätigung unterstützenden Nebenfunktion erschöpft (Randnutzung), nur zulässig ist, wenn mit ihr ein öffentlicher Zweck verfolgt wird, der seine Rechtfertigung im Sozialstaatsprinzip findet, das die Gemeinschaftsgebundenheit jedes Freiheitsgrundrechts zum Ausdruck bringt. Wird ausschließlich oder vorwiegend Gewinn erstrebt, so fehlt es an einem die wirtschaftliche Eigenbetätigung rechtfertigenden öffentlichen Zweck (Baumbach/Hefermehl, UWG, 17. Aufl., § 1 Rdn. 914 m.w.N.).

Nimmt die öffentliche Hand im Privatrechtsverkehr am Wirtschaftsleben teil, indem sie sich mit anderen Wettbewerbern auf dem Boden der Gleichordnung um die Nachfrage auf einem bestimmten Markt bewirbt, so unterliegt ihr Handeln grundsätzlich den für alle privaten Wettbewerber geltenden Verhaltensregeln des UWG. Die Verfolgung öffentlicher Zwecke gibt ihr grundsätzlich keine Sonderstellung. Soweit nicht gesetzliche Ausnahmen bestehen, darf sie sich nur solcher Wettbewerbsmittel bedienen, die auch ihren privaten Mitbewerbern offenstehen (Baumbach/Hefermehl a.a.O. Rdn. 928 m.w.N.). Insbesondere darf die öffentliche Hand nicht ihre amtliche Autorität und die mit ihr verbundene Vertrauensstellung zur Erreichung von Vorteilen im Wettbewerb mißbräuchlich ausnutzen, etwa durch Täuschung, psychologischen Druck oder sachwidrige Beeinflussung. Auch eine Verquickung amtlicher mit erwerbswirtschaftlichen Interessen, die zur Interessenkollision bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben führen, ist unlauter. Vor allem darf die öffentliche Hand ihre hoheitliche Machtstellung nicht dadurch mißbrauchen, dass sie amtliche Beziehungen bei der Werbung oder bei Vertragsschlüssen ausnutzt, um sich einen Vorsprung vor privaten Mitbewerbern zu verschaffen (Baumbach/Hefermehl a.a.O. Rdn. 937 m.w.N.). Nur wenn sich die wirtschaftliche Betätigung als eine bloße Hilfstätigkeit der öffentlichen Verwaltung bei der Erfüllung amtlicher Aufgaben darstellt, kann eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen dazu führen, dass die wettbewerbsrechtlichen Bedenken zurücktreten (BGH GRUR 1974, 733 /735 - Schilderverkauf). In der Rechtsprechung ist die Wahrnehmung privatwirtschaftlicher Aufgaben im Bereich des Bestattungswesens durch eine politische Gemeinde in demselben Gebäude, in dem in besonderen Räumen auch die Bestattungshoheitsverwaltung und das Sterbefallstandesamt untergebracht sind, für zulässig angesehen worden (BGH GRUR 1987, 116 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I). Ferner ist es nicht als eine nach § 1 UWG zu missbilligende Ausnutzung der hoheitlichen Aufgaben einer politischen Gemeinde zugunsten ihrer privatwirtschaftlichen Betätigung im Bereich des Bestattungswesens angesehen worden, wenn ihre hoheitlich tätigen

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat

Schilderverkauf im Bürgeramt vom 22.02.1995

6 U 162/94

Bediensteten Auskünfte dahin erteilen, dass für die nicht hoheitlichen Bestattungstätigkeiten die Bestattungsordner der Gemeinde zur Verfügung stehen (BGH GRUR 1987, 119 - Kommunalen Bestattungswirtschaftsbetrieb II). Unlauter ist es hingegen, wenn die öffentliche Hand durch die Aufnahme einer Wettbewerbstätigkeit die Grundlagen der Existenz eines vorhandenen und nach Herkunft und Gesetz anerkannten selbständigen Berufsstandes rührt und dadurch die Gefahr einer Ausschaltung des Leistungswettbewerbs herbeiführt (BGHZ 82, 375 /397 - Brillen- Selbstabgabestellen).

Im Streitfall führt die gebotene Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen unter Berücksichtigung der von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Bewertungsgrundsätze nicht zu der Annahme eines der Beklagten anzulastenden Wettbewerbsverstoßes. Der Eigenverkauf von Kennzeichenschildern durch die Beklagte im Bürgeramt H ist eine bloße Hilfstätigkeit bei der Erfüllung der amtlichen Aufgabe der Beklagten, Kraftfahrzeuge zum Straßenverkehr zuzulassen und hierbei einen reibungslosen Ablauf und eine bürger-nahe Abwicklung des Zulassungsverfahrens zu gewährleisten. Hierzu hat die Beklagte dezentralisierte Zulassungsstellen eingerichtet, die den betroffenen Bürgern den Weg zur zentralen Zulassungsstelle und die dortige regelmäßig mit Wartezeiten verbundene Massenabfertigung ersparen. Mit der Einrichtung dieser Zulassungsstellen verfolgt die Beklagte mithin im Rahmen der ihr obliegenden Daseinsvorsorge den hoheitlichen Zweck des Aufbaus einer bürgernahen Verwaltung. Sie verfolgt damit ferner als öffentliche Aufgabe den verkehrspolitischen Zweck, die Innenstadt vom Kraftfahrzeugverkehr zu entlasten. Dass dieser Zweck durch die Einrichtung einer Zulassungsstelle in dem als Pilotprojekt vorgesehenen Bürgeramt H. eine nennenswerte Verkehrsentslastung der Innenstadt bislang noch nicht bewirkt hat, steht der Annahme eines insoweit von der Beklagten verfolgten öffentlichen Zwecks ihres Handelns nicht entgegen. Bei Einrichtung weiterer Bürgerämter in anderen Stadtteilen lässt sich vielmehr eine spürbare Entlastung des innerstädtischen Verkehrs insbesondere im Bereich um die zentrale Zulassungsstelle durchaus erwarten. Schließlich verfolgt die Beklagte mit der Einrichtung der dezentralen Zulassungsstellen den weiteren hoheitlichen Zweck, das Zulassungsverfahren als Verwaltungsvorgang abzukürzen und damit ihr Verwaltungshandeln zu rationalisieren. Zur Sicherung des Fortbestands der dezentralen Zulassungsstelle H. war es erforderlich, dass die Beklagte Kennzeichenschilder vorhielt. In H. gab es zum Zeitpunkt der Einrichtung des Bürgeramts keinen Schilderprägebetrieb. Kaum ein Bürger hätte die dortige Zulassungsstelle in Anspruch genommen, wenn er damit hätte rechnen müssen, während des Zulassungsverfahrens eine Fahrt in die Innenstadt antreten und dort Schilder bei einem der Prägebetriebe erwerben zu müssen, die in der Nähe der zentralen Zulassungsstelle ansässig sind. In einem solche Falle hätte es sich vielmehr aufgedrängt, gleich das gesamte Zulassungsverfahren bei der zentralen Stelle durchzuführen, die Einrichtung einer dezentralisierten Zulassungsstelle wäre obsolet. Die Wirkung der von der Beklagten eingeführten dezentralisierten Verwaltung bei der Zulassung von Kraftfahrzeugen ginge dann ins Leere und würde ausgehöhlt. Der Eigenverkauf von Kennzeichenschildern war mithin bei der Einrichtung einer Zulassungsstelle im Bürgeramt H. eine notwendige Hilfstätigkeit zum Verwaltungs-

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat

Schilderverkauf im Bürgeramt vom 22.02.1995

6 U 162/94

handeln der Beklagten. Die Beklagte hat damit weder ihre amtliche Autorität bzw. eine besondere Vertrauensstellung ausgenutzt noch amtliche und wirtschaftliche Interessen in unzulässiger Weise verquickt. Sie hat vielmehr mit ihrem Handeln den öffentlichen Zweck des Aufbaus einer dezentralisierten Verwaltung verfolgt. Ein Verstoß gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs kann darin nicht gesehen werden. Dies um so weniger, als die wirtschaftlichen Auswirkungen des Verhaltens der Beklagten gering sind, da sie die von ihr verkauften Kraftfahrzeugnummernschilder nicht selbst herstellt, sondern von einem privaten Schilderpräger herstellen lässt.

Das Verhalten der Beklagten wurde auch nicht dadurch unlauter, dass die Klägerin in der Folgezeit in unmittelbarer Nähe des Bürgeramts H. einen privaten Prägebetrieb einrichtete. Dieser Umstand musste die Beklagte nicht veranlassen, den Eigenverkauf von Kennzeichenschildern nunmehr einzustellen. Sie war vielmehr gehalten, eine auf Dauer gesicherte Versorgung der Zulassungsbewerber mit Kennzeichenschildern zu gewährleisten. Eine solche ist durch den Prägebetrieb der Klägerin nicht garantiert, da dieser jederzeit geschlossen werden kann, wenn etwa sich seine Weiterführung als unrentabel erweist. Dass eine rentable Führung eines Prägebetriebes beim Bürgeramt H. auch dann nicht gewährleistet wäre, wenn die Beklagte den Eigenverkauf von Kennzeichenschildern einstellen würde, ergibt sich zur Überzeugung des Senats aus den von beiden Parteien bisher erzielten Umsätzen. Unstreitig haben in der Zeit von Juli 1993 bis 08. März 1994 die Beklagte 97 Schilderpaare und die Klägerin 14 Schilderpaare verkauft. Dies ergibt einen Gesamtumsatz von 111 Schilderpaaren in etwa acht Monaten. Umgerechnet auf die einzelnen Tage wurde rechnerisch etwa an jedem zweiten Tag ein Schilderpaar verkauft. Dass ein Prägebetrieb mit derartigen Umsätzen nicht rentabel wirtschaften kann und deshalb über kurz oder lang mit seiner Einstellung zu rechnen ist, liegt auf der Hand. Hieran ändert auch nichts, dass nach der Behauptung der Klägerin zusätzliche Einnahmen durch einen neben dem Prägebetrieb geführten Kiosk erzielt werden. Auch die Einbeziehung derartiger Einkünfte macht das Prägen von Kennzeichenschildern im räumlichen Bereich des Bürgeramts H. nicht rentabel. Durch die Errichtung des Prägebetriebs der Klägerin beim Bürgeramt H. ist die Arbeitsfähigkeit der dort eingerichteten dezentralen Zulassungsstelle mithin nicht auf Dauer gewährleistet; die Beklagte ist deshalb gehalten, den Eigenverkauf von Kennzeichenschildern zur Sicherung des öffentlichen Zwecks ihres Verwaltungshandelns fortzuführen. Ein Wettbewerbsverstoß kann ihr nicht angelastet werden. Dies um so weniger, als die Beklagte in den Räumen ihrer Zulassungsstelle ausdrücklich auf die Möglichkeit hinweist, die Kennzeichenschilder auch im Fachhandel erwerben zu können, und ihre Preise so gestaltet, dass sie über diejenigen der Klägerin liegen.

Der Beklagten kann auch unter dem Gesichtspunkt unzulässigen Gewinnstrebens nicht der Vorwurf gemacht werden, ihren Aufgabenbereich im Rahmen der öffentlichen Verwaltung verlassen zu haben und sich auf unlautere Weise am Wirtschaftsverkehr zu beteiligen. Sie hat in dem Zeitraum von Juli 1993 bis März 1994 aus dem Schilderverkauf Umsätze in Höhe von ca. DM 1.300,00 erzielt. Die Erwirtschaftung eines derartigen Betrages

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat

Schilderverkauf im Bürgeramt vom 22.02.1995

6 U 162/94

in einem Zeitraum von mehr als acht Monaten kann bei kaufmännischer Betrachtung nicht als Erzielung eines "Gewinnes" bewertet werden, zumal dem von der Beklagten erzielten Erlös Kosten für erhöhten Verwaltungsaufwand gegenüberstehen. Dass sich die Ertragslage der Beklagten beim Eigenverkauf von Kennzeichenschildern im Bürgeramt H. in absehbarer Zeit deutlich verbessern werde, ist nicht ersichtlich und von der Klägerin auch nicht dargetan. Bei dieser Sachlage ist die Annahme, dem Verhalten der Beklagten liege ein Gewinnstreben zugrunde, abwegig.

Der Beklagten kann auch nicht angelastet werden, einen Wettbewerb zu betreiben, der an die Grundlagen der Existenz eines vorhandenen und nach Herkommen und Gesetz anerkannten selbständigen Berufsstandes rührt, und dadurch eine Gefährdung des Leistungswettbewerbs zu begründen. Durch die Einrichtung einer dezentralen Zulassungsstelle mit Eigenverkauf von Kennzeichenschildern wird die wirtschaftliche Grundlage der privaten Schilderprägebetriebe nicht in Frage gestellt. Diese haben nach wie vor die Möglichkeit, in ihren in räumlicher Nähe zur zentralen Zulassungsstelle der Beklagten gelegenen Prägebetrieben Schilder an Kraftfahrzeugbesitzer zu verkaufen und damit am Wettbewerb auf dem Endverbrauchermarkt teilzunehmen. Die Beklage hat eindeutig klargestellt, dass sie an ihrer zentralen Zulassungsstelle den Eigenverkauf von Kennzeichenschildern nicht vornehmen wird. Der Umstand, dass durch die Einrichtung dezentraler Zulassungsstellen in einzelnen Stadtteilen der Beklagten das Zulassungsaufkommen in der zentralen Zulassungsstelle sinken und sich damit auch der Umsatz der dort ansässigen Schilderprägebetriebe verringern mag, ist noch keine Bedrohung der Existenz der privaten Schilderpräger. Die Beklagte ist nicht aus wettbewerbsrechtlichen Gründen gehalten, die bisherigen Umsätze und Kundenzahlen der privaten Schilderpräger zu gewährleisten. Auf die Erhaltung seines Kundenstammes hat kein Marktteilnehmer einen Anspruch.

Das Verhalten der Beklagten kann schließlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen § 102 Abs. 1 GemO als wettbewerbswidrig erachtet werden. Dahinstehen kann, ob der Beklagten im Falle eines Verstoßes gegen die genannte Vorschrift ein unlauteres Verhalten angelastet werden könnte. Nach dieser Vorschrift darf eine Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur dann einrichten, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt und das Unternehmen in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht. Wie ausgeführt worden ist, rechtfertigt der öffentliche Zweck der Einrichtung einer dezentralisierten Verwaltung die Aufnahme des Eigenverkaufs von Kennzeichenschildern durch die Beklagte. Angesichts der mit diesen Schildern erzielten Erlös in Höhe von ca. DM 150,00 pro Monat steht der Umfang dieser wirtschaftlichen Betätigung in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Beklagten und zum voraussichtlichen Bedarf.

Nach alldem hat das Landgericht die Klage zu Recht abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hiergegen war zurückzuweisen.

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat

Schilderverkauf im Bürgeramt vom 22.02.1995

6 U 162/94

Die Revision war zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 , 708 Nr. 10 , 711 , 546 Abs. 1 , 2 ZPO .

Urteil des Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Kartellsenat vom 04.08.2005

1 Kart U 12/04

Normen: § 14 GWB, § 21 GWB, § 4 Nr 1 UWG, § 4 Nr 10 UWG

Leitsatz

1. Es ist keine Vereinbarung über die Preisgestaltung (§ 14 GWB), wenn sich der Aufsteller von Zigarettenautomaten vertraglich verpflichtet, Zigaretten in den Automaten nur in einem definierten Bereich anzubieten, der sich nach Packungsgröße und Preiszone des Automatenangebots des vertragsschliessenden Zigarettenherstellers bestimmt.

2. Betrifft die Vertragsabrede nur die Voraussetzung für eine Zusatzvergütung als Gegenleistung für die Einhaltung des definierten Automaten-Angebotsbereich, ist nicht allein deswegen von einer Aufforderung zu einer Liefer- oder Bezugssperre und/oder von der Absicht auszugehen, bestimmte Unternehmen "unbillig" zu beeinträchtigen. Diese Umstände allein reichen auch für einen Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG und/oder § 4 Nr. 10 UWG nicht aus.

Fundstellen

OLGR Hamburg 2006, 592-595 (Leitsatz und Gründe)

Magazindienst 2006, 1277-1285 (Leitsatz und Gründe)

Tenor

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 15, vom 21. Oktober 2004 abgeändert, soweit es zum Nachteil der Antragsgegnerin erkannt hat.

Die einstweilige Verfügung des Landgerichts vom 31. August 2004 wird auch zu Ziffer 2.) aufgehoben und der insoweit auf ihren Erlass gerichtete Antrag wird zurückgewiesen.

Die unselbständige Anschlussberufung der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen trägt die Antragstellerin.

Tatbestand

A. Die Parteien produzieren und vertreiben Zigaretten und stehen miteinander im Wettbewerb.

Die Antragsgegnerin ist mit Aufstellern von Zigarettenautomaten vertraglich verbunden. Eine von der Antragsgegnerin hierzu verwendete Vertragsklausel beanstandet die Antragstellerin als wettbewerbs- und kartellrechtswidrig.

Die Antragstellerin nimmt deswegen die Antragsgegnerin im vorliegenden Verfügungsverfahren auf Unterlassung in Anspruch.

Im Zigarettenautomaten-Geschäft beträgt der (gebundene) Endverbraucherabgabepreis in der Regel 4,00 €, teilweise auch 4,50 € oder 4,70 € je Zigarettenpackung. Die Antragstellerin bietet ihre Zigarettenmarke "ABC" zum (gebundenen) Endverbraucherabgabepreis von 3,00 € pro Packung (18 Zigaretten) an. Das Angebot ist im Packungspreis und Zigarettenstückpreis besonders günstig. Sie ist mit einem Zigaretten-Stückpreis von 16 Cent - abgesehen von der nicht beworbenen Marke y... Original (3,00 € für 19 Stück) - am billigsten, die meisten kosten 4,00 € mit 20-23 Stück pro Packung (Zigaretten-Stückpreis von 17-20 Cent).

Die Automatenaufsteller sind im Zigarettenvertrieb sowohl als Großhändler als auch auf der Einzelhandelsstufe tätig. Die Zigarettenhersteller - und demgemäß auch die Parteien dieses Rechtsstreits - treffen mit den Automatenaufstellern Vereinbarungen zum einen über die Lieferung der Produkte und zum anderen über die Bestimmung der sog. Zieldistribution. Letztere legen quantitative und qualitative Marketingziele zur Förderung und Steigerung des Absatzes der Marken des jeweiligen Herstellers fest. Für das Einhalten der Zieldistributionsvereinbarung wird dem Automatenaufsteller eine gesonderte Vergütung gezahlt.

Urteil des Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Kartellsenat vom 04.08.2005

1 Kart U 12/04

Die zwischen der Antragsgegnerin und den Automatenaufstellern geschlossene Distributionsvereinbarung für das Jahr 2004 ("Automatenvereinbarung 2004": Anlage ASt AS 3) enthält u. a. folgende Zusatzvereinbarung im 5. Abschnitt:

"a... (d. i. die Antragsgegnerin) zahlt die genannte Vergütung für die Automatenleistung dann, wenn ihre Marken zusammen mit Packungsgrößen sowie Marken in Preiszonen angeboten werden, die durch das Automaten-Angebot der a... abgedeckt werden. Für den Fall eines Umsatzrückganges, der auf eine diesbezüglich veränderte Sortimentszusammensetzung zurückgeht, ist die a... berechtigt, diese Vereinbarung zu kündigen oder eine Anpassung der Vereinbarung zu verlangen. Bereits geleistete Zahlungen sind unverzüglich zurückzuerstatten".

Diese Vereinbarung schloss die Antragsgegnerin am 8. Januar 2004 auch mit der Firma b...Berlin, einer in Berlin tätigen Automatenaufstellerin, ab. Die Außendienstmitarbeiter der Antragsgegnerin (R. und S.) sprachen am 14. Juni 2004 den für den Automatenbereich verantwortlichen Mitarbeiter P. der Firma b...Berlin auf die in den Automaten mitvertriebene Packung "ABC" (der Antragstellerin) an; sie (R. und S.) hätten - so die Behauptung der Antragstellerin - gegenüber P. erklärt, die Antragsgegnerin werde die Automatenvereinbarung 2004 als hinfällig ansehen, wenn die "ABC" für 3,00 € im Angebot belassen werde (vgl. die eidesstattliche Versicherung P., Anlage ASt AS 4). Die Antragsgegnerin bestreitet, dass die in der eidesstattlichen Versicherung P. (Anlage ASt AS 4) wiedergegebene Äußerung ihrer Außendienstmitarbeiter wörtlich so gefallen sei.

Das Landgericht hat mit seiner Beschlussverfügung vom 31. August 2004 der Antragsgegnerin unter Androhung von bestimmten Ordnungsmitteln verboten,

1. mit Aufstellern von Cigarettenautomaten Verträge über die Zahlung einer Vergütung für eine bestimmte Distribution von Marken der Antragsgegnerin in den Automaten abzuschließen, die eine Minderung der Vergütung und ein Kündigungsrecht der Antragsgegnerin für den Fall vorsehen, dass in den Automaten Marken aufgenommen werden in Packungsgrößen und/oder Preiszonen außerhalb der in den Automaten angebotenen Marken der Antragsgegnerin, insbesondere folgende Klausel enthalten:

"a... (d. i. die Antragsgegnerin) zahlt die genannte Vergütung für die Automatenleistung dann, wenn ihre Marken zusammen mit Packungsgrößen sowie Marken in Preiszonen angeboten werden, die durch das Automaten-Angebot der a... abgedeckt werden. Für den Fall eines Umsatzrückganges, der auf eine diesbezüglich veränderte Sortimentszusammensetzung zurückgeht, ist die a... berechtigt, diese Vereinbarung zu kündigen oder eine Anpassung der Vereinbarung zu verlangen. Bereits geleistete Zahlungen sind unverzüglich zurückzuerstatten".

und/oder

Urteil des Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Kartellsenat vom 04.08.2005

1 Kart U 12/04

2. Aufstellern von Cigarettenautomaten für den Fall, dass sie Packungen der Antragstellerin mit einem gebundenen Preis von € 3,00, insbesondere 18er Packungen der Marke ABC in ihren Cigarettenautomaten anbieten, anzudrohen, die Rechte aus der in Ziffer 1) näher bezeichneten Vertragsklausel geltend zu machen.

Im Rubrum der Beschlussverfügung hat das Landgericht abweichend von der Antragschrift die Antragsgegnerin als "Firma A... (Germany) GmbH" - statt richtig: "... (Industrie) GmbH" - bezeichnet (Bl. 7). In der Berufungsverhandlung ist klargestellt worden, dass diese Parteibezeichnung unrichtig gewesen ist. Im Protokoll der Widerspruchsverhandlung des Landgerichts und im Urteil des Landgerichts ist die richtige Bezeichnung der Antragsgegnerin - "... (Industrie) GmbH" - verwendet worden.

Durch Urteil vom 21. Oktober 2004 hat das Landgericht seine Beschlussverfügung teilweise - und zwar zu Ziffer 2. - unter klarstellender Neufassung des Verbots bestätigt, in dem der Antragsgegnerin verboten worden ist, Aufstellern von Zigarettensautomaten für den Fall, dass sie Packungen der Antragstellerin mit einem gebundenen Preis von € 3,00, insbesondere 18er Packungen der Marke ABC in ihren Zigarettensautomaten anbieten, anzudrohen, die Rechte aus der in Ziffer 1) näher bezeichneten Vertragsklausel:

"a... zahlt die genannte Vergütung für die Automatenleistung dann, wenn ihre Marken zusammen mit Packungsgrößen sowie Marken in Preiszonen angeboten werden, die durch das Automaten-Angebot der a... abgedeckt werden. Für den Fall eines Umsatzrückganges, der auf eine diesbezüglich veränderte Sortimentzusammensetzung zurückgeht, ist die a... berechtigt, diese Vereinbarung zu kündigen oder eine Anpassung der Vereinbarung zu verlangen. Bereits geleistete Zahlungen sind unverzüglich zurückzuerstatten".

geltend zu machen.

Im Übrigen - und zwar zu Ziffer 1. - hat das Landgericht die Beschlussverfügung aufgehoben und insoweit den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Antragsgegnerin mit der Berufung und die Antragstellerin mit der unselbständigen Anschlussberufung.

Die Antragsgegnerin verfolgt mit ihrer Berufung das Ziel, die einstweilige Verfügung im Umfang der Bestätigung durch das landgerichtliche Urteil unter dessen Abänderung aufzuheben und insoweit den Verfügungsantrag zurückzuweisen.

Mit der unselbständigen Anschlussberufung begehrt die Antragstellerin die Abänderung des landgerichtlichen Urteils, soweit es die Beschlussverfügung aufgehoben hat, und beantragt insoweit den Neuerlass der einstweiligen Verfügung.

Beide Parteien bitten jeweils um Zurückweisung des Rechtsmittels der Gegenseite.

Urteil des OLG München Kartellsenat vom 07.04.2005

U (K) 4300/04

Normen: § 19 GWB, § 20 GWB, § 33 GWB, § 134 BGB, § 242 BGB ... mehr

Kartellrechtliche Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung eines langjährigen Pachtvertrages über einen Bundesautobahnnebenbetrieb

Leitsatz

Zur kartellrechtlichen Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung eines langjährigen Pachtvertrags über einen Bundesautobahnnebenbetrieb durch den Verpächter.

Orientierungssatz

Zitierungen: Abgrenzung BGH, 24. Juni 2003, KZR 32/01, NJW 2003, 2684 ; BGH, 8. April 2003, KZR 39/99, GRUR 2003, 893 und BGH, 13. Juli 2004, KZR 40/02, GRUR 2004, 966

.

Fundstellen

OLGR München 2005, 546-549 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG München I, 14. Juli 2004, Az: 1 HK O 18628/03, Urteil

Tenor

I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 14. Juli 2004 wird als unbegründet zurückgewiesen.

II. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Beklagte 71 % und die Klägerin 29 % zu tragen. Hiervon ausgenommen sind diejenigen Kosten, die durch die Anrufung des unzuständigen Landgerichts München II entstanden sind; diese hat die Klägerin allein zu tragen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des zu vollstreckenden Betrags leistet. Die Beklagte kann die Vollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um die ordentliche Kündigung eines Pachtvertrags. Im Berufungsverfahren ist im Wesentlichen noch die Frage einer Verpflichtung der Klägerin zum Schadenersatz anhängig, deren Feststellung die Beklagte widerklagend wegen der als unwirksam erachteten Kündigung begehrt.

Die Klägerin ist Rechtsnachfolgerin der vormaligen Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH (GfN), deren Alleingesellschafter die Bundesrepublik Deutschland war. 1994 war die GfN zunächst in die „Autobahn Tank & Rast AG“ (Vertragspartner der hiesigen Beklagten) umgewandelt worden; nach Übernahme der Gesellschaftsanteile im Herbst 1998 durch ein privates Firmenkonsortium ist im Jahr 1999 die Autobahn Tank & Rast GmbH entstanden, aus welcher im Jahr 2000 sodann die Klägerin hervorgegangen ist.

Die Klägerin ist Inhaberin nahezu aller Konzessionen zum Betrieb von Nebenbetrieben an Bundesautobahnen (§ 15 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 FStrG), insbesondere Tankstellen und Raststätten. Zu ihren Einrichtungen gehören im gesamten Bundesgebiet - neben derzeit 382 Raststätten (einschließlich 51 Hotels) - 338 Autobahn-Tankstellen, die sie fast ausnahmslos an Dritte verpachtet hat. Mit ihren Service-Betrieben erwirtschaftet die Klägerin einen Gesamtjahresumsatz von mehr als € 3 Milliarden.

Die Beklagte bzw. die Familie ihres Geschäftsführers betrieb seit 1959 (vgl. Anlagen B 6, B 7) bis 31. Dezember 2003 - beanstandungsfrei - die Bundesautobahntankstelle I., zuletzt auf der Basis eines am 05. Dezember 1995 mit der Autobahn Tank & Rast AG abgeschlossenen Pachtvertrags (Anlage K 1), der (neben Klauseln zu besonderen Pflichten des Pächters, vgl. § 1 bzw. Anlage 3 zu K 1) u.a. folgende Regelungen enthält:

Präambel

... Wesentliche Grundlage der künftigen Rechtsbeziehungen ist der nachfolgende Pachtvertrag, der die Überlassung der Immobilie sowie des Betriebsrechtes zum Gegenstand hat. Die Autobahn Tank & Rast AG und ihre Vertragspartner beabsichtigen darüber hinaus, ein in einem gesonderten Systemvertrag geregeltes System einzuführen, dessen Umsetzung eine optimale Ausschöpfung des Standortpotentials ... sowie einen gemeinsamen Auftritt der Autobahn Tank & Rast AG und ihrer Vertragspartner am Markt ermöglichen soll.

§ 15 Dauer des Vertragsverhältnisses

(1) Dieser Vertrag gilt ab 01. Januar 1996 und läuft auf unbestimmte Zeit ...

(5) Der Pächter hat im Fall der Absätze 1 bis 4 keinen Anspruch auf Ersatz eines Geschäftswertes.

§ 16 Ordentliche Kündigung

(1) Während der ersten zwei vollen Kalenderjahre nach Beginn des Vertragsverhältnisses ist eine ordentliche Kündigung des Vertrages ausgeschlossen. ... Nach einer ununterbrochenen Laufzeit von fünf Jahren kann das Vertragsverhältnis nur noch mit zwölfmonatiger Kündigungsfrist zum Ende eines Kalenderhalbjahres gekündigt werden. ...

(3) § 15 Abs. 5 gilt entsprechend.

Unter dem 27. Februar 1997 schloss die Beklagte (Systempartner) mit der Autobahn Tank & Rast AG (Systemgeber) des Weiteren einen sog. Kooperationsvertrag (Anlage K 2) ab. In der Präambel ist ausgeführt, dass aufgrund der veränderten gesamtwirtschaftlichen Bedingungen und der strategische Neuausrichtung der Autobahn Tank & Rast AG ... durch den Systemgeber gemeinsam mit den Partnern ... ein innovatives Konzept für <Autobahn-Servicebetriebe> ... erarbeitet <worden sei>.

Bei diesem Servicebetrieb-Konzept handelt es sich nach der Begriffsbestimmung des § 1 Ziff. 1 um einen „freiwilligen Zusammenschluss von Autobahnservicebetrieben, welche nach einem einheitlichen Konzept der allgemeinen Systemführung arbeiten“. Vertragsgegenstand ist gemäß § 2 die Berechtigung der Beklagten, die Bundesautobahntankstelle I. (§ 3) nach dem neuen Konzept bei einheitlichem Marktauftritt im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu führen. Die hierfür als verbindlich festgelegten Standards gehen über die nach dem Pachtvertrag geschuldeten Betriebsführungspflichten deutlich hinaus (§ 1 Ziff. 2). Zudem kann die unternehmerische Freiheit des Systempartners durch Beschlüsse einer Kommission betreffend Kernfunktionen der Betriebsführung (§ 17) beschränkt werden, § 1 Ziff. 3. § 22 sieht ein vertragliches Wettbewerbsverbot für den Systempartner vor. Des Weiteren ist u.a. bestimmt:

§ 23 Dauer des Vertrages/Ordentliche - Außerordentliche Kündigung

(1) Der Vertrag beginnt mit dem 27. Februar 1997 und wird für die Dauer von zehn Jahren fest abgeschlossen. Er verlängert sich stillschweigend jeweils um 1 Jahr, wenn er nicht von einer der Parteien mit einer Frist von 12 Monaten gekündigt wird.

(2) Der Systemgeber ist berechtigt, den Kooperationsvertrag jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt ...

(3) Als wichtige Gründe kommen u.a. in Betracht: ...

§ 33 Ergänzende Verträge

(1) Zwischen den Vertragsparteien besteht Einigkeit, dass für jeden Fall der Beendigung der Verfügungsgewalt des Systempartners über die in § 3 des Kooperationsvertrages genannte Immobilie (bspw. Beendigung des Pachtverhältnisses) auch dieser Kooperationsvertrag endet, ohne dass es insoweit einer gesonderten Kündigung bedarf. ...

(3) Im <Übrigen> bleiben die Regelungen aus derzeitigen oder künftigen Pachtverträgen zwischen den Vertragsparteien durch diesen Kooperationsvertrag unberührt. ...

Das Regelungswerk wurde schließlich mit Vertrag vom 20. Dezember 1999 durch eine „Betriebstypenvereinbarung Tankshop“ (Anlage K 3) ergänzt, deren Laufzeit an diejenige des Kooperationsvertrags geknüpft wurde (§ 15).

Unter dem 07. November 2002 (Anlage K 7) erklärte die Klägerin - ohne Angabe von Gründen - die Kündigung des Pachtvertrags einschließlich der Kooperationsvereinbarung sowie der Betriebstypenvereinbarung Tankshop zum 31. Dezember 2003. Gestützt auf kartellrechtliche Erwägungen, widersprach die Beklagte der Kündigung mit Schreiben ihres anwaltlichen Vertreters vom 06. März 2003 (Anlage K 8). Da die Klägerin indes eine auf dem Gelände der Nebenbetriebe I. neu errichtete Tankstelle der Betreiberin der dortigen Raststätte überließ, räumte die Beklagte nach Klageerhebung das Pachtobjekt und gab es fristgerecht zum 31. Dezember 2003 an die Klägerin heraus. Mittlerweile hat die Klägerin gegenüber mehr als 60 Altpächtern die Kündigung des Pachtvertrags erklärt.

Die Klägerin hatte in ihrer am 18. März 2003 zunächst beim Landgericht München II eingereichten Klage folgende Anträge angekündigt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, den von der Klägerin angepachteten Servicebetrieb Autobahntankstelle I., gelegen an der Bundesautobahn A ..., bestehend aus den auf dem als Anlage A beigefügten Lageplan rot gekennzeichneten Grundstück befindlichen baulichen Anlagen und Verkehrsflächen mit Ablauf des 31. Dezember 2003 zu räumen und an die Klägerin herauszugeben.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche Schäden zu ersetzen, die der Klägerin durch die verspätete Räumung und Herausgabe nach dem 31. Dezember 2003 entstehen.

Auf die beklagenseits - neben dem Antrag auf Klageabweisung - erhobene Rüge der sachlichen Unzuständigkeit hin wurde der Rechtsstreit entsprechend dem hilfsweise gestellten klägerischen Antrag mit Beschluss vom 08. Oktober 2003 an das Landgericht München I verwiesen. Nach Rückgabe des Pachtobjekts zum 31. Dezember 2003 hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 05. Januar 2004 den Rechtsstreit in der Hauptsache unter Verwahrung gegen die Kostenlast für erledigt erklärt. Da die Beklagte dieser Erledigungserklärung widersprochen hatte, hat die Klägerin beantragt,

festzustellen, dass bezüglich der Klage der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt sowie unter dem 16. Januar 2004 Widerklage erhoben, mit der sie Feststellung der Ersatzpflicht hinsichtlich desjenigen Schadens begehrt, der ihr infolge der Kündigung des Vertragsverhältnisses entstanden sei. Zur Begründung hat sie zunächst ausgeführt, die Kündigung sei wegen Verletzung des zwischen den Parteien bestehenden Vertragssystems nach Treu und Glauben rechtswidrig bzw. unwirksam: Insofern die Kooperationsvereinbarung aus dem Jahr 1997 (Anlage K 2) ein mit dem Pachtvertrag (K 1) rechtlich und wirtschaftlich verbundenes einheitliches Regelwerk darstellten, müsse auch die Frage der Beendigung der vertraglichen Beziehungen einheitlich dahingehend beantwortet werden, dass die Klausel gemäß § 23 des Kooperationsvertrags (Ausschluss der ordentlichen Kündigung für die Dauer von zehn Jahren) maßgeblich sei. Die in § 33 des Kooperationsvertrags versteckte Regelung, wonach dieser Vertrag automatisch mit wirksamer Beendigung des Pachtvertrags entfalle, verstoße gegen §§ 305c, 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, zumal hierdurch der für zehn Jahre verbindlich fixierte Vertragszweck einseitig zu Fall gebracht werden könnte. Durch den Betrieb der Tankstelle seit 1959 habe die Beklagte auch einen wertvollen Besitzstand erworben, der außer Verhältnis zu einer Kündigungsfrist von lediglich einem Jahr stehe. Des Weiteren sei zu sehen, dass Tankstellen an Bundesautobahnen einer in § 15 FStrG normierten öffentlich-rechtlichen Infrastrukturaufgabe, nämlich der Versorgung der Verkehrsteilnehmer auf Autobahnen, dienen. Diese (zunächst den Konzessionsinhaber treffende) Verpflichtung habe die Klägerin in ihren Verträgen an die Pächter dergestalt weitergegeben, dass diese - anders als sonst im Wirtschaftsleben - nicht frei agieren könnten, sondern, entsprechend dem Zweck von Autobahnnebenbetrieben, zahlreichen Einschränkungen (wie etwa der Pflicht zur persönlichen Betriebsführung sowie eines Betriebs rund um die Uhr, desgleichen einem Wettbewerbsverbot) unterworfen seien. Wenn sich ein Pächter unter Aufgabe seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit zur Erfüllung einer öffentlichen Infrastrukturaufgabe derart weitgehenden Vorgaben unterwerfe und hierdurch in vollständige wirtschaftliche Abhängigkeit vom Pachtobjekt gerate, dürfe er bei ordnungsgemäßer Erfüllung seiner Pflichten andererseits darauf vertrauen, dass die Klägerin von einem etwa bestehenden vertraglichen Recht zur ordentlichen Kündigung keinen Gebrauch machen werde. Die Beklagte habe daher eine auf veranlasstem Vertrauen begründete und zum Anspruch erstarkte Bestandsgarantie erworben. Dementsprechend seien Pachtverträge über Jahrzehnte hinweg nur einvernehmlich beendet worden. Hieran sei auch die Klägerin gebunden, zumal sie sich in einem Rahmenvertrag zur Übernahme der Gesellschaftsanteile vom

Oktober 1998 einer Selbstverpflichtung dahingehend unterworfen habe, „dafür Sorge zu tragen, dass die mittelständische Pächter- und Betreiberstruktur nicht gefährdet“ werde (Bl. 88 d.A.) Dieser Vereinbarung mit der Bundesrepublik Deutschland als damaligem alleinigem Anteilseigner der Autobahn Tank & Rast AG komme im Verhältnis zur Beklagten die Wirkung eines echten Vertrags zugunsten Dritter nach § 328 BGB zu. Nicht zuletzt sei die Kündigung auch wegen Verstoßes gegen §§ 19 , 20 GWB nach § 134 BGB nichtig: Als Inhaber nahezu sämtlicher Konzessionen gemäß § 15 FStrG sei die Klägerin in dem als separater Teilmarkt anzusehenden Markt der Autobahnnebenbetriebe einzig relevanter Anbieter und daher als faktischer Monopolist Normadressat i.S.d. §§ 19 , 20 GWB . Diese Beurteilung decke sich nicht nur mit der Selbsteinschätzung der Klägerin gemäß Anlagen B 2 bis B 4; auch ihre Rechtsvorgängerin habe noch im Jahr 1998 im Zuge der Privatisierung in einem (für potentielle Erwerbsinteressenten bestimmten) Informationsmemorandum ausgeführt, dass die Betriebe an der Autobahn nach Auffassung des Bundeskartellamtes einen separaten Markt bildeten, auf dem die Tank & Rast ein beherrschendes Unternehmen im Sinne des GWB sei und daher dem Diskriminierungsverbot unterliege (Bl. 62 d.A.). Soweit sie nunmehr versuche, ihre marktbeherrschende Stellung durch Rekurs auf einen Markt der Tankstellen generell bzw. auf autobahnahe Straßentankstellen und Autohöfe oder auf Großtankstellen zu verwässern, sei dies bereits deshalb untauglich, weil deren Betreiber - anders als die Pächter von Bundesautobahnen - nicht den oben dargelegten strengen Anforderungen an Nebenbetriebe i.S.d. § 15 FStrG unterlägen. Die auf § 16 des Pachtvertrags gestützte Kündigung stelle einen Missbrauch dieser Marktstellung in Form der unbilligen Behinderung und Diskriminierung i.S.d. §§ 19 , 20 GWB dar, zumal die Beklagte auch in unternehmensbedingter Abhängigkeit von der Klägerin stehe. Infolge der Kündigung werde ihr die Möglichkeit einer redlichen Ausnutzung ihrer Wettbewerbschancen in dem allein von der Klägerin beherrschten Markt der Autobahntankstellen entzogen und gleichzeitig die Teilhabe am nachgelagerten Käufermarkt - ausweislich einer EMNID-Umfrage 70% der Autobahnbenutzer - verwehrt. Da die Klägerin einem Kontrahierungszwang unterliege, bedürfe die Kündigung zur Vermeidung von Unbilligkeit einer sachlichen Rechtfertigung, an der es vorliegend fehle. Insbesondere könne ein etwaiger Wunsch der Klägerin, sich durch Änderung der Pächterstruktur eine wirtschaftlich vorteilhaftere Stellung zu verschaffen, kein die Belange der Beklagten überwiegendes Interesse begründen. Gleiches gelte im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot des § 20 GWB , insofern auch eine Benachteiligung gegenüber den übrigen, überwiegend ungekündigten Altpächtern vorliege.

Die Beklagte hat daher widerklagend beantragt:

Es wird festgestellt, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten allen materiellen und immateriellen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die von der Klägerin unberechtigt ausgesprochene Kündigung vom 7.11.2002 <des> zwischen den Parteien bestehenden Pachtvertrags vom 5.12.1995 und des Kooperationsvertrages vom 27.2.1997 sowie der Betriebstypenvereinbarung Tankshop vom 20.12.1999 entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Sie hat im Wesentlichen geltend gemacht, die Kündigung nach § 16 des Pachtvertrags sei nicht zu beanstanden. Die hiergegen erhobenen Einwendungen der Beklagten seien nicht geeignet, eine abweichende Beurteilung zu begründen. Insbesondere stünden die vertraglichen Abreden der Parteien einer Kündigung nicht entgegen. Auch ein kartellrechtlicher Sachverhalt liege nicht vor: Für die Bestimmung des relevanten Marktes sei nicht auf die Benutzer von Autobahnen, sondern auf die Pächter von - bundesweit 15.971, Anlage K 10 - Tankstellen abzustellen. Insoweit habe sie, die Klägerin, keine marktbeherrschende Stellung inne. Zumindest müssten autobahnahe Straßentankstellen sowie Autohöfe bzw. Großtankstellen (von denen es bundesweit mindestens 5.000 gebe) in die Betrachtung einbezogen werden. Selbst wenn man die Klägerin als Normadressat i.S.d. §§ 19, 20 GWB ansehen wollte, stelle die Ausübung ihres vertraglichen Rechts zur ordentlichen Kündigung - die nach allgemeinem Zivilrecht keiner Begründung bedürfe - keinen Missbrauch von Marktmacht dar. Sonstige besondere Umstände, die ihr Vorgehen als sittenwidrig oder als Verstoß gegen das Schikaneverbot bzw. gegen Treu und Glauben erscheinen ließen, lägen nicht vor. Da sie im Übrigen anderen Altpächtern gegenüber ebenfalls die ordentliche Kündigung ausgesprochen habe, komme auch der Diskriminierungstatbestand des § 20 Abs. 1 GWB nicht in Betracht.

Mit - der Beklagten am 23. Juli 2004 zugestelltem - Urteil vom 14. Juli 2004, auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, hat das Landgericht zunächst bezüglich der Klageanträge die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festgestellt, die Widerklage hat es abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die gemäß §§ 257, 256 ZPO zulässigen Klageanträge seien ursprünglich begründet gewesen, da die Kündigung des streitgegenständlichen Pachtverhältnisses zum 31. Dezember 2003 wirksam gewesen sei. Das in § 16 Pachtvertrag vereinbarte Kündigungsrecht sei weder einvernehmlich aufgehoben worden noch sei seine Ausübung in der Gesamtschau der vertraglichen Vereinbarungen ausgeschlossen gewesen. Das Zusammenspiel der Klauseln nach § 16 Pachtvertrag und §§ 23, 33 Kooperationsvertrag verstoße auch nicht gegen §§ 305c, 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Ein Anspruch der Beklagten nach § 328 BGB stehe der Kündigung ebenfalls nicht entgegen, zumal die Beklagte nicht dargelegt habe, dass die Beendigung ihres Vertragsverhältnisses der Erhaltung einer mittelständischen Pächterstruktur zuwiderlaufe.

Die Kündigung habe auch nicht gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1; 20 Abs. 1, Abs. 2 GWB verstoßen. Zwar sei die Klägerin Normadressatin i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Denn der sachlich relevante Markt sei vorliegend auf die Verpachtung von Bundesautobahntankstellen zu beschränken, während Autohöfe oder sonstige Straßentankstellen außer Betracht bleiben müssten. Diese seien nämlich aus der Sicht der Marktgegenseite, d.h. der potentiellen Pächter, bereits im Hinblick auf § 15 FStrG nicht mit Autobahntankstellen austauschbar:

Der Betreiber werde angesichts der in den Pachtverträgen auferlegten Pflichten - wie etwa persönliche Betriebsführung, Wettbewerbsverbot, Betriebspflicht rund um die Uhr, Gewährung des vergütungsfreien Zugangs zu sanitären Einrichtungen, ausreichende Kraftstoffbevorratung, Vorhalten von Stellplätzen bzw. temporäres Verbot des Alkoholausschanks - deutlich stärkeren Einschränkungen seiner unternehmerischen Freiheit unterworfen als auf dem sonstigen Tankstellenpachtmarkt. Andererseits gewährleiste die Anpachtung einer Autobahntankstelle in weit höherem Maße ein gesichertes Einkommen, zumal nach einer EMNID-Umfrage 70% der Autobahnbenutzer die Nebenbetriebe nutzten und das Entstehen von Konkurrenzbetrieben in unmittelbarer Nähe schon angesichts der erforderlichen Konzession, deren Vergabe sich am Bedarf - durchschnittlich alle 35 km, Anlage B 3 - orientiere, nicht zu befürchten sei. Darüber hinaus sei die Klägerin auch als Normadressatin nach § 20 Abs. 2 GWB anzusehen: Ähnlich einem Kfz-Vertragshändler habe die Beklagte ihre gesamte wirtschaftliche Betätigung auf den Betrieb einer Bundesautobahntankstelle mit den dafür geltenden Besonderheiten eingestellt. Hierdurch sei sie in existentielle Abhängigkeit von der Klägerin geraten, zumal ihr die Führung eines weiteren Tankstellenbetriebs vertraglich untersagt gewesen sei. Gleichwohl stelle die Kündigung keinen Kartellverstoß dar. Die Vorschrift des § 20 Abs. 1 GWB wolle auch dem Normadressaten einen unternehmerischen Freiraum bei der Gestaltung und Pflege seiner Vertragsbeziehungen belassen und nur den Missbrauch von Marktmacht verhindern. So sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes allein die ordentliche Kündigung eines Vertrages, die nach allgemeinem Zivilrecht keine Begründung erfordere, nicht als Behinderung zu qualifizieren, sofern dem Vertragspartner - wie hier - durch eine angemessene Kündigungsfrist hinreichend Zeit zur Umstellung seiner wirtschaftlichen Betätigung eingeräumt werde. Einer weiteren sachlichen Rechtfertigung der Kündigung bedürfe es in diesem Fall auch unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten nicht. Nichts anderes gelte für den Diskriminierungstatbestand des § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB ; denn die Klägerin sei - vergleichbar einem Kfz-Vertragshändler (BGH WuW 1995, 733 - Kfz-Vertragshändler) - hinsichtlich der Auswahl ihrer Vertragspartner grundsätzlich keinen Bindungen unterworfen. Dass die Klägerin als Normadressat einem Kontrahierungszwang unterliege, sei nicht ersichtlich. Lediglich ergänzend sei auch zu sehen, dass die Klägerin nach ihrem unwidersprochenen Vorbringen das auf dem Gelände der Nebenbetriebe I. neu errichtete Pachtobjekt an den Betreiber der unmittelbar benachbarten Raststätte verpachtet habe. Ein solches Bestreben, sich ergänzende Betriebe eines Standorts in einer Hand zu vereinen, sei als unternehmerische Entscheidung auch kartellrechtlich nicht zu beanstanden. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot könne schließlich auch aus § 15 Abs. 2 Satz 4 FStrG nicht abgeleitet werden. Denn diese Vorschrift, die ohnehin nur im Verhältnis zwischen dem Bund als Konzessionsgeber und der Klägerin gelte, besage nichts über die Ausübung eines Rechts zur ordentlichen Kündigung. Aus den genannten Gründen liege auch kein Behinderungsmissbrauch im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB vor. Da die Kündigung schließlich auch sonst nicht treuwidrig gewesen sei, sei die Erledigung der Klage in der Hauptsache festzustellen und, insofern der Beklagten aus der berechtigten Beendigung der Verträge keine Schadenersatzansprüche erwachsen seien, die Widerklage abzuweisen gewesen.

Hiergegen richtet sich die am 23. August 2004 bei Gericht eingereichte und - nach Fristverlängerung - mit Schriftsatz vom 25. Oktober 2004 begründete Berufung der Beklagten. Unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags rügt sie eine fehlerhafte Anwendung materiellen Rechts: Zwar habe das Landgericht die Klägerin zutreffend als Normadressatin der §§ 19 , 20 GWB qualifiziert, zumal der sachlich relevante Markt sich - insbesondere unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu den sog. „Schilderprägen“, wonach der Standortvorteil (hier an der Autobahn) auf den Vermietermarkt durchschlagen und so auch dem Vermieter eine überragende Marktstellung verschaffen könne - auf die Nebenbetriebe an Bundesautobahnen beschränke. Entgegen der Auffassung des Landgerichts bedürfe die Kündigung allerdings im Hinblick darauf, dass die Klägerin einem Kontrahierungszwang unterliege, einer sachlichen Rechtfertigung. Zumindest sei die Klägerin aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung und dem knappen Angebot an Autobahntankstellen nach der Rechtsprechung (GRUR 1999, 278 , 281 - Schilderprägen im Landratsamt; GRUR 2003, 809 , 810 - Konkurrenzschutz für Schilderprägen) verpflichtet, Pachtflächen - und zwar nach § 15 Abs. 2 Satz 4 FStrG für alle Vertragspartner gleichmäßig - unter angemessenen und fairen Bedingungen auszuschreiben und sie nur zeitlich beschränkt zu vergeben. Eben diese für alle Pächter inhaltsgleiche zeitliche Befristung bzw. ein gleichmäßiges Abweichen der Klägerin von dem bis 2001 geübten Grundsatz, keine ordentlichen Kündigungen auszusprechen, sei vorliegend nicht gegeben. Hierdurch werde die Beklagte nicht nur behindert, sondern auch gegenüber ungekündigten Pächtern diskriminiert. Dies sei nach der gebotenen Interessenabwägung auch als unbillig anzusehen, zumal die (insoweit darlegungs- und beweisbelastete) Klägerin Umstände, die eine sachliche Rechtfertigung der Behinderung bzw. der Ungleichbehandlung begründen könnten, nicht vorgetragen habe. Im Gegenteil falle nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes „Standard-Spundfuß“ (GRUR 2004, 966) zu ihren Lasten ins Gewicht, dass ihre marktbeherrschende Stellung nicht auf eigener Leistung, sondern auf dem normativen Akt der Konzessionserteilung beruhe, weshalb sie bei der kartellrechtlichen Kontrolle einer Ungleichbehandlung stärkere Einschränkungen hinnehmen müsse. Dagegen sei die vom Landgericht angeführte Rechtsprechung zu den Kfz-Vertragshändlern mit der vorliegenden Fallgestaltung nicht vergleichbar. Aus den dargelegten Gründen seien auch die Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB erfüllt, wobei die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung auf dem relevanten Markt bereits aus der klägerischen Position als faktischer Alleinanbieter folge. Bei dieser Sachlage sei die Klägerin gemäß § 33 GWB zum Schadenersatz verpflichtet.

Darüber hinaus sei die Kündigung auch aus allgemein vertragsrechtlichen Gründen unwirksam. Insbesondere könne sich die Klägerin redlicherweise nicht auf § 16 des Pachtvertrags stützen. Denn mit Abschluss des Kooperationsvertrags im Februar 1997 sei die bisherige Vertragsbeziehung der Parteien grundlegend zu Lasten der Beklagten umgestaltet und auch vertieft worden. Sie sei mit diesen - auch finanziell spürbaren - Änderungen nur in Kenntnis des Umstands einverstanden gewesen, dass die Klägerin in der Vergangenheit nie eine ordentliche Kündigung ausgesprochen hatte. Sie habe daher darauf ver-

trauen dürfen, dass die Klägerin von dem Recht nach § 16 des Pachtvertrags nur bei einem Fehlverhalten der Beklagten, das der Klägerin eine fristlose Kündigung erlaubt hätte, Gebrauch machen würde. Das Zusammenspiel der Kündigungs- bzw. Laufzeitregelungen nach dem Pacht- und dem Kooperationsvertrag verstoße auch gegen §§ 305c, 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, zumal die Möglichkeit einer Kündigung mit Jahresfrist das in der Präambel festgehaltene Ziel des Kooperationsvertrags, wonach das kooperative Konzept auf langfristige Anpassung an sich ändernde Marktbedingungen angelegt war, aushöhle. Darüber hinaus sei die Kündigung auch mit der allgemeinen Zielsetzung der früheren Anteilseignerin nicht vereinbar, die mittelständische Betreiberstruktur der Nebenbetriebe künftig nicht zu gefährden. Denn die lediglich einjährige Kündigungsfrist werde den Interessen der mittelständischen Pächterunternehmen nicht gerecht. Bei dieser Sachlage verstoße die Kündigung auch gegen die klägerischen Pflichten aus dem mit der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossenen Rahmenvertrag vom Oktober 1998 (§ 328 BGB). Jedenfalls aber sei durch die langjährige Praxis, keine ordentlichen Kündigungen auszusprechen, ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden, so dass die einseitige Vertragsbeendigung auch treuwidrig sei. Die Jahresfrist hindere dies nicht, zumal die Beklagte in existentieller Abhängigkeit von der Klägerin stehe und - anders als ein Kfz-Vertragshändler - nicht in den Räumlichkeiten verbleiben und ihre Tätigkeit mit einem anderen Hersteller fortsetzen könne. Inwiefern schließlich, wie erstinstanzlich befunden, die Privatisierung der Klägerin erlaube, bestehende Pflichtenbindungen einseitig unverbindlich werden zu lassen, sei ohnehin nicht ersichtlich.

Die Beklagte beantragt daher:

1. Das Endurteil des Landgerichts München I vom 14.07.2004, Az.: 1 HK O 18628/03 wird aufgehoben.
2. Die Feststellungsklage der Klägerin wird abgewiesen.
3. Auf die Feststellungswiderklage der Beklagten wird festgestellt, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten allen materiellen und immateriellen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die von der Klägerin unberechtigt ausgesprochene Kündigung vom 07.11.2002 des zwischen den Parteien bestehenden Pachtvertrages vom 05.12.1995 und des Kooperationsvertrages vom 27.02.1997 sowie der Betriebstypenvereinbarung Tankshop vom 20.12.1999 entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 13. Januar 2005 ihren ursprünglichen, auf Feststellung der Schadenersatzpflicht wegen verspäteter Räumung des Pachtobjekts gerichteten Klageantrag zu Ziff. 2 mit Zustimmung der Beklagten zurückgenommen und beantragt zuletzt,

die Berufung der Beklagten mit der durch die Teilklagerücknahme veranlassten Einschränkung zurückzuweisen.

Sie meint nach wie vor, der sachlich relevante Markt könne aus der Sicht der Abnehmer nicht auf Autobahntankstellen beschränkt werden, sondern erfasse sämtliche Tankstellen größeren Zuschnitts, insofern diese für den potentiellen Pachtinteressenten austauschbar seien. Insbesondere resultiere aus den besonderen vertraglichen Pflichten der Betreiber von Autobahnnebenbetrieben keine grundlegend andere unternehmerische Leistung, zumal auch beispielsweise sog. Autohöfe rund um die Uhr geöffnet hätten. Die Verpachtung einer Autobahntankstelle sei daher mit derjenigen einer Großtankstelle funktionell austauschbar. Auf dem so bestimmten sachlichen Markt habe die Klägerin keine beherrschende Stellung inne. Das erwähnte Informationsmemorandum aus dem Jahr 1998 habe die damalige Auffassung des Bundeskartellamtes wiedergegeben und könne nicht ohne weiteres auf die Situation im Jahr 2003/2004 übertragen werden. Ein Behinderungs- oder Diskriminierungstatbestand sei ohnehin nicht substantiiert dargelegt. Aus der Laufzeit des Pachtvertrags, welcher mit der Beklagten erst seit 1995 bestehe, könne nicht auf eine unternehmensbedingte Abhängigkeit der Beklagten geschlossen werden. Jedenfalls sei die Ausübung eines vertraglichen Kündigungsrechts für sich genommen grundsätzlich nicht unbillig. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu den Fällen der Schilderpräger könne die Beklagte keine für sie günstigere Beurteilung herleiten: Nach den dort aufgestellten - hier nicht einschlägigen - Grundsätzen wäre der Pachtvertrag schon mangels Ausschreibung nichtig gewesen, so dass es einer Kündigung nicht bedurft hätte. Auch die übrigen Ausführungen könnten der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 13. Januar 2005 (Bl. 237 ff. d.A.) Bezug genommen.

II.

Der nach § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthaften und auch im Übrigen zulässigen, insbesondere frist- und formgerecht eingelegten (§§ 517 , 519 Abs. 1 ZPO) und begründeten (§ 520 Abs. 2 ZPO) Berufung der Beklagten bleibt der Erfolg versagt. Das angefochtene Urteil ist, soweit es nach der teilweisen Klagerücknahme noch zur Entscheidung des Senats stand, nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat die ordentliche Kündigung des Pachtvertrags vom 05. Dezember 1995 zu Recht für wirksam erachtet und auf dieser Grundlage zutreffend sowohl die Erledigung des die Räumung des Pachtobjekts betreffenden Klageantrags zu Ziff. 1 festgestellt als auch einen Schadenersatzanspruch der Beklagten wegen Vertragsverletzung bzw. nach § 33 GWB verneint. Im Einzelnen:

1. Die gegen die landgerichtliche Beurteilung zunächst erhobenen vertragsrechtlichen bzw. allgemeinen zivilrechtlichen Bedenken greifen nicht durch. Die Klägerin war vertraglich zur Kündigung des Pachtvertrags berechtigt und auch an der Ausübung dieses Rechts nicht gehindert:

a. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die mit Schreiben vom 07. November 2002 erklärte ordentliche Kündigung des Pachtvertrags zum 31. Dezember

2003 (Anlage K 7) keinen Verstoß gegen die zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Beziehungen darstellt. Denn diese Möglichkeit der Vertragsbeendigung war der Klägerin mit § 16 des Pachtvertrags (Anlage K 1) - angesichts der bisherigen Vertragslaufzeit seit 05. Dezember 1995 unter Einhaltung einer (hier beachteten) einjährigen Kündigungsfrist - ausdrücklich eingeräumt worden.

Wenn die Beklagte - gestützt auf die Erwägung, dass es sich bei den Vereinbarungen nach Anlagen K 1 und K 2 um rechtlich und wirtschaftlich miteinander verbundene Verträge im Sinne eines „einheitlichen Regelwerks“ gehandelt habe, das auch hinsichtlich der Beendigung einem einheitlichen Regime (nämlich § 23 Kooperationsvertrag) folgen müsse, und mit der Begründung, sie habe i.S.d. §§ 133 , 157 BGB die für den Kooperationsvertrag in § 23 unter Ausschluss der ordentlichen Kündigung vorgesehene Laufzeit bis zum 27. Februar 2007 redlicherweise dahingehend verstehen dürfen, dass hierdurch auch § 16 des Pachtvertrags obsolet geworden sei - eine explizite bzw. konkludente Aufhebung der Kündigungsmöglichkeit nach § 16 Pachtvertrag geltend macht, ist das Landgericht dem zu Recht nicht gefolgt. Denn das Verhältnis der beiden Verträge zueinander wurde von den Parteien in § 33 Kooperationsvertrag unter der Überschrift „Ergänzende Verträge“ klar geregelt: Danach sollte der früher geschlossene Pachtvertrag weder als Ganzes noch hinsichtlich einzelner Bestimmungen in der Kooperationsvereinbarung aufgehen oder von ihr abgelöst werden; vielmehr waren sich die Beteiligten darüber einig, dass beide Regelwerke nebeneinander bestehen und in vollem Umfang - einschließlich § 16 Pachtvertrag - weitergelten sollten (§ 33 Ziff. 3 Kooperationsvertrag). Angesichts dieser eindeutigen Formulierung ist für das beklagtenseits vorgebrachte Verständnis, mit Abschluss des Kooperationsvertrags habe auch der Pachtvertrag (entgegen seinem § 16) einer festen Laufzeit von weiteren zehn Jahren unterworfen werden sollen, kein Raum, zumal auch § 23 Kooperationsvertrag nach seinem eindeutigen Wortlaut nur für diese, nicht hingegen für sonstige zwischen den Vertragsparteien bestehende Vereinbarungen gilt.

Soweit die Beklagte gegen diese Auslegung vorbringt, sie lasse für § 23 Kooperationsvertrag keinen Anwendungsbereich mehr, trifft dies, wie vom Erstgericht dargelegt, nicht zu: denn für die Dauer des Fortbestands des Pachtvertrags galt der in der Klausel normierte Ausschluss der ordentlichen Kündigung uneingeschränkt.

Schließlich greift auch der Rekurs der Beklagten auf § 33 Ziff. 1 Kooperationsvertrag nicht durch. Mit der Regelung, dass bei Beendigung der Verfügungsgewalt des Systempartners über das Pachtobjekt auch der Kooperationsvertrag automatisch ende, ohne dass es einer gesonderten Erklärung einer Partei bedürfe, wurde nämlich nicht etwa der Bestand des Pachtvertrags an denjenigen des Kooperationsvertrags geknüpft; vielmehr wurde umgekehrt festgehalten, dass mit Wegfall des Pachtvertrags auch die - darauf basierende - Vereinbarung nach Anlage K 2 entfällt. Damit stellt die Klausel im Wesentlichen lediglich eine Konkretisierung der (im Zuge der Schuldrechtsreform auch gesetzlich normierten, § 313 BGB) Rechtsfigur vom Wegfall der Geschäftsgrundlage dar, wie sie auch ohne ausdrückliche vertragliche Fixierung Anwendung fände: Insofern der Kooperationsvertrag die (für

alle Systempartner einheitlichen) Betriebsgrundsätze für die Führung eines Autobahn-Servicebetriebs betrifft, ist die (durch den Pachtvertrag vermittelte) tatsächliche Möglichkeit des vertragsschließenden Systempartners (hier der Beklagten), eine solche Einrichtung zu betreiben, nicht nur nach der Vorstellung der Parteien, sondern objektiv zwingende Voraussetzung für die Durchführbarkeit des Vertrags, widrigenfalls die Einbindung des Systempartners in das kooperative System mangels Betriebs, der entsprechend den vereinbarten Leitlinien geführt werden könnte, ins Leere geht. Der Wegfall des Pachtvertrags stellt mithin eine schwerwiegende Veränderung der bei Abschluss der Kooperationsvereinbarung gegebenen und übereinstimmend vorausgesetzten Umstände dar, welche bereits im Hinblick darauf, dass die Vereinbarung nicht mehr durchführbar ist, ein Festhalten daran unzumutbar machte, zumal auch eine Anpassung an die geänderten Umstände nicht in Betracht käme.

Zwar tritt die in § 33 Kooperationsvertrag bestimmte Rechtsfolge einer automatischen Vertragsauflösung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht ipso jure, sondern nur kraft rechtsgeschäftlicher Erklärung des einen Teils ein (§ 313 Abs. 3 BGB). Mit dem bereits bei Vertragsschluss übereinstimmend bekundeten Willen, dass der Kooperationsvertrag in diesem Fall ohne (neuerliche) rechtsgestaltende Erklärung beendet sein solle (§ 33 Ziff. 1), wäre indes auch diese Voraussetzung erfüllt. Der Umstand, dass die Klägerin sich, insofern sie die die veränderten Gegebenheiten mit der Kündigung des Pachtvertrags selbst herbeigeführt hat, keine Rechte aus dem Wegfall der Geschäftsgrundlage herleiten könnte (vgl. BGH NJW 1995, 2028 , 3031), hindert die Qualifikation der Klausel im Sinne des § 313 BGB nicht und ist auch bei der vorliegenden Konstellation unerheblich; denn nicht der Fortbestand der (sinnlos gewordenen) Kooperationsvereinbarung steht im Streit, sondern die Beklagte greift den Wegfall seiner Grundlage, nämlich des Pachtvertrags, als rechtswidrig an. Bei dieser Sachlage kann die Beklagte die von ihr gewünschte Auslegung dahingehend, dass § 16 des Pachtvertrags durch die nachfolgend abgeschlossene Kooperationsvereinbarung aufgehoben worden wäre bzw. die Klägerin auf die Ausübung des Kündigungsrechts für die Dauer von zehn Jahren verzichtet hätte, auch aus § 33 Ziff. 1 des Kooperationsvertrags nicht herleiten. Soweit sie meint, wegen ebendieser Abhängigkeit habe sie davon ausgehen dürfen, dass der (für die Durchführung des auf zehn Jahre abgeschlossenen Kooperationsvertrags faktisch notwendige) Bestand des Pachtvertrags jedenfalls bis Februar 2007 gesichert sei, teilt der Senat diese Auffassung mit dem Erstgericht nicht. Denn die Parteien haben die Geltung von § 33 des Kooperationsvertrags nicht erst nach Ablauf der in § 23 festgelegten Vertragslaufzeit, sondern zeitlich uneingeschränkt vorgesehen.

b. Ohne Erfolg bleibt des Weiteren der Einwand der Beklagten, die in § 33 Ziff. 1 Kooperationsvertrag enthaltene Klausel sei, auch im Zusammenspiel mit der festen Laufzeit nach § 23 Kooperationsvertrag einerseits sowie der für den Pachtvertrag in dessen § 16 vorgesehenen jederzeitigen Kündbarkeit andererseits, überraschend und intransparent (§ 305 c BGB) und überdies wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB nichtig.

Zwar handelt es sich, wie zwischen den Parteien nicht im Streit steht, um von der Klägerin gegenüber allen Systempartnern in gleicher Weise gestellte allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB, die auch im Fall der Verwendung gegenüber einem Unternehmer (hier der Beklagten) gemäß § 310 BGB grundsätzlich an den in §§ 305c, 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB normierten Maßstäben zu prüfen sind. Danach ist die Klausel jedoch, wie vom Landgericht dargelegt, nicht zu beanstanden. Insbesondere vermag der Senat den dort geregelten Wegfall der Kooperationsvereinbarung bei (Wirksamwerden der) Kündigung des Pachtvertrags weder für ungewöhnlich noch für überraschend (§ 305c Abs. 1 BGB) zu erachten, handelt es sich dabei doch, wie oben (vgl. Ziff. II. 1. lit. a) dargelegt, nur um die ausdrückliche Wiedergabe derjenigen Rechtsfolge, welche grundsätzlich auch nach der Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eintreten könnte und mit der die Beklagte daher auch ohne entsprechende Regelung zu rechnen hatte (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 305c Rdnr. 4). Die Fortgeltung von § 16 des Pachtvertrags könnte die Beklagte ohnehin nicht als überraschend rügen; denn die fristgerechte Kündbarkeit der früheren Vereinbarung war ihr bereits seit Dezember 1995 bekannt. Auch der Tatbestand einer Unklarheit i.S.d. § 305c Abs. 2 BGB ist nicht erfüllt: für den (wie die Beklagte mit der Kenntnis des Pachtvertrags ausgestattet) verständigen Adressaten ist ohne weiteres deutlich, dass § 33 Ziff. 1 Kooperationsvertrag zu der in § 23 vorgesehenen festen Laufzeit für einen speziellen Fall, nämlich dem Verlust der Verfügungsgewalt über das Pachtobjekt (beispielsweise infolge einer nach § 16 grundsätzlich jederzeit herbeiführbaren Beendigung des Pachtvertrags), eine - überdies sachgerechte und von der Rechtsordnung in § 313 BGB vorgesehene - Sonderregelung trifft. Die Rüge wäre aber auch im Fall einer insoweit abweichenden Beurteilung unbehelflich; denn als Rechtsfolgen einer Verletzung des Transparenzgebots kämen lediglich die Nichtigkeit der Klausel (wenn sie nämlich bei kundenfeindlichster Auslegung gegen §§ 307 ff. BGB verstieße) bzw. im Fall ihrer Wirksamkeit ihre Aufrechterhaltung mit dem der Beklagten günstigsten Inhalt in Betracht (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O. § 305c Rdnr. 19 f.). In beiden Fällen hätte es aber bei der gesetzlichen Regelung des § 313 BGB sein Bewenden; die erstrebte Aufhebung der ordentlichen Kündbarkeit des Pachtvertrags könnte die Beklagte auch in diesem Fall nicht erreichen.

Einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist die monierte Bestimmung schließlich, insofern bloße deklaratorische Wiedergabe der nunmehr gesetzlich normierten Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, gemäß § 307 Abs. 3 BGB ohnehin entzogen (vgl. BGHZ, 121, 18). Im Übrigen wäre auch nicht ersichtlich, inwiefern der Wegfall des Kooperationsvertrags vor dem sich nach § 23 an sich ergebenden Zeitpunkt (27. Februar 2007) dessen in der Präambel formulierte wirtschaftliche Zielsetzung aushöhlte; denn der danach beabsichtigte einheitliche Marktauftritt der Systempartner konnte während der (immerhin fast siebenjährigen) Laufzeit offensichtlich umgesetzt werden.

c. Die Beklagte kann auch aus der von ihr auszugsweise wiedergegebenen Vorbemerkung zum Rahmenvertrag (Bl. 88 d.A.), den die Klägerin im Zuge der Übernahme der Geschäftsanteile im Oktober 1998 mit der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hat,

keinen Ausschluss des klägerischen Kündigungsrechts nach § 16 Pachtvertrag - etwa im Sinne eines Verzichts - herleiten, § 328 BGB . Insbesondere kann der von den damaligen Vertragsschließenden übereinstimmend bekundeten „Auffassung, dass ... die mittelständische Pächter- und Betreiberstruktur nicht gefährdet werden“ dürfe und die die Geschäftsanteile übernehmende Klägerin „hierfür ... wie schon bisher Sorge tragen solle“, kein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert dahingehend beigemessen werden, dass die - in die bestehenden Pachtverträge eintretende - Klägerin den jeweiligen Pächtern gegenüber verbindlich auf die Ausübung des dort vorgesehenen Kündigungsrechts verzichte. Es erscheint bereits die Annahme verfehlt, dass die Klägerin mit dieser - nicht im Regelungsteil des Rahmenvertrags, sondern lediglich in der Vorbemerkung dokumentierten - (gemeinsamen) Auffassung einen hinreichend bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen i.S.d. §§ 116 ff. BGB bekundet hätte, so dass die Formulierung - über eine bloße Leitlinie der künftigen Geschäftspolitik hinausgehend - als bindender, die essentialia negotii festlegender klägerischer Antrag (§ 145 BGB) zu werten wäre, den der Adressat Bundesrepublik Deutschland angenommen hätte. Selbst wenn die Klägerin jedoch - entgegen der Auffassung des Senats - insoweit mit Rechtsbindungswillen gehandelt hätte, wäre sie doch lediglich gehalten, für den grundsätzlichen Erhalt einer mittelständischen Betreiberstruktur - die, wenngleich verändert und sogar beeinträchtigt, so doch „nicht gefährdet werden“ dürfe - Sorge zu tragen. Ein subjektiver Anspruch gegen die Klägerin dahingehend, dass selbst die Person des einzelnen Betreibers nie mehr ausgetauscht werden dürfte, konnte damit schon nach dem Wortlaut der Vorbemerkung weder für den Bund als Vertragspartner noch für die Pächter als Dritte begründet werden.

d. Der Ausübung des Kündigungsrechts nach § 16 Pachtvertrag steht schließlich auch der Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht entgegen. Dabei ist der Umstand, dass die Klägerin (bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen) bis zum Jahr 2001 von ordentlichen Kündigungen abgesehen und die Pachtverträge (sofern nicht ein Fehlverhalten des Pächters eine fristlose Kündigung rechtfertigte) stets nur im Einvernehmen mit dem jeweiligen Vertragspartner beendet hat, ebenso unerheblich wie die Frage, ob die Beklagte angesichts des jahrzehntelang von der Familie ihres Geschäftsführers geführten Nebenbetriebs I. einen wertvollen Besitzstand erworben hat. Denn ein etwaiges, auf diese Praxis in der Vergangenheit gegründetes Vertrauen der Beklagten dahingehend, dass ihr Vertragspartner auch für alle Zukunft so verfahren werde, wäre von der Klägerin nicht veranlasst gewesen, hat sie (bzw. ihre Rechtsvorgängerin) sich doch - trotz und in Kenntnis der eigenen langjährigen anderweitigen Handhabung - noch im Jahr 1995 die rechtliche Möglichkeit einer einseitigen Beendigung der Zusammenarbeit mit der Beklagten in § 16 des Pachtvertrags ausdrücklich gesichert. Dass die Klägerin gleichwohl auf das ihr eingeräumte Gestaltungsrecht habe verzichten wollen, durfte die Beklagte daher nicht annehmen. Auf den Kooperationsvertrag konnte die Beklagte ohnehin kein entsprechendes Vertrauen gründen, ist doch dort bereits in der Präambel ausdrücklich von einer „strategischen Neuausrichtung der Autobahn Tank & Rast AG“ die Rede. Im Übrigen wird, wie oben dargelegt, auch in seinem § 33 Ziff. 1 sogar explizit an die (nach § 33 Ziff. 3 fortbestehende)

Möglichkeit einer Beendigung des Pachtvertrags erinnert, wenn dieser Fall dort als beispielhaft für den automatischen Wegfall auch des - an sich für zehn Jahre geschlossenen - Kooperationsvertrags angeführt wird. Ein berechtigtes Vertrauen dahingehend, dass die Klägerin das Recht aus § 16 Pachtvertrag (für alle Zukunft oder jedenfalls für die Laufzeit der Kooperationsvereinbarung) nicht in Anspruch nehmen werde, konnte die Beklagte angesichts dessen schlechterdings nicht entwickeln. Die bloße Hoffnung hingegen, durch den Abschluss der Kooperationsvereinbarung ihre Position aus dem Pachtvertrag zu verbessern, wäre unbeachtlich, zumal sie in dem Regelungswerk keinen Niederschlag gefunden hat. Wenn die Beklagte schließlich daran erinnert, dass der Vertrag wie in der Vergangenheit auch in der Folgezeit beanstandungsfrei abgewickelt worden sei, begründet dies keine abweichende Beurteilung. Denn eine auf mangelhafte Betriebsführung gestützte außerordentliche Kündigung - die die Klägerin nicht ausgesprochen hat - ist nicht Gegenstand des Rechtsstreits.

e. Bei dieser Sachlage ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin vertraglich zur ordentlichen Kündigung des Pachtvertrags berechtigt gewesen ist.

2. An der Ausübung dieses vertraglichen Kündigungsrechts war die Klägerin auch nicht aufgrund der beklagtenseits vorgebrachten kartellrechtlichen Erwägungen dergestalt gehindert, dass die Vertragsbeendigung wegen Verstoßes gegen §§ 19 , 20 GWB gemäß § 134 BGB unwirksam gewesen wäre.

a. Der Anwendungsbereich der Vorschriften der §§ 19 , 20 GWB ist nur eröffnet, wenn die Klägerin als Normadressatin anzusehen ist. Bereits dies erscheint zumindest zweifelhaft.

aa. § 20 Abs. 2 GWB

Soweit das Landgericht angenommen hat, die Klägerin sei, insofern die Beklagte in unternehmensbedingter Abhängigkeit von ihr stehe, Normadressatin i.S.d. § 20 Abs. 2 GWB , teilt der Senat diese Auffassung nicht. Denn anders als in den von der Rechtsprechung entschiedenen Vertragshändler-Fällen (BGH GRUR 1988, 642 - Opel-Blitz; GRUR 1995, 765 - Kfz-Vertragshändler) ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte - beispielsweise angesichts hoher, spezifisch auf die Zusammenarbeit mit dem Vertragspartner zugeschnittener und weitgehend nur in diesem Rahmen wirtschaftlich nutzbarer Eigeninvestitionen - ihre Geschäftstätigkeit in einer Weise auf die Klägerin eingestellt und sich an diese gebunden hätte, dass ihr ein Ausweichen auf andere Anbieter faktisch verwehrt gewesen und sie hierdurch in existentielle Abhängigkeit von der Klägerin geraten wäre. Im Gegenteil, wie in § 4 Abs. 1 des Pachtvertrags geregelt, oblag die Instandhaltung, Instandsetzung und Erneuerung der baulichen Anlagen des Pachtobjekts grundsätzlich der Klägerin auf deren Kosten. Dass dies auch der tatsächlichen Handhabung entsprach, bestätigt die Beklagte selbst, wenn sie ausführt, wie schon ihre Rechtsvorgänger seit 1982 wiederholt, wenngleich vergeblich (vgl. Anlage B 1 = nach Bl. 17 d.A.), Modernisierungs- oder Erweiterungsmaßnahmen für die Autobahntankstelle I. bei der Klägerin angemahnt zu haben (Bl. 13. d.A.). Dagegen trägt sie nicht vor, selbst erhebliche, auf Amortisation angelegte Auf-

wendungen getätigt zu haben, die speziell ihrer Geschäftsbeziehung mit der Klägerin zuzuordnen gewesen wären. Auch sonstige Gesichtspunkte, die die Annahme einer unternehmensbedingten Abhängigkeit rechtfertigten, hat die Beklagte nicht dargetan. Soweit das Landgericht seine gegenteilige Ansicht u.a. darauf stützt, dass ihr die Führung eines weiteren Tankstellenbetriebs untersagt gewesen sei, könnte dem bereits deshalb nicht gefolgt werden, weil ein derartiges Wettbewerbsverbot weder dem Pachtvertrag (Anlage K 1) noch dem Kooperationsvertrags (Anlage K 2) zu entnehmen ist. Vielmehr war eine (unmittelbare oder mittelbare) Konkurrenztaetigkeit in § 22 des Kooperationsvertrags lediglich an die schriftliche Einwilligung der Klägerin geknuepft. Damit war es aber der Beklagten grundsätzlich gestattet, sich neben der Führung einer Autobahntankstelle zusätzlich als Wettbewerber zu betätigen - zumal die Klägerin ihre erforderliche Einwilligung gemäß § 22 Ziff. 2 des Kooperationsvertrags nur unter engen Voraussetzungen, die durchweg dem Schutz ihres eigenen Betriebssystems dienen, versagen konnte. Aus einer solchen - zudem sachgerecht die Belange beider Vertragsparteien wahrenden - Regelung kann die Beklagte bereits keine Exklusivbindung an die Klägerin herleiten, so dass auch eine existentielle Abhängigkeit von deren Angebot nicht ersichtlich ist. Als Normadressat i.S.d. § 20 Abs. 2 GWB kommt die Klägerin damit nicht in Betracht.

bb. §§ 19 , 20 Abs. 1 GWB

Wenn das Landgericht - im Einklang mit einer aus dem Jahr 1998 stammenden Beurteilung des Bundeskartellamtes (Bl. 62 d.A.) - die Qualifikation der Klägerin als marktbeherrschend i.S.d. §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und damit als Normadressatin der §§ 19 , 20 Abs. 1 GWB darauf stützt, dass als sachlich relevant vorliegend ausschließlich der einen separaten Teilmarkt bildende Bereich der Verpachtung von Autobahntankstellen anzusehen sei, erscheint dies ebenfalls nicht zwingend. Als unbehelflich erachtet der Senat insbesondere die von der Beklagten in diesem Zusammenhang angeführte Rechtsprechung zu den Fällen einer Vermietung von in der Kfz-Zulassungsstelle belegenen Räumen an Schilderpräger (vgl. BGH NJW 1998, 3778 - Schilderpräger im Landratsamt; BGH NJW 2003, 2684 - Konkurrenzschutz für Schilderpräger). Soweit der Bundesgerichtshof dort ausgeführt hat, dass eine Marktstärke des Vermieters von Gewerberäumen auch aus dem Wettbewerbsvorteil abgeleitet werden kann, den ein im Gebäude der Zulassungsstelle ansässiger Schilderpräger gegenüber seinen entfernter tätigen Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt für die Herstellung von Kfz-Kennzeichen genießt, die Marktmacht des Schilder-Anbieters mithin auf den vorgelagerten Vermietermarkt dergestalt durchschlägt, dass auch der Anbieter von Mieträumen im Gebäude der Zulassungsstelle eine überragende Marktstellung hält, ist dies auf die hier gegebene Konstellation nicht ohne Weiteres übertragbar: Auch wenn nach dem Ergebnis der von der Klägerin veranlassten Emnid-Umfrage 70 % der Fahrer auf Autobahnen die Nebenbetriebe der Klägerin in Anspruch nehmen, lässt sich hieraus keine überragende Stellung der Beklagten im nachgelagerten Markt des Tank- und Reisebedarfs von Autofahrern herleiten, welche auch der Klägerin auf dem Markt der Verpachtung von Tankstellen Marktstärke vermittelte. Denn dieser nachgelagerte Bedarfsmarkt ist - anders als im Fall der Schilderpräger, deren Kunden zwangsläufig die

Räumlichkeiten der Kfz-Zulassungsstelle aufsuchen müssen - nicht auf die Benutzer von Bundesautobahnen beschränkt, sondern umfasst in gleicher Weise Autofahrer auf sonstigen Bundes- bzw. Land-Straßen. Berücksichtigt man, dass letztere - schon angesichts erschwerter Zufahrtsmöglichkeiten - ihren Bedarf regelmäßig nicht an Autobahnnebenbetrieben, sondern an Straßentankstellen befriedigen werden, während immerhin 30 % der Autobahnbenutzer abfahrtsnahe Straßentankstellen aufsuchen, kann dem Pächter einer Autobahntankstelle nicht eo ipso eine aus einem Standortvorteil resultierende überragende Position gegenüber den Betreibern sonstiger Großtankstellen in Autobahnnähe zugesprochen werden. Dementsprechend ließe sich eine hieraus abgeleitete Marktmacht der Klägerin als Verpächter einer Autobahntankstelle nicht feststellen.

In gleicher Weise problematisch erscheint es nach Auffassung des Senats, wenn die Beklagte - im Anschluss an das Landgericht - zur Ermittlung der Marktstellung der Klägerin (bzw. deren Eigenschaft als Normadressatin i.S.d. §§ 19 , 20 Abs. 1 GWB) auf einen separaten Teilmarkt der Verpachtung von Autobahntankstellen als hier sachlich relevanten Markt abstellt.

Die Bestimmung eines relevanten Angebotsmarkts folgt nach der Rechtsprechung grundsätzlich dem Bedarfsmarktkonzept, nach welchem einem bestimmten relevanten Markt „alle Produkte oder Dienstleistungen zuzurechnen sind, die aus der Sicht der Nachfrager nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind“ (BGH GRUR 2004, 966 , 967 - Standard-Spundfass). Wenn das Landgericht mit der Erwägung, aus der Sicht der Marktgegenseite, d.h. potentieller Pachtinteressenten, seien Autobahntankstellen angesichts der - aus § 15 FStrG fließenden - umfassenden Reglementierung des Pachtverhältnisses und der damit verbundenen Einschränkung der unternehmerischen Freiheit einerseits sowie des (aus der beschränkten Vergabe von Betriebskonzessionen für Autobahntankstellen resultierenden) gesicherten Einkommens andererseits mit sog. Autohöfen oder Straßentankstellen nicht austauschbar, den relevanten Markt auf den Bereich der Verpachtung von Autobahntankstellen beschränkt, so erscheint zumindest angesichts der jüngeren Entwicklung im Bereich autobahnnaher Großtankstellen fraglich, ob damit diejenigen Kriterien, welche für die Ermittlung der Sichtweise der Marktgegenseite maßgeblich sind, vollständig berücksichtigt werden. Insbesondere der Umstand, dass die Zahl der Autohöfe am Rande der Bundesautobahnen in den letzten Jahren gerichtsbekannt drastisch angestiegen ist, könnte auch eine andere Marktabgrenzung dahingehend nahe legen, dass jedenfalls solche autobahnnahen Großtankstellen in den hier sachlich relevanten Markt einzubeziehen seien: Soweit diese Autohöfe, von der Autobahn aus gut sichtbar oft in Gewerbegebieten gelegen und über Abfahrten leicht erreichbar, mit ihrem Serviceangebot rund um die Uhr nicht nur Autofahrer auf Land- und Bundesstraßen, sondern auch auf Autobahnen ansprechen, stellen sie (wie die Klägerin auf ihrer Internet-Website hervorhebt, vgl. die Pressemeldung vom September 2002 = Anlage B 2: „Die zahlreichen Autohöfe mit angegliederten Schnellimbiss-Ketten machen den Bonnern das Leben schwer“) seit einigen Jahren auch für die Pächter von Autobahntankstellen eine ernstzunehmende Konkurrenz dar - mit der Folge, dass deren

Einkommenschancen, die über Jahrzehnte hinweg dank der durch die Konzessionierung von Autobahntankstellen bewirkten Angebotssteuerung als gesichert galten, (ungeachtet des Ergebnisses der erwähnten Emnid-Umfrage) zwangsläufig beeinträchtigt werden. Tritt aber der Gesichtspunkt der gesicherten Gewinnerwartung - als ein die Austauschbarkeit der Pachtobjekte aus der Sicht der Marktgegenseite mitbestimmendes Kriterium - in den Hintergrund, erscheint fraglich, ob die für Autobahntankstellen allein verbleibenden Besonderheiten (nämlich die in Ausformung von § 15 FStrG gegebene Reglementierung in der Betriebsführung) bewirken können, dass derartige Nebenbetriebe für potentielle Pächter nicht mit Autohöfen oder auch sonstigen an Bundesstraßen gelegenen Großtankstellen (deren Zahl die Klägerin unwidersprochen mit bundesweit mindestens 5.000 angibt) austauschbar seien - zumal die Beklagte selbst, wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unwidersprochen geblieben ist, zwischenzeitlich auf ein derartiges Objekt ausgewichen ist.

Ob die Klägerin auch in einem um solche Großtankstellen erweiterten - und nach Auffassung des Senats mangels sachlicher Unterschiede hier relevanten - Markt eine beherrschende (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) oder überragende (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB) Stellung innehat, bedarf vorliegend gleichwohl keiner abschließenden Klärung. Denn selbst wenn man zugunsten der Beklagten die Vermutung des § 19 Abs. 3 GWB anwenden und davon ausgehen wollte, dass die Klägerin als Normadressatin i.S.d. §§ 19 , 20 Abs. 1 GWB zu qualifizieren sei, könnte die ordentliche Kündigung des Pachtvertrags nicht wegen einer darin liegenden missbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht bzw. einer unbilligen Behinderung oder Diskriminierung gegenüber gleichartigen Unternehmen als unwirksam (§ 134 BGB) angesehen werden.

b. Ein Missbrauch einer (angenommenen) marktbeherrschenden Stellung (§ 19 Abs. 1; Abs. 4 Nr. 1 GWB) bzw. eine kartellrechtswidrige Behinderung (§ 20 Abs. 1 Alt. 1) oder Diskriminierung (§ 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB) der Beklagten durch die Klägerin liegt nicht vor. Zwar wirkt sich die seitens der Klägerin erklärte Beendigung der vertraglichen Zusammenarbeit für die Beklagte dadurch nachteilig aus, dass ihr eine bis dahin wahrgenommene Wettbewerbsmöglichkeit entzogen wird. Dies reicht jedoch für die Feststellung des Missbrauchs von Marktmacht, einer kartellrechtswidrigen Behinderung oder Diskriminierung nicht aus. Hierfür bedürfte es vielmehr zusätzlicher Umstände, welche die ordentliche Kündigung als mit dem Leistungswettbewerb nicht konformes Marktverhalten erscheinen ließen (vgl. Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 62), insofern es an einer sachlichen Rechtfertigung fehlte. Dies ist, ebenso wie die Frage der Unbilligkeit im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB (Bechtold, a.a.O., § 19 Rdnr. 66; § 20 Rdnr. 38), auf der Basis einer Abwägung der beteiligten Interessen, namentlich der Belange des Marktbeherrschers einerseits und derjenigen des behinderten Unternehmens andererseits, sowie der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung der Normen des GWB zu beurteilen (st. Rspr., vgl. BGHZ 38, 90 , 102 - Treuhandbüro; BGH WuW/E 3058, 3063 - Pay-TV-Durchleitung; BGH GRUR 1995, 765 , 768 - Kfz-Vertragshändler). Eine mit der kartellrechtlichen ratio legis unvereinbare Interessenverfolgung wäre dagegen im Rahmen der §§ 19 , 20 GWB nicht berücksichtigbar.

sichtungsfähig (BGH WuW/E 3104, 3107 - Zuckerrübenanlieferungsrecht II). Nach nunmehr einhelliger Ansicht (vgl. BGH WuW/E 3079, 3084 - Stromeinspeisung II; BGH GRUR 1992, 191 , 194 - Amtsanzeiger; Immenga-Mestmäcker/Markert, GWB, 3. Aufl., 2001, § 20 Rdnr. 233; Bechtold, a.a.O., § 20 Rdnr. 54; § 19 Rdnr. 68) ist dabei der durch missbräuchliche Ausübung von Marktmacht Behinderte nicht nur für das Vorliegen eines Missbrauchs von Marktmacht (§ 19 Abs. 1 GWB) bzw. einer Behinderung (§ 20 Abs. 1 Alt. 1 GWB) darlegungs- und beweispflichtig, sondern auch für diejenigen tatsächlichen Umstände, aus denen sich eine Unbilligkeit (§ 20 Abs. 1 Alt. 1 GWB) bzw. das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung (§ 19 GWB) ergibt. Lediglich im Fall des Diskriminierungstatbestands nach § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB hat der Normadressat (hier die Klägerin) darzutun, dass die unterschiedliche Behandlung gleichartiger Unternehmen sachlich gerechtfertigt ist (vgl. Immenga-Mestmäcker/Markert, a.a.O., § 20 Rdnr. 233; Bechtold, a.a.O., § 20 Rdnr. 54).

Ausgehend von diesen Grundsätzen vermag der Senat im Einklang mit dem Landgericht in der seitens der Klägerin erklärten ordentlichen Kündigung des Pachtvertrags kein der Freiheit des Leistungswettbewerbs zuwiderlaufendes Marktverhalten zu erkennen:

Allein die Ausübung eines (wie hier, vgl. oben Ziff. II. 1) vertraglich vereinbarten Kündigungsrechts ist - sofern nicht besondere Umstände hinzutreten - grundsätzlich nicht geeignet, das Verdikt eines Missbrauchs von Marktmacht bzw. einer unbilligen Behinderung oder Diskriminierung eines anderen Marktteilnehmers in einem Geschäftsverkehr, der (wie hier unstreitig) gleichartigen Unternehmen eröffnet ist, zu begründen. Insbesondere gebietet es die nach §§ 19 , 20 GWB vorzunehmende Interessenabwägung nicht, dass der Kündigende, will er eine Bewertung seines Verhaltens als sachlich nicht gerechtfertigt bzw. als unbillig vermeiden, entgegen den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen für die ordentliche Kündigung nähere Gründe darlegte, die das Gericht auf ihre Berechtigung und ihr Gewicht, gar unter betrieblichen und unternehmerischen Gesichtspunkten zu prüfen hätte (vgl. BGH GRUR 1995, 765 , 768 - Kfz-Vertragshändler). Denn auch wenn der Adressat der genannten Vorschriften engeren Befugnisschranken als den vom allgemeinen Zivilrecht aufgestellten unterliegen kann, zielen die Normen doch nicht darauf ab, ihm jeglichen unternehmerischen Freiraum bei der Gestaltung und Pflege seiner (sei es auch langjährig ungestört verlaufenden) Vertragsbeziehungen zur Marktgegenseite zu beschneiden und ihm dadurch auch diejenigen Maßnahmen zu verwehren, die ihm ohne seine Marktmacht offen stünden (vgl. Bechtold, a.a.O., § 19 Rdnr. 66); vielmehr bezwecken sie lediglich, die missbräuchliche Ausübung einer marktstarken Position zu leistungsfremden Wettbewerbszwecken zu verhindern (BGHZ 107, 273 , 279 - Staatslotterie; BGH GRUR 2003, 893 , 894 - Schülertransporte).

Bedarf demnach eine vertragsgemäße ordentliche Kündigung, insofern darin allein kein Missbrauch von Marktmacht bzw. keine Unbilligkeit zu sehen ist, für sich genommen keiner sachlichen Rechtfertigung (BGH GRUR 1995, 765 , 768 - Kfz-Vertragshändler), hat die Beklagte auch sonst keine Umstände dargetan, die eine abweichende Beurteilung be-

gründeten. Insbesondere bleibt ihre Auffassung unbehelflich, wonach die vereinbarte Kündigungsfrist von lediglich einem Jahr außer Verhältnis zu der langjährig beanstandungsfrei abgewickelten Geschäftsbeziehung stehe: Unabhängig davon, dass die kartellrechtlichen Regelungen nicht als Instrumentarium zur Korrektur von (vertraglich, d.h. mit Bindungswirkung getroffenen) geschäftlichen Fehlentscheidungen konzipiert sind (BGB WuW/E 2855, 2856 - Flaschenkästen), hat der Bundesgerichtshof (GRUR 1995, 765 , 768 - Kfz-Vertragshändler) selbst für den Fall einer in drei Jahrzehnten verfestigten (hier nicht gegebenen, vgl. oben Ziff. II.2.a.aa.) unternehmensbedingten Abhängigkeit trotz hoher Investitionsaufwendungen des abhängigen Unternehmens eine Umstellungsfrist von einem Jahr für unbedenklich erachtet. Dass im Fall einer - nicht aus der Abhängigkeit eines Vertragshändlers vom Hersteller, § 20 Abs. 2 GWB , sondern (wie hier unterstellt) - aus der Marktbeherrschung i.S.d. § 19 Abs. 2 GWB resultierenden Marktmacht ein strengerer Maßstab angemessen wäre, ist weder geltend gemacht noch ersichtlich. Bei dieser Sachlage scheidet eine Beanstandung der Kündigung wegen Verstoßes gegen §§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1; 20 Abs. 1 Alt. 1 GWB aus.

In gleicher Weise wären auch die Voraussetzungen des Diskriminierungstatbestands nach § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB selbst dann nicht erfüllt, wenn man - angesichts des Umstands, dass die Klägerin seit dem Jahr 2000 erst gegenüber 60 von insgesamt mehr als 330 Pächtern die Kündigung erklärt hat - eine Ungleichbehandlung gegenüber „gleichartigen Unternehmen“ annehmen wollte (zu diesem Tatbestandsmerkmal hat die insoweit darlegungspflichtige Beklagte, vgl. BGH WuW/E DE-R 481, 482 - Designer-Polstermöbel, nichts vorgetragen). Denn der Grundsatz, dass die Ausübung eines vertraglich vereinbarten Rechts zur ordentlichen Kündigung, sofern keine sonstigen Besonderheiten hinzutreten, keinen Missbrauch von Marktmacht darstellt und daher keiner weiteren sachlichen Rechtfertigung bedarf (BGH GRUR 1995, 765 , 768 - Kfz-Vertragshändler), gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (GRUR 2003, 893 , 894 - Schülertransporte) nicht nur für den Behinderungstatbestand des § 20 Abs. 1 Alt. 1 GWB , sondern gleichermaßen im Fall einer unterschiedlichen Behandlung von Vertragspartnern nach § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB .

Aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofes „Standard-Spundfass“ (GRUR 2004, 966) kann die Beklagte keine hiervon abweichende und für sie günstigere Beurteilung herleiten. Dabei kann dahinstehen, ob der Entscheidung ein von der Beklagten angeführter allgemeiner Grundsatz dahingehend entnommen werden kann, dass der Marktmächtige, dessen marktbeherrschende Stellung nicht auf eigener Leistung, sondern auf einem normativen Akt beruhe, bei der kartellrechtlichen Kontrolle einer Ungleichbehandlung insofern stärkere Einschränkungen hinnehmen müsse, als an die sachliche Rechtfertigung einer Diskriminierung strengere Anforderungen zu stellen seien. Die Übertragung eines solch allgemeinen Grundsatzes auf den vorliegenden Sachverhalt käme bereits angesichts unterschiedlicher Konstellationen nicht in Betracht. Denn die zitierte Entscheidung befasst sich primär mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Ausübung der einem Ausschließlichkeitsrecht immanenten Befugnis seines Inhabers zur Ungleichbehandlung von

Lizenzinteressenten als diskriminierende Beschränkung der Zutrittsmöglichkeiten dieser Interessenten zu einem nachgelagerten Markt anzusehen ist, nicht hingegen mit den Maßstäben, die der marktmächtige Patentinhaber bei der Beendigung von Verträgen mit verschiedenen Lizenznehmern einzuhalten hat. Überdies erschiene es auch zweifelhaft, inwieweit eine etwaige Marktmacht der Klägerin, die aus der (abgabepflichtigen, vgl. § 15 Abs. 3 Satz 1 FStrG) Konzession zum Betrieb von Autobahnnebenbetrieben resultierte, mit der marktbeherrschenden Stellung eines Patentinhabers gleichgesetzt werden könnte, dessen Erfindung als verbindlicher Industriestandard in DIN-Normen Eingang gefunden hat.

Als besonderer Umstand, der ausnahmsweise eine sachliche Rechtfertigung der vertraglich eingeräumten Kündigung erforderlich machte, kommt schließlich auch ein von der Beklagten angeführter Kontrahierungszwang nicht in Betracht. Zwar weist sie zutreffend auf die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes „Kfz-Vertragshändler“ (GRUR 1995, 765 , 768) und „Schülertransporte“ (GRUR 2003, 893 , 894) hin, wonach in Fällen, in welchen der Normadressat einer Belieferungs- oder Bezugspflicht unterliegt, er ein laufendes Vertragsverhältnis - bei ansonsten vergleichbaren Gegebenheiten - nicht ohne weiteres, sondern nur bei Vorliegen besonderer, die Kündigung rechtfertigender Gründe auflösen kann. Diese Voraussetzungen liegen hier indes nicht vor: Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist die Klägerin in der Auswahl ihrer Tankstellenpächter grundsätzlich frei und nicht gehalten, mit jedem Interessenten einen Pachtvertrag abzuschließen. Ein Kontrahierungszwang ließe sich insbesondere nicht aus § 15 Abs. 2 Satz 4 FStrG ableiten, zumal sich die Vorschrift nach ihrem Wortlaut lediglich an den Bund als Adressaten wendet und ihm vorgibt, welche Grundsätze er bei der Auswahl der Konzessionsinhaber zu beachten hat; dagegen betrifft die Vorschrift nicht das unmittelbare Verhältnis zwischen einem Konzessionsinhaber (hier der Klägerin) und dessen Vertragspartnern.

Der Beklagten ist allerdings darin zu folgen, dass die in einer Kündigung etwa zu sehende Diskriminierung eines Vertragspartners - ebenso wie bei Bestehen eines Kontrahierungszwangs - auch dann einer sachlichen Rechtfertigung bedarf, wenn eine Konstellation vorliegt, die es dem Normadressaten bereits „bei der Begründung des Vertragsverhältnisses untersagt, gleichartige Unternehmen ohne sachlichen Grund unterschiedlich zu behandeln, und er daher die Auswahl unter den Anbietern nach fairen und objektiven Kriterien, gegebenenfalls im Wege der Ausschreibung, zu treffen hat“ (BGH GRUR 2003, 893 , 894 - Schülertransporte). Auch in diesem Fall kann er das Vertragsverhältnis nicht aus Gründen beenden, „aus denen er den Abschluss des Vertrags nicht hätte ablehnen dürfen, da andernfalls das bei der Vergabe geltende Gleichbehandlungsgebot unterlaufen würde“ (BGH a.a.O.). Selbst wenn man jedoch im Anschluss an die zu den Fällen der Schilderpräger ergangene Rechtsprechung (BGH GRUR 1999, 278 - Schilderpräger im Landratsamt; BGH GRUR 2000, 344 - Beteiligungsverbot für Schilderpräger I), insbesondere die Entscheidung „Konkurrenzschutz für Schilderpräger“ (BGH GRUR 2003, 809 , 810) davon ausgehen wollte, dass die Klägerin, insofern sie den - hier als relevant unterstellten - Verpachtungsmarkt von (der Zahl nach limitierten) Autobahntankstellen maßgeblich kontrol-

liert, bei der Überlassung solcher Nebenbetriebe Einschränkungen dahingehend unterliegt, dass sie die Auswahl unter den in Frage kommenden Interessenten für das knappe Gut nach sachgerechten und fairen Bedingungen vornehmen muss - mit der Folge, dass auch die (einzelne Vertragspartner diskriminierende) Beendigung der Verträge einer sachlichen Rechtfertigung bedarf, erschiene es zweifelhaft, ob sich die Beklagte auf diesen Gesichtspunkt berufen könnte:

Wie die Klägerin ausgeführt hat, wäre unter diesen Umständen der Pachtvertrag wegen Verstoßes gegen § 20 Abs. 1 GWB von Anfang an und unabhängig von der Wirksamkeit der Kündigung nichtig (§ 134), insofern bereits dem Vertragsschluss - sei es mit dem Rechtsvorgänger der Beklagten im Jahr 1959, sei es mit der Beklagten im Jahr 1995 - eine sachgerechte und faire Auswahl unter möglichen Bewerbern in Form einer Ausschreibung nicht vorausgegangen war. Berücksichtigt man des Weiteren, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in diesen Fällen der Bedarf nach längstens fünf Jahren im Wege der Ausschreibung neu zu ermitteln ist, um den Marktzutritt für potentielle andere Pachtinteressenten nicht ungebührlich lange zu blockieren (GRUR 2003, 809 , 810 a.E. - Konkurrenzschutz für Schilderpräger), wäre der durch den Vertragsschluss begründete kartellrechtswidrige Zustand in der Folgezeit auch noch dadurch vertieft worden, dass - die bereits seit 1959 andauernden Vorgängervereinbarungen außer Acht gelassen - allein der am 01. Januar 1996 in Kraft getretene Pachtvertrag (vgl. dort § 15 Abs. 1) bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Ende 2003 acht Jahre lang durchgeführt wurde.

Die ratio legis des § 20 Abs. 1 GWB würde konterkariert, wollte man der Beklagten bei dieser Sachlage gestatten, unter Berufung auf die Freiheit des Wettbewerbs andere, mit ihr um die Anpachtung einer Autobahntankstelle konkurrierende Interessenten vom Markt fernzuhalten, indem entsprechend ihrem Begehren die nunmehrige Beendigung des Vertragsverhältnisses durch ordentliche Kündigung als rechtswidrig bzw. unwirksam qualifiziert würde. Denn hierdurch würde die bisher praktizierte kartellrechtswidrige Blockade des Marktzutritts für Dritte dauerhaft verfestigt. Für eine solche der Zielsetzung des GWB zuwiderlaufende Abschottung ist das kartellrechtliche Instrumentarium nicht konzipiert.

Soweit die Beklagte meint, auf diesen Gesichtspunkt könne sich die Klägerin im Hinblick darauf nicht berufen, dass sie die Neuvergabe der Tankstelle I. wiederum ohne Ausschreibung vorgenommen habe, bleibt dies unbehelflich; denn streitgegenständlich ist vorliegend nicht ein etwa kartellwidrig zustande gekommener Neuvertrag mit einem Dritten, sondern die als unwirksam erachtete Auflösung des Pachtvertrags mit der Beklagten.

Im Ergebnis können indes auch diese Erwägungen hier dahinstehen. Denn unabhängig davon erfüllte die Kündigung auch dann nicht den Diskriminierungstatbestand des § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB , wenn man eine sachliche Rechtfertigung forderte: Wie die Beklagte mit dem Schreiben gemäß Anlage B 1 (= nach Bl. 17 d.A.) selbst dargetan hat, ist die Klägerin entsprechend einer auch mit den Pächtern erörterten strategischen Umorientierung im Begriff, ihre Geschäftsbeziehungen dahingehend neu auszurichten, dass die Nebenbe-

triebe eines Standorts (d.h. jeweils Tankstelle und Raststätte) zum Zweck einer „besseren Führbarkeit und Arbeit auf einer Verkehrsanlage“ (Anlage B 1) in die Hand eines Betreibers gelegt werden. Diese Zielsetzung, die nicht verwirklicht werden kann, ohne jedenfalls einen Teil der bestehenden Pachtverträge zu kündigen, und die sich überdies nicht zu einem festen, für alle in Betracht kommenden Pächter identischen Stichtag, sondern nur über einen längerfristigen Zeitraum hinweg, gegebenenfalls für verschiedene Standorte zeitlich gestaffelt, umsetzen lässt, ist, wie das Landgericht ausgeführt hat, im Rahmen der - auch dem Normadressaten des § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB belassenen - unternehmerischen Freiheit in der Gestaltung und Pflege vertraglicher Beziehungen nicht zu beanstanden und stellt demnach in Abwägung mit den Belangen der Beklagten - soweit diese mit Blick auf die ratio legis, nämlich der Aufrechterhaltung freien Wettbewerbs, berücksichtigungsfähig sind - einen sachlich gerechtfertigten Grund für eine angenommene Ungleichbehandlung dar. Dass die Klägerin auch im Fall der Kündigung des Pachtvertrags mit der Beklagten tatsächlich entsprechend ihrer geänderten Konzeption verfahren ist, wird im Übrigen dadurch belegt, dass sie die am Standort I. neu errichtete Autobahntankstelle unstreitig ab 2004 in die Hand des Betreibers der unmittelbar benachbarten Raststätte gegeben hat. Da schließlich auch keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Klägerin bei der unterschiedlichen Behandlung ihrer Altpächter (über die dargelegte, wettbewerblich billigenwertige Zielsetzung hinaus) von weiteren, sachfremden Erwägungen geleitet gewesen wäre (etwa vergleichbar der den Entscheidungen BGH GRUR 2003, 893 - „Schülertransporte“ bzw. BGH GRUR 1998, 1049 - „Bahnhofsbuchhandel“ zugrunde liegenden Konstellation), scheidet ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB ebenfalls aus.

3. War die klägerseits ausgesprochene ordentliche Kündigung mithin auch kartellrechtlich nicht zu beanstanden, hat das Landgericht, insofern die auf Feststellung der Räumungspflicht gerichtete Klage ursprünglich zulässig und begründet gewesen sowie infolge Erfüllung unbegründet geworden war, zutreffend dem Antrag der Klägerin entsprechend die Erledigung festgestellt und im Übrigen, mangels Verstoßes der Kündigung gegen §§ 19 , 20 GWB bzw. gegen vertragliche Vereinbarungen, einen widerklagend auf § 33 GWB bzw. auf eine Vertragsverletzung gestützten Schadenersatzanspruch der Beklagten zu Recht verneint. Dementsprechend war das Ersturteil, soweit es nach der teilweisen Klagerücknahme noch zur Überprüfung durch den Senat stand, in vollem Umfang zu bestätigen.

III.

1. Die Kosten des Rechtsstreits waren unter Berücksichtigung der anfänglichen Anrufung des unzuständigen LG München II sowie der in der Berufungsinstanz erklärten teilweisen Klagerücknahme nach §§ 97 Abs. 1 , 269 Abs. 3 Satz 2 , 91 Abs. 1 , 281 Abs. 3 Satz 2 ZPO zu verteilen wie im Tenor geschehen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10 , 711 ZPO .

2. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) noch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO vorliegen (vgl. dazu BGH NJW 2003, 65 ff.). Die Rechtssache erfordert, wie die Ausführungen unter II. zeigen, lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze auf den vorliegenden Einzelfall.

Beschluss des OLG Düsseldorf 1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

Normen: § 1 GWB, § 21 Abs 2 GWB

Wettbewerbsbeschränkung auf dem Abfallmarkt: Verletzung des kartellrechtlichen Umgehungsverbots durch PPK-Vertrag zur Ausschaltung der Duales System Deutschland AG als Nachfragerin von Entsorgungsdienstleistungen in einem Landkreis

Orientierungssatz

1. Das durch § 21 Abs. 2 GWB verbotene, durch Druckmittel veranlasste Verhalten setzt voraus, dass es, wenn es zum Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung gemacht würde, eine unter das kartellrechtliche Primärverbot fallende, wettbewerbsbeschränkende Absprache von Konkurrenten gem. § 1 GWB darstellen würde.
2. Ein Entsorgungsträger für den kommunalen PPK-Abfall und die Duales System Deutschland AG, die Entsorgungsträgerin für von ihr lizenzierte Verkaufsverpackungen ist, stehen bei der Nachfrage von Entsorgungsdienstleistungen in einem Nachfragewettbewerb.
3. Der vorliegend beanstandete PPK-Vertrag stellt ein Verhalten des Entsorgungsträgers für kommunalen PPK-Abfall dar, das auf eine Einschränkung des Nachfragewettbewerbs bei der Beschaffung von Entsorgungsdienstleistungen abzielt und das hinsichtlich Entsorgungsleistungen im streitgegenständlichen Landkreis die Spürbarkeitsschwelle überschreitet. Dies gilt unabhängig davon, ob der von der Wettbewerbsbeschränkung betroffene Markt in sachlicher Hinsicht (nur) die Nachfrage nach der haushaltsnahen Sammlung, Sortierung und Verwertung des PPK-Abfalls beinhaltet, oder ob er einerseits auf die Nachfrage nach der haushaltsnahen Sammlung und dem anschließenden Abfalltransport zu begrenzen ist, andererseits aber über den PPK-Abfall hinaus auch Siedlungsabfälle, Leichtverpackungen und Glas beinhaltet.

Fundstellen

WuW/E DE-R 1453-1460 (red. Leitsatz und Gründe)

AbfallR 2005, 92 (red. Leitsatz)

Tenor

I. Die Beschwerden des Beteiligten gegen die Beschlüsse des Bundeskartellamts vom 6. Mai 2004 (B 10 - 37202 - N - 97/02 - 1) und vom 13. Mai 2004 (B 10 - 97/02 - 1) werden zurückgewiesen.

II. Der Beteiligte hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sowie die notwendigen Auslagen zu tragen, die dem Bundeskartellamt sowie den Beigeladenen zu 1. und zu 2. in der Beschwerdeinstanz entstanden sind.

III. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

IV. Der Beschwerdewert wird vorläufig auf 250.000 EUR festgesetzt.

Gründe

I. Der Beteiligte ist öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger für die in seinem Kreisgebiet anfallenden Abfälle. Zur Erfüllung der sich hieraus ergebenden Aufgaben hat er am 1. Januar 1995 den "A. des Landkreises N.-U." (nachfolgend: "A.") als Eigenbetrieb ohne eigene Rechtspersönlichkeit gegründet. Die wirtschaftliche Führung des "A." obliegt der Werkleitung, die aus dem Werkleiter und seinem Stellvertreter besteht.

Durch Übertragungsverordnung hat der Beteiligte den kreisangehörigen Gemeinden auferlegt, getrennte Erfassungssysteme im Hol- und Bringsystem für Altpapier einzurichten. Er selbst stellt dazu ein flächendeckendes Netz von Containern zur Erfassung von PPK-Abfall (Pappe, Papier, Karton) bereit.

Die "D. G. P. - D. S. D. AG" (nachfolgend: "D.-AG") betreibt seit 1992 ein flächendeckendes System zur haushaltsnahen Rücknahme gebrauchter Verkaufsverpackungen im Sinne von § 6 Abs. 3 Satz 1 VerpackV. Die "D. AG" war und ist nicht selbst operativ tätig, sondern beauftragt Entsorgungsunternehmen mit der Sammlung, Sortierung und Vermarktung des Verpackungsmülls. Von Beginn an ist die "D. AG" auch im Landkreis des Beteiligten tätig.

In den Jahren 1992 bis 2003 war die Entsorgung des PPK-Abfalls im Landkreis N.-U. dergestalt organisiert, dass der Beteiligte und die "D. AG" die von ihnen benötigten Entsorgungsleistungen demselben Unternehmen - nämlich der "K. GmbH S." - in Auftrag gege-

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

ben hatten. Der Beteiligte hatte dabei die Entsorgung des kommunalen Papiermülls und die "D. AG" die Entsorgung der von ihr lizenzierten Verkaufsverpackungen beauftragt. Zwischen dem Beteiligten und der "D. AG" bestand Einvernehmen, dass der auf die "D. AG" entfallende Mengenanteil am gesamten Sammelgut mit geschätzten 25 % veranschlagt wird. Tatsächlich dürfte der Anteil der von der "D. AG" lizenzierten Verkaufsverpackungen am gesamten PPK-Abfall bei maximal 15 % liegen. Entsprechend der geschätzten Mengenanteile übernahm die "D. AG" die Vergütung der "K. GmbH S." zu einem Anteil von 25 %. Vor Ort wurden beide Entsorgungsmengen in ein und dieselben Depotcontainer der "K. GmbH S." gesammelt. Anschließend ließ die "D. AG" die auf sie entfallende 25 %ige Müllmenge auf eigene Rechnung vermarkten.

Mit Wirkung zum 1. Januar 2004 ist der Beteiligte von dieser langjährigen Handhabung abgerückt. Nach Durchführung eines Vergabeverfahrens hat er mit Vertrag vom 21. Oktober 2003 die - aus der "K. GmbH S." und der "W. H. GmbH & Co. KG" gebildete - "A. K./H." beauftragt, den gesamten im Kreisgebiet anfallenden PPK-Abfall unter Einschluss des Verpackungsmülls zu sammeln und zum Abfallverwertungsbetrieb zu transportieren. Der Entsorgungsvertrag sieht dabei vor, dass die "A. K./H." insgesamt 216 Depotcontainer an 157 vorgegebenen Standorten im Kreisgebiet von N.-U. aufstellt, die Container bedarfsgerecht leert und den eingesammelten PPK-Müll zum Altpapierentsorger transportiert. Die dem Vertrag zugrunde liegenden Ausschreibungsbedingungen enthalten überdies den Hinweis, dass der Beteiligte Eigentümer des erfassten Altpapiers bleibt und den rechtlichen Zugriff auf den gesamten Papierstrom behält.

Mit der gewählten Vertragskonstruktion will der Beteiligte erreichen, dass die "D. AG" nicht mit der "A. K./H." über den Abschluss eines eigenen Entsorgungsvertrages, sondern stattdessen mit ihm (dem Beteiligten) über eine "Mitbenutzung" des Entsorgungsvertrages vom 21. Oktober 2003 verhandelt. Der Beteiligte ist der Ansicht, dass er mit Blick auf seine Entsorgungspflicht, die nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG auch für Verpackungsmüll bestehe, berechtigt gewesen sei, einen Entsorgungsvertrag über den gesamten PPK-Abfall (einschließlich der gebrauchten Verkaufsverpackungen) abzuschließen. An dem dadurch geschaffenen Entsorgungssystem müsse sich die "D. AG"- so meint er - beteiligen. Diese Verpflichtung ergebe sich zum einen aus § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV, wonach der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger vom Betreiber eines dualen Systems verlangen kann, dass dieser die für die Abfallsammlung und Abfallsortierung erforderlichen Einrichtungen gegen ein angemessenes Entgelt übernimmt oder mitbenutzt. Außerdem könne er aufgrund der mit dem Entsorgungsvertrag vom 21. Oktober 2003 erfolgten Anmietung der Depotcontainer eine Mitbenutzung der Sammelbehälter für Entsorgungsleistungen an die "D. AG" unterbinden. Schließlich - so meint der Beteiligte - erwerbe er Alleineigentum am gesamten Sammelgut und dürfe deshalb der "A. K./H." auch eine Vermarktung des Verpackungsmülls für die "D. AG" untersagen.

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

Seinen Rechtsstandpunkt hat der Beteiligte sowohl gegenüber der "A. K./H." als auch gegenüber der "D. AG" zum Ausdruck gebracht. In einem - vom stellvertretenden Werkleiter der "A." unterzeichneten - Schreiben des "A." an die "A. K./H." vom 28. Januar 2004 heißt es auszugsweise:

"... aus gegebenem Anlass möchten wir auf folgenden Sachverhalt hinweisen:

Auf Grund des Vertrages über die Erfassung und Transport von Papier, Pappe und Kartonnagen (PPK) aus dem Landkreis N.-U. inklusive Behältergestellung vom 22.08./21.10.2003 zwischen der A. K. S. GmbH/W. H. GmbH & Co. KG (A.) und dem A. des Landkreises N.-U. (A.) ist die A. verpflichtet, das gesamte im Landkreis N.-U. im Auftrag des A. erfasste Altpapier der Firma A. U. zuzuführen. Der A. bleibt Eigentümer des Papiers bis zur Weitergabe an die Papierfabrik. Dies gilt für die gesamte PPK-Fraktion, also auch für Verkaufsverpackungen, die unter die Verpackungsverordnung fallen.

Es findet sich im vorgenannten Vertrag keine Regelung oder ein Vorbehalt für die A., welcher zusätzlich den Abschluss eines Vertrages mit einem Dritten zum Beispiel der D. über die Erfassung und Vermarktung des im Auftrag des A. erfassten PPK rechtfertigen würde.

Aus den genannten Gründen untersagen wir der A. den Abschluss einer Vereinbarung mit Dritten (D.) über die Erfassung und Vermarktung von PPK, soweit es sich um PPK handelt, welches im Auftrag und mit dem Erfassungssystem des A. erfasst wurde.

Für den Fall, dass die A. gegen diese Untersagung ohne gesonderte, schriftliche Zustimmung des A. verstößt, begeht die A. gegenüber dem A. eine schuldhaftige Vertragsverletzung! Wir behalten uns die entsprechenden vertraglichen und rechtlichen Sanktionsmöglichkeiten wie z.B. Abmahnung, Kündigung und Klage auf Schadensersatz vor ...

Wie bereits mündlich mitgeteilt, empfehlen wir der A. dringend, von einem Vertragsabschluss mit der D. ohne Zustimmung des A. Abstand zu nehmen, jedenfalls so lange, bis die Rechtslage unter Beteiligung der kommunalen Spitzenverbände, D. und des Kartellamtes sicher geklärt ist."

Das Schreiben des "A." an die "D. AG" vom 17. März 2004 - unterschrieben vom Werkleiter der "A." - lautet auszugsweise:

"... Außerdem teilen wir Ihnen wie gewünscht unsere Rechtsauffassung zu der von Ihnen offenbar beabsichtigten vorläufigen Beauftragung der privaten Entsorger mit der Miterfassung und Verwertung/Vermarktung der über das Erfassungssystem des A. erfassten PPK-Verkaufsverpackungen mit.

Wir vertreten weiterhin die Auffassung, dass die D. AG mit dem A. die Mitbenutzungsvereinbarung über die Miterfassung und Verwertung/Vermarktung der PPK-Verkaufsverpackungen abzuschließen hat.

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

Wir untersagen deshalb sowohl der D. AG als auch den mit der PPK-Erfassung im Landkreis N.-U. durch uns beauftragten Firmen den Abschluss einer vorläufigen Beauftragung ohne Zustimmung des A..

Wir behalten uns vor, den uns insgesamt entstehenden Schaden aus der (aktuell) vorläufigen Beauftragung der Miterfassung und Verwertung von PPK-Verkaufsverpackungen durch die D. AG an die von uns mit der PPK-Erfassung im Landkreis N.-U. beauftragten Firmen von der D. AG einzufordern und gegebenenfalls auch einzuklagen.

Wir behalten uns ebenso vor, den uns insgesamt entstehenden Schaden aus der Vorenthaltung des Eigentums an den über unser Erfassungssystem miterfassten PPK-Verkaufsverpackungen sowohl gegenüber der D. AG, als auch gegenüber den von der D. AG vorläufig beauftragten Firmen einzufordern und gegebenenfalls auch einzuklagen."

Das Bundeskartellamt ist der Auffassung, dass das an die "A. K./H." gerichtete Schreiben vom 28. Januar 2004 ein Boykottaufruf im Sinne von § 21 Abs. 1 GWB darstellt und das Schreiben an die "D. AG" vom 17. März 2004 gegen das Umgehungsverbot des § 21 Abs. 2 GWB verstößt. Es hat deshalb gegen den Beteiligten eine entsprechende Untersagungsverfügung erlassen und ihm sofort vollziehbar untersagt,

"1. a) die von ihm mit Schreiben des A. N.-U., W. (A.) vom 21. Oktober 2003 mit der Erfassung und dem Transport von Papier, Pappe und Kartonagen (PPK) aus dem Landkreis N.-U. inklusive Behältergestellung (Los 1 und 2 der Ausschreibung des A. vom August 2003) beauftragte Arbeitsgemeinschaft der K. S. GmbH, V., und der W. H. GmbH & Co. KG, S./B., dazu aufzufordern, mit Betreibern dualer Systeme im Sinne von § 6 Abs. 3 Satz 1 Verpackungsverordnung keine Vereinbarungen über die Erfassung, Sortierung und Verwertung gebrauchter PPK-Verkaufsverpackungen aus dem Landkreis N.-U. abzuschließen,

b) der G. P. - D. S. D. AG, K. ("D.") zu untersagen, mit den von ihm beauftragten Entsorgern einen Vertrag über die Erfassung, Sortierung und Verwertung gebrauchter PPK-Verkaufsverpackungen aus dem Landkreis N.-U. zu schließen, oder D. anzukündigen, dass er ihr gegenüber den ihm aus einem solchen Vertrag entstehenden Schaden einfordern oder gerichtlich geltend machen werde, oder D. anzukündigen, dass er gegenüber ihr oder den von ihm beauftragten Entsorgern den Schaden einfordern oder gerichtlich geltend machen werde, der ihm dadurch entstehe, dass die über das Erfassungssystem des Landkreises N.-U. miterfassten PPK-Verkaufsverpackungen für D. vermarktet werden."

Dagegen wendet sich der Beteiligte mit seiner Beschwerde. Er begehrt die Aufhebung der Untersagungsverfügung vom 6. Mai 2004 und des dazugehörigen Kostenbeschlusses vom 13. Mai 2004. Zur Begründung seiner Rechtsmittel wiederholt und vertieft er seinen - vorstehend dargestellten - Rechtsstandpunkt.

Der Beteiligte beantragt,

die Beschlüsse des Bundeskartellamts vom 6. Mai 2004 (B 10 - 37202 - N - 97/02 - 1) und vom 13. Mai 2004 (B 10 - 97/02 - 1) aufzuheben.

Das Bundeskartellamt und die Beigeladenen zu 1., zu 2. und zu 4. beantragen, die Beschwerden zurückzuweisen.

Sie verteidigen die angefochtenen Beschlüsse und treten den Rechtsausführungen des Beteiligten im Einzelnen entgegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den angefochtenen Beschluss sowie auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten nebst Anlagen Bezug genommen.

II. Die zulässigen Beschwerden haben keinen Erfolg.

Das Bundeskartellamt hat mit Recht das Schreiben des Beteiligten an die "A. K./H." vom 28. Januar 2004 als einen Boykottaufruf im Sinne von § 21 Abs. 1 GWB gewertet sowie das Schreiben des Beteiligten an die "D. AG" vom 17. März 2004 als einen Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 21 Abs. 2 GWB beurteilt und gegen den Beteiligten gemäß § 32 GWB eine entsprechende Untersagungsverfügung erlassen. Die dagegen gerichteten Angriffe der Beschwerde greifen nicht durch. Demzufolge bleibt auch das Rechtsmittel des Beteiligten gegen den Kostenbeschluss erfolglos.

A. Schreiben vom 28. Januar 2004

Die angefochtene Untersagungsverfügung ist im Ausspruch zu Ziffer 1. a) mit Recht ergangen. Zutreffend hat das Bundeskartellamt angenommen, dass der Beteiligte mit Schreiben seines Abfallwirtschaftsbetriebs vom 28. Januar 2004 die "A. K./H." zum Boykott der "D. AG" im Sinne von § 21 Abs. 1 GWB aufgerufen hat. Nach der genannten Vorschrift dürfen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen nicht ein anderes Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen in der Absicht, bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperrern oder Bezugssperrern auffordern. Gegen dieses kartellrechtliche Verbot hat der Beteiligte verstoßen.

1. Der Beteiligte hat der "A. K./H." mit Schreiben vom 28. Januar 2004 dringend empfohlen (und an anderer Stelle sogar "untersagt"), ohne seine Zustimmung mit der "D. AG" (k)eine Vereinbarung über die Erfassung und Vermarktung lizenzierter Verkaufsverpackungen abzuschließen, und für den Fall einer Zuwiderhandlung (u.a.) die Kündigung des Entsorgungsvertrages vom 21. Oktober 2003 sowie die Geltendmachung von Schadensersatz angedroht. Mit diesem Inhalt enthält das Schreiben die an die "A. K./H." gerichtete Aufforderung zu einer Liefer Sperre gegenüber der "D. AG".

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

Die Beschwerde kann dem nicht entgegen halten, dass die "A. K./H." zur Aufnahme der in Rede stehenden Vertragsbeziehungen ohnehin nicht berechtigt gewesen sei, so dass es an der Aufforderung zu einer Liefersperre schon im Ansatz fehle.

a) Allerdings trifft es zu, dass § 21 Abs. 1 GWB die freie Willensentschließung des Adressaten schützt, mit einem Dritten Lieferbeziehungen aufzunehmen oder aufrecht zu erhalten, und dass entsprechend diesem Regelungszweck die Aufforderung zur Willensbeeinflussung geeignet gewesen sein muss. Ein Boykottatbestand scheidet deshalb aus, wenn der Aufgeforderte bei der Frage, ob er Lieferbeziehungen zum Verrufenen aufnehmen oder fortsetzen soll, keinen eigenen Entscheidungsspielraum besitzt. Verstoßen die Lieferbeziehungen beispielsweise gegen eine dem Auffordernden gegenüber rechtswirksam bestehende vertragliche oder gesetzliche Unterlassungspflicht, liegt keine Boykottaufforderung vor, wenn der Adressat lediglich auf den Verstoß hingewiesen und zur Unterlassung aufgefordert wird (OLG Stuttgart, WuW/E DE-R 256, 257; Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 21 Rn. 25, 26; Schultz in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Aufl., § 21 Rn. 27; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 21 Rn. 4 a.E.).

b) Im Entscheidungsfall kann sich der Beteiligte auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt indes nicht berufen. Denn die "A. K./H." war (und ist) im Verhältnis zum Beteiligten weder vertraglich noch gesetzlich gehindert, mit der "D. AG" Vertragsbeziehungen darüber einzugehen, dass die von der "D. AG" lizenzierten Verkaufsverpackungen gemeinsam mit dem kommunalen PPK-Abfall in denselben Behältern gesammelt und die Verkaufsverpackungen sodann für die "D. AG" verwertet werden

aa) Der Entsorgungsvertrag zwischen dem Beteiligten und der "A. K./H." vom 21. Oktober 2003 steht einer dahingehenden Beauftragung der "A. K./H." durch die "D. AG" nicht entgegen. Zu Unrecht reklamiert die Beschwerde einen mietvertraglichen Unterlassungsanspruch und meint, die "A. K./H." sei verpflichtet, dem Beteiligten die zur Sammlung des kommunalen PPK-Abfalls eingesetzten Container zum alleinigen Gebrauch unter Ausschluss der "D. AG" zu überlassen.

(1) Bei dem Entsorgungsvertrag vom 21. Oktober 2003 handelt es sich - entgegen der Ansicht des Bundeskartellamts und der Beigeladene zu 2. - nicht um einen (reinen) Werkvertrag über die Sammlung des PPK-Mülls im Landkreis N.-U. und dessen Transport zum Altpapierentsorger, sondern - wie der Beteiligte mit Recht vertritt - um einen typengemischten Vertrag, der hinsichtlich der Bereitstellung von Sammelbehältern (Depotcontainer) durch die "A. K./H." als Mietvertrag zu beurteilen ist und demzufolge auch die Vertragspflicht zur Gebrauchsüberlassung der Sammelbehälter an den Beteiligten (§ 535 Abs. 1 BGB) beinhaltet. Das ist nach dem Vertragswortlaut eindeutig. Die - dem Entsorgungsvertrag zugrunde liegenden - Ausschreibungsbedingungen des Beteiligten bezeichnen an zahlreichen Stellen (z.B. Ziffer 2.1, 3.12.1, 4.3, 4.3.1, 4.4, 4.4.1 der Leistungsbeschreibung) die

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

mietweise Gestellung der Depotcontainer als Auftragsgegenstand. In Ziffer 4.3.1 Absatz 5 der Leistungsbeschreibung wird zudem ausdrücklich klargestellt, dass "die Behälter vom Auftraggeber gemietet" werden. Dementsprechend sieht die vertragliche Vergütungsabrede (Ziffer 5.1.1, 5.2.1 und 5.2.2 der Leistungsbeschreibung) auch die Zahlung eines monatlichen Mietzinses pro Container vor. Dass die von der "A. K./H." zur Verfügung zu stellenden Sammelbehälter bei Vertragsabschluss nicht individualisiert, sondern lediglich der Gattung nach bestimmt worden sind (vgl. Ziffer 4.3.1 Absatz 2 der Leistungsbeschreibung), steht - anders als die Beigeladene zu 2. meint - der Annahme eines Mietvertrages nicht entgegen (vgl. Voelskow in Münchener Kommentar, Schuldrecht Besonderer Teil I, 3. Aufl., § 535 Rn. 36).

(2) Gleichwohl kann der Beteiligte als Mieter der Sammelbehälter der "A. K./H." nicht vertraglich untersagen, die betreffenden Container auch für die "D. AG" zur Sammlung gebrauchter Verkaufsverpackungen zu verwenden. Der aus dem Mietvertrag resultierende Anspruch des Beteiligten auf Gebrauchsüberlassung der Sammelbehälter steht einer solchen "Zweitnutzung" der Container nicht entgegen.

(2.1) Gemäß § 535 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB wird der Vermieter durch den Mietvertrag verpflichtet, dem Mieter während der Mietzeit die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietvertragsdauer in diesem Zustand zu erhalten.

Gebrauchsüberlassung erfordert dabei nicht notwendig eine Besitzverschaffung. In welcher Art und Weise die Gebrauchsüberlassung zu erfolgen hat, bestimmt sich vielmehr nach dem jeweiligen Inhalt des Mietvertrages. Verlangt der vertragsgemäß vorgesehene Mietgebrauch keine Besitzübertragung, so erfüllt der Vermieter seine Pflicht zur Gebrauchsüberlassung regelmäßig dadurch, dass er dem Mieter die vertraglich vorgesehene Benutzung der Sache durch einmalige oder wiederholte Gewährung des ungestörten Zutritts zu ihr ermöglicht (vgl. BGH, WM 1989, 724 ; Weidenkaff in Palandt, BGB, 63. Aufl., § 535 Rn. 35; Voelskow, a.a.O. 41). Ebenso entscheidet sich nach dem Inhalt des Mietvertrages, ob dem Mieter der alleinige Gebrauch der Mietsache zu gewähren ist (RGZ 108, 204 ; Weidenkaff, a.a.O.).

(2.2) Nach diesen Rechtsgrundsätzen kann der Beteiligte von der "A. K./H." nicht die Überlassung der Depotcontainer zum alleinigen Gebrauch unter Ausschluss der "D. AG" beanspruchen. Das ergibt die verständige Auslegung des Entsorgungsvertrages vom 21. Oktober 2003 (§§ 133 , 157 BGB), die sich vor allem am Vertragszweck und an der bestehenden Interessenlage der Vertragsparteien zu orientieren hat (vgl. nur: Heinrichs in Palandt, a.a.O. § 133 Rn. 18 m.w.N.).

Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes war die "K. GmbH S." in den Jahren 1992 bis 2003 mit der Entsorgung des PPK- Abfalls im Landkreis N.-U. beauftragt. Die Abfallentsorgung war während des gesamten Zeitraums dergestalt organisiert, dass der Be-

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

teiligte die Entsorgung des kommunalen Papiermülls und die "D. AG" die Entsorgung der lizenzierten Verkaufsverpackungen in Auftrag gab. Dabei bestand Einvernehmen, dass der auf die "D. AG" entfallende Mengenanteil am gesamten Sammelgut mit geschätzten 25 % veranschlagt wird und die "D. AG" in Höhe dieser Quote folglich auch die Vergütung der "K. GmbH S." zu tragen hatte. Vor Ort wurden beide Entsorgungsmengen in ein und dieselben Depotcontainer der "K. GmbH S." gesammelt, so dass die für den kommunalen PPK-Abfall bereitgestellten Sammelbehälter zugleich für die "D. AG" zur Sammlung der lizenzierten Verkaufsverpackungen verwendet wurden.

Dass der Beteiligte durch Abschluss des Entsorgungsvertrages vom 21. Oktober 2003 von dieser langjährigen Handhabung abgerückt ist und die "A. K./H." fortan nicht mehr berechtigt sein sollte, die Sammelbehälter auch zur Auftrags erledigung für die "D. AG" einzusetzen, ist dem Entsorgungsvertrag nicht zu entnehmen.

(a) Der Vertragstext enthält eine solche Absprache nicht.

Aus dem vereinbarten Leistungsumfang der "A. K./H." und der damit in Zusammenhang stehenden Vergütungsabrede ist - entgegen der Auffassung der Beschwerde - ein exklusives Gebrauchsüberlassungsrecht des Beteiligten ebenfalls nicht mit der nötigen Gewissheit herzuleiten. Nach dem Entsorgungsvertrag vom 21. Oktober 2003 ist die "A. K./H." mit der Erfassung und dem Transport des gesamten im Kreisgebiet anfallenden PPK-Mülls unter Einschluss der verbrauchten Verkaufsverpackungen beauftragt (Ziffer 2.1 Absatz 2 der Leistungsbeschreibung) und hat der Beteiligte der "A. K./H." für jeden bereitgestellten Depotcontainer einen monatlichen Mietzins zu zahlen sowie für das Leeren der Sammelbehälter und den Transport des Sammelgutes zum Altpapierentsorger zusätzlich eine Vergütung pro Tonne Altpapier zu entrichten (Ziffer 5.1 der Leistungsbeschreibung). Der Beteiligte hat damit lediglich seinen Vertragswillen bekundet, neben der Entsorgung des kommunalen PPK-Mülls fortan auch die Beseitigung der von der "D. AG" lizenzierten Verkaufsverpackungen beauftragen zu wollen. Weitergehende Schlüsse, die "A. K./H." müsse dem Beteiligten das ausschließliche Nutzungsrecht an den bereitzustellenden Sammelbehältern gewähren und sei infolge dessen vertraglich gehindert, in jenen Depotcontainern auch für die "D. AG" - die durch einen parallel erteilten Entsorgungsauftrag zusammen mit dem Beteiligten Gesamtgläubigerin der Entsorgungsdienste (§ 428 BGB) sowie Gesamtschuldnerin des Entgelts für die Entsorgung des Verpackungsabfalls (§§ 421 , 426 BGB) wäre - zu sammeln, lassen sich daraus nicht ziehen.

(b) Das gilt umso mehr, als eine Mitbenutzung der Depotcontainer für die "D. AG" ohne störende Wirkungen auf die Erfüllung des Entsorgungsauftrags des Beteiligten möglich ist. Nach dem Entsorgungsvertrag hat die "A. K./H." insgesamt 216 Depotcontainer an 157 vorgegebenen Standorten im Kreisgebiet von N.-U. aufzustellen (Ziffer 4.3. und 4.3.1 Absatz 1 der Leistungsbeschreibung), die Container bedarfsgerecht zu leeren, so dass keine Überfüllung eintritt (Ziffer 4.3.2 Absatz 2 der Leistungsbeschreibung) und den eingesam-

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

melten PPK-Müll zum Altpapierentsorger zu transportieren (Ziffer 4.3.2 Absatz 11 der Leistungsbeschreibung). Zur Erledigung dieser Vertragspflichten ist es ohne jede Bedeutung, wenn die für den Beteiligten bereitgestellten Depotcontainer von der "A. K./H." zugleich auch zum Sammeln der Verkaufsverpackungen für die "D. AG" eingesetzt werden. Denn durch eine solche Zweitnutzung der Sammelbehälter wird der vertraglich vorgesehene Verwendungszweck der Depotcontainer für den Beteiligten in keiner Weise beeinträchtigt. Da die Sammelbehälter nach den Ausschreibungsbedingungen (Ziffer 2.1 Absatz 2 der Leistungsbeschreibung) auch zur Erfassung der von der "D. AG" lizenzierten Verkaufsverpackungen dienen sollen, ist insbesondere eine Überfüllung der Container ausgeschlossen.

(c) Die Statthaftigkeit einer "Zweitnutzung" der Sammelbehälter entspricht schließlich dem wohlverstandenen Interesse des Beteiligten. Der Beteiligte würde nämlich rechtswidrig in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der "D. AG" eingreifen und aus § 823 Abs. 1 BGB haftbar sein, wenn er sich von der "A. K./H." ein alleiniges und ausschließliches Gebrauchsrecht an den Sammelbehältern einräumen ließe, um vermöge einer solchen Rechtsposition die "D. AG" daran zu hindern, die ihr nach der Verpackungsverordnung (§ 6 Abs. 3 Satz 1 und 2, §§ 4, 5 VerpackV) obliegenden Dienstleistungen ungestört in der bislang praktizierten Weise an das Entsorgungsunternehmen in Auftrag geben zu können.

(aa) Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb ist als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB anerkannt. Er umfasst alles, was den wirtschaftlichen Wert eines Geschäftsbetriebs ausmacht, und schützt den Betriebsinhaber vor jedwedem Eingriff in seine freie unternehmerische Entfaltung (BGHZ 8, 142, 144; 36, 18, 22; Thomas in Palandt, a.a.O. § 823 Rn. 20 m.w.N.). Rechtsverletzend ist dabei nicht nur ein gesetzlich unerlaubtes Verhalten, sondern jede Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung, die außerhalb der Wahrnehmung berechtigter Interessen erfolgt (BGH, a.a.O.). Dementsprechend ist in der höchstrichterlichen Judikatur als ein rechtswidriger Eingriff in den Gewerbebetrieb beispielsweise die Veröffentlichung von inhaltlich zutreffenden Kreditschutzlisten beurteilt worden, sofern die Bekanntgabe nicht durch ein berechtigtes und die Belange des betroffenen Unternehmens überwiegendes Interesse gerechtfertigt ist. Der Bundesgerichtshof hat im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung dabei eine sorgfältige Prüfung gefordert, wie weit der Eingriff in die gewerbliche Tätigkeit des Unternehmens nach Lage des Falles unbedingt geboten war und ob er in der schonendsten Form vorgenommen worden ist (BGHZ 8, 142, 144; 36, 18, 22; Thomas in Palandt, a.a.O. § 823 Rn. 24).

(bb) Im Entscheidungsfall würde der Beteiligte in unzulässiger Weise in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der "D. AG" eingreifen, wenn sie sich von der "A. K./H." das ausschließliche Gebrauchsrecht an den Sammelbehältern für den PPK-Abfall im Kreisgebiet einräumen ließe. Durch eine derartige Vereinbarung würde der "D. AG" die bislang praktizierte - Möglichkeit genommen, das mit dem Einsammeln des kommunalen

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

PPK-Mülls beauftragte Entsorgungsunternehmen eigenständig mit der Erfassung der gebrauchten Verkaufsverpackungen zu betrauen. Die "D. AG" wäre für die Erbringung der ihr nach der Verpackungsverordnung obliegenden Entsorgungsdienste vielmehr von dem Beteiligten abhängig und darauf angewiesen, dass dieser ihr die Mitbenutzung der Sammelbehälter zu annehmbaren Konditionen gestattet. Darin läge ein schwerwiegender Eingriff in die freie unternehmerische Entfaltung der "D. AG". Eine Ausweichalternative stünde der "D. AG" dabei nicht zur Verfügung. Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist außer Streit, dass der Aufbau eines separaten (eigenen) Entsorgungssystems der "D. AG" für restentleerte Verkaufsverpackungen im Landkreis N.-U. sowohl aus wirtschaftlichen Gründen als auch mit Rücksicht auf die begrenzte Bereitschaft der Bürger zur Sortierung ihres Hausabfalls nicht in Betracht kommt.

Der Eingriff in die gewerbliche Betätigungsfreiheit der "D. AG" wäre auch rechtswidrig. Dem Beteiligten stünden berechnete Belange, die überdies das Interesse der "D. AG" an einer ungestörten gewerblichen Betätigung überwiegen, nicht zur Seite. Wie dargelegt, ist ein ausschließliches Gebrauchsrecht des Beteiligten an den Sammelbehältern der "A. K./H." für die Erledigung der kommunalen Entsorgungsleistungen im PPK-Bereich weder erforderlich noch mit irgendwelchen nennenswerten Vorteilen für den Beteiligten verbunden. Sonstige rechtfertigende Umstände sind ebenfalls nicht dargetan und auch sonst nicht ersichtlich. Nach Lage der Dinge würde der Ausschluss eines Mitbenutzungsrechts der "D. AG" vielmehr alleine dem Zweck dienen, den Geschäftsbetrieb der "D. AG" im Landkreis N.-U. zu stören, indem diese an einer eigenständigen Beauftragung der "A. K./H." gehindert wird.

Der Beteiligte kann sich in diesem Zusammenhang nicht darauf berufen, dass die Entsorgung gebrauchter Verkaufsverpackungen bereits Gegenstand seines Entsorgungsvertrages vom 21. Oktober 2003 sei und aus diesem Grund ein Bedarf der "D. AG" an Entsorgungsleistungen überhaupt nicht mehr bestehe. Die Argumentation verkennt, dass der Beteiligte für die Entsorgung des in seinem Kreisgebiet anfallenden Verpackungsmülls lediglich gleichberechtigt neben der "D. AG" zuständig (§ 15 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG) und deshalb nicht befugt ist, durch eine Ausschreibung der betreffenden Entsorgungsleistungen die "D. AG" als Entsorgungsträger für Verpackungsmüll zu verdrängen. Mit der Verpackungsverordnung hat der Normgeber die Aufgabe der Entsorgung gebrauchter Verkaufsverpackungen auf die beteiligte Privatwirtschaft übertragen. Gemäß § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV ist den Herstellern und Vertreibern von Verkaufsverpackungen die Pflicht auferlegt, vom Endverbraucher gebrauchte, restentleerte Verkaufsverpackungen am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe unentgeltlich zurückzunehmen und zu verwerten. Von dieser Verpflichtung sind die Hersteller und Vertreter freigestellt, wenn sie sich einem dualen System anschließen, das flächendeckend die Rücknahme und Verwertung jener Verkaufsverpackungen gewährleistet (§ 6 Abs. 3 Satz 1 VerpackV) und behördlich festgestellt ist (§ 6 Abs. 3 Satz 11 VerpackV). Gleichzeitig ist der Endverbraucher hinsichtlich der restentleerten Verkaufsverpackungen von der nach § 13 Abs. 1 KrW-/ AbfG

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

an sich bestehenden Verpflichtung befreit, seinen Abfall dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zur Entsorgung zu überlassen (vgl. §§ 13 Abs. 3 Nr. 1 , 24 KrW-/AbfG), so dass es in sein freies Belieben gestellt ist, ob er das gebrauchte Verpackungsmaterial der Privatwirtschaft (d.h. dem Hersteller, dem Vertreiber oder dem von ihnen beauftragten dualen System), einer privaten Werkstoffsammlung (vgl. § 13 Abs. 3 Nr. 2 und 3 KrW-/AbfG) oder dem öffentlichen Entsorgungsträger (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG) zukommen lässt. Die Entsorgungszuständigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers hängt folglich davon ab, dass der Endverbraucher seine Wahlfreiheit zugunsten des öffentlichen Entsorgungssystems ausübt. Das schließt es für den öffentlichen Entsorgungsträger aus, seine Entsorgungstätigkeit vor einer Auswahlentscheidung des Endverbrauchers eigenmächtig auf jenen Verpackungsabfall auszudehnen und restentleerte Verkaufsverpackungen beim Endverbraucher gezielt und unter Verdrängung der Privatwirtschaft zu erfassen (ebenso: Hessischer VGH, GewArch 2004, 36 , 38). Dieses Verbot muss umso mehr gelten, als die "D. AG" nach Anhang I Nr. 3 Abs. 3 Nr. 2 der VerpackV die von ihr benötigten Entsorgungsleistungen (Erfassung, Sortierung, Verwertung) soweit wie möglich im Bieterwettbewerb zu beauftragen hat. Die Ausschreibungspflicht steht einer Befugnis des öffentlichen-rechtlichen Entsorgungsträgers entgegen, die Entsorgung gebrauchter Verkaufsverpackungen eigenmächtig unter Verdrängung der "D. AG" an sich zu ziehen.

Gegen das dargestellte verpackungsrechtliche Verbot hat der Beteiligte verstoßen, indem er mit Vertrag vom 21. Oktober 2003 auch die Entsorgung der gebrauchten Verkaufsverpackungen in Auftrag gegeben hat. Der Beteiligte hat seine Nachfrage nicht - wie dies rechtlich geboten gewesen wäre - auf diejenigen Verkaufsverpackungen beschränkt, die ihm vom Endverbraucher überlassen werden und folglich auch von ihm entsorgt werden müssen (§ 15 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG). Er hat in den Entsorgungsvertrag vielmehr die Gesamtmenge des Verpackungsmülls - und damit auch die an sich in die Entsorgungs(mit)zuständigkeit der "D. AG" fallenden Verpackungen - einbezogen. Die Beteiligte hat dabei erklärtermaßen in Verdrängungsabsicht gehandelt, und zwar mit dem Ziel, die "D. AG" am Abschluss eines eigenen Entsorgungsvertrages für jenes Verpackungsmaterial zu hindern und sie zu zwingen, mit ihm (dem Beteiligten) eine Beteiligung an den Kosten des Entsorgungsvertrages vom 21. Oktober 2003 zu verhandeln.

(2.3) Im Ergebnis ist somit die "A. K./H." aus dem Entsorgungsvertrag vom 21. Oktober 2003 nicht gehindert, in den Depotcontainern des Beteiligten gebrauchte Verkaufsverpackungen auch im Auftrag der "D. AG" zu sammeln.

Das gilt im Übrigen auch dann, wenn man - entgegen den vorstehenden Ausführungen - annehmen wollte, dass die "A. K./H." dem Beteiligten die Sammelbehälter zum alleinigen Gebrauch unter Ausschluss der "D. AG" vermietet hat. In diesem Fall wäre der Beteiligte der "D. AG" wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in deren Gewerbebetrieb aus § 823 Abs. 1 BGB ersatzpflichtig und gemäß § 249 Satz 1 BGB verpflichtet, die "D. AG" so zu stellen, wie diese ohne die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung - d.h. ohne das exclusi-

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

ve Gebrauchsrecht an den Depotcontainern - stehen würde. Dem Beteiligten wäre es infolge dessen verwehrt, sich der "D. AG" gegenüber auf sein alleiniges Nutzungsrecht an den Sammelbehältern zu berufen.

bb) Der Beteiligte kann der "A. K./H." ebenso wenig untersagen, von der "D. AG" einen Auftrag zur Verwertung gebrauchter Verkaufsverpackungen anzunehmen. Zu Unrecht beruft sich die Beschwerde auf Alleineigentum am gesamten von der "A. K./H." gesammelten PPK-Müll einschließlich des von der "D. AG" lizenzierten Verpackungsmaterials.

(1) Mit dem Einwurf der gebrauchten Verkaufsverpackungen in den Depotcontainer der "A. K./H." erwirbt zunächst die "D. AG" das Eigentum an dem betreffenden (lizenzierten) Verpackungsabfall.

(1.1) Der Eigentumserwerb am PPK-Abfall bestimmt sich - weil der Bundesgesetzgeber insoweit von seiner Gesetzgebungskompetenz (Art. 72 Abs. 1 Nr. 1, 72 GG) abschließend Gebrauch gemacht hat - ausschließlich nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (vgl. Kunig in Kunig/Paetow/Versteyl, Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 2. Aufl., § 13 Rn. 9). Der Beteiligte kann aus diesem Grund sein Eigentum an den von der "D. AG" lizenzierten Verkaufsverpackungen von vornherein weder auf Ziffer 3.6 der Ausschreibungsbedingungen - wonach er selbst Eigentümer des von der "A. K./H." erfassten Altpapiers bleibt und den rechtlichen Zugriff auf den gesamten Papierstrom behält - noch auf § 8 Abs. 2 seiner Abfallwirtschaftssatzung stützen. Maßgebend für den Eigentumserwerb sind vielmehr alleine die Erwerbstatbestände des bürgerlichen Rechts, und zwar vorliegend § 929 Satz 1 BGB . Nach dieser Vorschrift wird Eigentum an einer beweglichen Sache übertragen, indem der Eigentümer die Sache an den Erwerber übergibt und beide über den Eigentumswechsel einig sind. Für die Übergabe reicht es dabei aus, dass dem Besitztümmer des Erwerbers der unmittelbare Besitz an der Sache eingeräumt wird (BGH, WM 1976, 153 ; NJW 1986, 1166). Bei der Einigung ist überdies Stellvertretung möglich. Ist dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig, muss nach den Rechtsgrundsätzen der "Übereignung an den, den es angeht" die Stellvertretung auf Erwerberseite nicht einmal offen gelegt werden. Es genügt vielmehr, dass der handelnde Dritte für den, den es angeht, erwerben will (vgl. Bassenge in Palandt, a.a.O. § 929 Rn. 25; Quack in Münchener Kommentar, Band 6, 3. Aufl., § 929 Rn. 69).

(1.2) Nach diesen Rechtsgrundsätzen gehen die in den Depotcontainer der "A. K./H." geworfenen Verkaufsverpackungen zunächst in das Eigentum der "D. AG" über. Durch Einwurf in die Sammelbehälter der "A. K./H." will der Endverbraucher seinen PPK-Abfall an denjenigen, den es angeht, übereignen. Hinsichtlich lizenzierten Verkaufsverpackungen ist beabsichtigter Erwerber die "D. AG", während der kommunale PPK-Müll an den jeweils zuständigen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger überlassen wird. Das gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - die "D. AG" ihren Verpflichtungen nach der Verpackungsverordnung zum Sammeln und Verwerten gebrauchter Verkaufsverpackungen nachkommt und

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

entweder separate Erfassungsgeräte bereitstellt oder die die vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger eingesetzten Container mitbenutzt. Dass auch die Beteiligte gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG für die Entsorgung des Verpackungsmülls zuständig ist, steht dem solange nicht entgegen, wie der Endverbraucher das Verpackungsmaterial nicht - wie etwa durch Einwurf in die Restmülltonne - gezielt und ausschließlich dem Beteiligten überlässt. Entsprechend den Vorgaben des Endverbrauchers will auch die "A. K./H." Eigentum am PPK-Abfall erwerben. Als Stellvertreter bei der Einigungserklärung und als Besitzmittler der Erwerberseite nimmt sie den kommunalen Papiermüll für den Beteiligten und die gebrauchten Verkaufsverpackungen für die "D. AG" entgegen. Dies entspricht nicht nur dem Willen und der Vorgehensweise der "A. K./H." in der Vergangenheit bis Ende 2003. Auch zukünftig beabsichtigt die "A. K./H.", die gebrauchten Verkaufsverpackungen nach den Rechtsgrundsätzen der Übereignung an den, den es angeht, für die "D. AG" zu erwerben. Dies belegen die Schreiben der "K. GmbH S." an die "D. AG" und an den Abfallwirtschaftsbetrieb des Beteiligten vom 24. Dezember 2003. In dem Schreiben an die "D. AG" heißt es auszugsweise:

"Nachdem Sie in Abstimmung mit dem Kartellamt für die Zuständigkeit des D.-PPK-Anteils weiterhin mit dem tatsächlichen Leistungserbringer, d.h. der Firma K. als tatsächlicher Sammler u. Containereigentümer, die vertragliche Vereinbarung treffen, werden wir auch weiterhin, also über den 31.12.2003 hinaus, das Handling (verpressen u. vermarkten) des D.-Papieranteils in gewohnter, zuverlässiger und fachkundiger Weise erbringen."

Das Schreiben an den Beteiligten lautet:

"nachdem die D. AG in Abstimmung mit dem Kartellamt die vertragliche Vereinbarung über die D.-Papiermenge mit dem tatsächlichen Leistungserbringer, d.h. der Firma K. als Papiererfasser und als Containereigentümer, schließen wird bzw. die jetzige Vereinbarung über den 31.12.03 hinaus verlängert wird, teilen wir Ihnen der Ordnung halber mit, dass wir weiterhin, also über den 31.12.03 hinaus, das Handling (verpressen u. vermarkten) des D.-Papieranteils (Verkaufsverpackungen aus PPK) in gewohnter, zuverlässiger und fachkundiger Weise erbringen werden."

Hierdurch hat die "A. K./H." ihren Willen bekundet, auch in Zukunft die in ihre Depotcontainer geworfenen Verkaufsverpackungen für die "D. AG" erwerben (und sodann vermarkten) zu wollen.

(2) Dass die gebrauchten Verkaufsverpackungen und der kommunale PPK-Abfall in demselben Depotcontainer gesammelt werden, führt nicht zum Eigentumsverlust der "D. AG". Nach den Grundsätzen der Vermischung (§§ 948 Abs. 1 und 2 , 947 BGB) werden die "D. AG" und der Beteiligte vielmehr im Verhältnis ihrer jeweiligen Müllmengenanteile Miteigentümer des Sammelgutes. Aufzuheben ist die Miteigentümergeinschaft sodann durch Teilung in Natur, d.h. im Wege einer Aufteilung der Gesamtmüllmenge auf die beiden Teilhaber nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile (§ 752 Satz 1 BGB).

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

2. Die Aufforderung an die "A. K./H." zu einer Liefersperre gegenüber der "D. AG" stellt eine unbillige Behinderung im Sinne des Boykotttatbestands dar. Mit Recht hat das Bundeskartellamt angenommen, dass der Aufruf unter Abwägung aller in Betracht kommenden Interessen sowie unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Kartellgesetzes (vgl. BGH, WuW/E 2562, 2563 - markt-intern-Dienst; WuW DE-R 303, 306 Taxi-Krankentransporte) nicht zu tolerieren ist.

a) Der Appell an die "A. K./H.", von der "D. AG" keinen Auftrag zur Entsorgung (Erfassung und Vermarktung) gebrauchter Verkaufsverpackungen im Landkreis N.-U. anzunehmen, beeinträchtigt in erheblicher Weise die unternehmerische Betätigungsfreiheit der "D. AG". Der "D. AG" soll die Möglichkeit genommen werden, ihre in Bezug auf lizenzierte Verkaufsverpackungen bestehende Entsorgungsaufgabe autonom durch Abschluss eines eigenen Entsorgungsvertrages wahrzunehmen. Stattdessen soll die "D. AG" gezwungen werden, sich zu den Konditionen des Beteiligten an dessen Entsorgungsvertrag mit der "A. K./H." zu beteiligen. Darin liegt ein gewichtiger Eingriff in das Marktgeschehen zum Nachteil der "D. AG".

Die damit verbundenen nachteiligen Wirkungen können nicht mit dem Argument in Abrede gestellt werden, dass die "D. AG" ihre Entsorgungsleistungen ohnehin an das von dem Beteiligten ausgewählte Entsorgungsunternehmen beauftragen müsse und es qualitativ keinen Unterschied mache, ob sie ihre Vertragskonditionen mit diesem Entsorgungsunternehmen oder mit dem Beteiligten aushandele. Der Standpunkt lässt zum einen die Feststellung unberührt, dass der "D. AG" ein möglicher Vertragspartner entzogen und ihr der Beteiligte als neuer Vertragspartner aufgedrängt wird. Bereits darin liegt eine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit der "D. AG". Der Beteiligte verharmlost zudem die wirtschaftlichen Konsequenzen, die sich für die "D. AG" an den erzwungenen Wechsel der Vertragspartei knüpfen können. Durch das Vorgehen des Beteiligten wird der "D. AG" die Fortsetzung einer langjährigen Vertragsbeziehung zu ihrem Entsorgungsunternehmen unmöglich gemacht. In der Vergangenheit hatte die "D. AG" bereits die "K. GmbH S.", die in einer Bietergemeinschaft auch ab 2004 die Entsorgungsleistungen erbringen soll, beauftragt. Aus dieser langjährigen Geschäftsbeziehung können sich Verhandlungsvorteile ergeben, die durch das Verhalten des Beteiligten zunichte gemacht werden und die der "D. AG" im Verhältnis zum Beteiligten gerade nicht zur Verfügung stehen.

b) Eingegriffen wird darüber hinaus in die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit der "A. K./H.". Das gilt jedenfalls insoweit, wie es um die Entgegennahme eines Auftrags der "D. AG" zur Vermarktung ihres Verpackungsmülls geht. Denn dieser Teil der Abfallentsorgung ist - anders als das Sammeln der Verkaufsverpackungen - nicht bereits durch den Entsorgungsvertrag vom 21. Oktober 2003 vertraglich gebunden.

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

c) Berechtigte Belange, die den dargestellten Markteingriff zu Lasten der "D. AG" rechtfertigen können, stehen dem Beteiligten nicht zur Seite.

aa) Aus dem Entsorgungsvertrag vom 21. Oktober 2003 war der Beteiligte - wie vorstehend ausgeführt - nicht berechtigt, der "A. K./H." den Abschluss eines Vertrages über das Sammeln gebrauchter Verkaufsverpackungen zu untersagen. Der Beteiligte war - wie gleichfalls bereits festgestellt - ebenso wenig befugt, der "A. K./H." die Vermarktung des Verpackungsmülls für die "D. AG" zu verbieten.

bb) Der Beteiligte kann sich zur Verteidigung ihres Vorgehens ebenso wenig auf den verpackungsrechtlichen Mitbenutzungsanspruch aus § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV stützen. Nach der genannten Vorschrift kann der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger vom Betreiber eines dualen Systems verlangen, dass dieser die für die Abfallsammlung und Abfallsortierung erforderlichen Einrichtungen gegen ein angemessenes Entgelt übernimmt oder mitbenutzt.

Im Ergebnis zutreffend hat das Amt angenommen, dass der Abfallentsorgungsauftrag, den der Beteiligte der "A. K./H." für die gesamte PPK-Fraktion einschließlich der gebrauchten Verkaufsverpackungen erteilt hat und an dem sich die "D. AG" nach dem Willen des Beteiligten kostenmäßig beteiligen soll, nicht unter den Begriff der "Einrichtung" im Sinne von § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV fällt. Dabei kann es auf sich beruhen, ob schuldrechtliche Verträge überhaupt von der genannten Bestimmung erfasst werden. Dahin stehen kann ebenso, ob - wie das Bundeskartellamt unter Hinweis auf den vom Ordnungsgeber erstrebten Investitionsschutz des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers meint - von vornherein nur solche Entsorgungseinrichtungen unter § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV fallen, die bei In-Kraft-Treten der Verpackungsverordnung im Jahre 1992 bereits vorhanden waren. Im Streitfall gehört der Entsorgungsvertrag vom 21. Oktober 2003 nämlich schon aus einem anderen Grund nicht zu den Einrichtungen, deren Übernahme oder Mitbenutzung nach § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV gefordert werden kann. Wie ausgeführt, hat der Beteiligte durch den Abschluss seines Entsorgungsvertrages gegen die Verpackungsverordnung verstoßen. Indem er der "A. K./H." die Entsorgung des gesamten Verpackungsmülls in Auftrag gegeben hat, hat er die "D. AG" - die für gebrauchte Verkaufsverpackungen gleichrangiger Entsorgungsträger ist - in unzulässiger Weise verdrängt und an der Wahrnehmung ihrer Entsorgungsaufgabe gehindert. Es versteht sich von selbst, dass der Beteiligte nicht berechtigt sein kann, über § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV von der insoweit geschädigten "D. AG" die "Mitbenutzung" dieses verpackungsrechtswidrigen Entsorgungsvertrages zu verlangen.

Der Hinweis des Beteiligten, mitzubeneutzende "Einrichtung" seien im Streitfall nicht nur die Dienstleistungen der "A. K./H." aus dem Entsorgungsvertrag vom 21. Oktober 2003, sondern die Gesamteinrichtung der PPK-Entsorgung im Landkreis N.-U. - wozu auch die 157 Container-Standorte, die vorhandenen Werkstoffhöfe und ihre Unterhaltung, die jährlich

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

stattfindenden Vereinssammlungen sowie die gesamte Organisationsstruktur zur Entsorgung des PPK-Abfalls gehörten -, geht in diesem Zusammenhang fehl. Das gilt schon deshalb, weil sich die angefochtene Untersagungsverfügung auf das Verbot beschränkt, die "A. K./H." unter Hinweis auf den Entsorgungsvertrag vom 21. Oktober 2003 zu einer Liefersperre gegenüber der "D. AG" aufzufordern, und sie nicht darüber hinaus auch Anordnungen in Bezug auf die weiteren von der Beschwerde angeführten Bestandteile des Entsorgungssystems der Beteiligten enthält. Überdies wird die verpackungsrechtliche Unzulässigkeit des Entsorgungsvertrages und die daraus resultierende Unanwendbarkeit des § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV ohnehin nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Vertrag nur Teil eines umfassenderen Entsorgungssystems der Beteiligten ist.

Mit den vorstehenden Erwägungen ist zugleich das Argument der Beschwerde hinfällig, die "D. AG" werde bei einem Vertragsschluss mit dem Beteiligten sogar begünstigt, weil der Beteiligte gemäß § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV nur eine "angemessene" Vergütung verlangen dürfe, die zudem gerichtlich überprüfbar sei, während die "A. K./H." beim Abschluss eines Entsorgungsvertrages dieser Angemessenheitsgrenze nicht unterliege. Denn § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV findet im Entscheidungsfall gerade keine Anwendung.

cc) Das Verhalten des Beteiligten lässt sich gleichfalls nicht mit gebührenrechtlichen Erwägungen rechtfertigen. Es bedarf vorliegend keiner Klärung, ob der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger oder die "D. AG" die Kosten für die Entsorgung von Verkaufsverpackungen zu tragen hat, die von sog. Trittbrettfahrern - d.h. von Produktherstellern oder Produktverteilern, die weder einem System nach § 6 Abs. 3 Satz 1 VerpackV angeschlossen sind noch selbst eine Rücknahme der gebrauchten Verkaufsverpackung am Übergabeort sicherstellen - stammen. Dahin stehen kann insbesondere, ob es dem gebührenrechtlichen Äquivalenzprinzip widerspricht, wenn der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger jene Kosten (ganz oder teilweise) in seine Abfallentsorgungsgebühren einfließen lässt und ob - wie die Beschwerde meint - deshalb eine Abstimmung zwischen dem Beteiligten und der "D. AG" über die auf Trittbrettfahrerunternehmen entfallende Müllmenge stattfinden müsse. Selbst wenn der Standpunkt der Beschwerde zutrifft, kann der Beteiligte daraus nicht die Berechtigung herleiten, die Entsorgung gebrauchter Verkaufsverpackungen verpackungsrechtswidrig an sich zu ziehen und die "D. AG" zu zwingen, die benötigten Entsorgungsleistungen bei ihm (dem Beteiligten) nachzufragen. Denn eine - unterstellt: gebührenrechtlich erforderliche - Verständigung zwischen dem Beteiligten und der "D. AG" in der Trittbrettfahrerproblematik kann ohne weiteres auch dann stattfinden, wenn die "D. AG" ihre Entsorgungsdienste durch einen eigenen Vertrag beim Abfallentsorgungsunternehmen beschafft.

dd) Der Beteiligte kann sein Vorgehen schließlich nicht mit dem Risiko begründen, dass das beauftragte Entsorgungsunternehmen - im Streitfall also die "A. K./H." - Müllmengen doppelt abrechne und die Kosten für die Entsorgung gebrauchter Verkaufsverpackungen nicht nur der "D. AG" in Rechnung stelle, sondern darüber hinaus verdeckt auch ihm (dem

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

Beteiligten) aufbürde. Abgesehen davon, dass es sich nach Lage der Dinge um eine durch nichts begründete Unterstellung handelt, ist die Befürchtung des Beteiligten auch von der Sache her unberechtigt. Gibt die "D. AG" - wie von ihr beabsichtigt - die Entsorgung der lizenzierten Verkaufsverpackungen mit einem eigenen Entsorgungsvertrag in Auftrag und erfasst das beauftragte Entsorgungsunternehmen das Verpackungsmaterial in denselben Depotcontainern, die es auch zur Sammlung des kommunalen PPK-Abfalls verwendet, ist die Entsorgungszuständigkeit zwischen dem Beteiligten und der "D. AG" klar abgegrenzt. Der Beteiligte ist für den gesammelten kommunalen PPK-Müll zuständig; die gebrauchten Verkaufsverpackungen fallen in die (alleinige) Entsorgungszuständigkeit der "D. AG". Denn beim Einwurf in einen von der "D. AG" mitbenutzten Sammelbehälter wird der Verpackungsmüll dieser und nicht dem Beteiligten als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger (§ 15 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG) überlassen. Die Gefahr einer ungerechtfertigten Kostenbelastung des Beteiligten besteht unter diesen Umständen nicht. Eine gerechte Verteilung der im PPK-Bereich anfallenden Entsorgungskosten erfordert nur die möglichst genaue Feststellung, wie hoch der Anteil des kommunalen PPK-Mülls und der gebrauchten Verkaufsverpackungen am gesamten Sammelgut ist. Sie ist problemlos möglich. Aufschluss kann beispielsweise eine stichprobenartige Auswertung des Inhalts einzelner, repräsentativ ausgewählter Depotcontainer geben, wie sie bereits in der Vergangenheit durchgeführt worden ist. Nach dem Verhältnis der beiden Müllmengen muss das Entsorgungsunternehmen von dem Beteiligten einerseits und von der "D. AG" andererseits beauftragt und bezahlt werden. Angesichts dessen ist der Beteiligte für eine zutreffende und gerechte Aufteilung der Entsorgungskosten nicht darauf angewiesen, die Entsorgung des gesamten Verpackungsmülls an sich zu ziehen und die "D. AG" zu zwingen, mit ihm (dem Beteiligten) den auf die Entsorgung gebrauchter Verkaufsverpackungen entfallenden Kostenanteil zu verhandeln. Das in Rede stehende Vorgehen verschafft dem Beteiligten auch keine sonstigen berücksichtigungsfähigen Vorteile. Es befreit den Beteiligten insbesondere nicht von der Notwendigkeit, den Anteil des Verpackungsmülls am Sammelgut zu quantifizieren. Denn dieser Müllmengenanteil muss in gleicher Weise dann ermittelt werden, wenn die "D. AG" nach dem vom Beteiligten angestrebten Modell mit ihm über die Höhe ihrer Beteiligung an den Gesamtentsorgungskosten verhandelt.

d) Bei dieser Interessenlage erweist sich - zumal mit Blick die die Zielsetzung des GWB, die Freiheit des Wettbewerbs zu gewährleisten - die Aufforderung des Beteiligten an die "A. K./H.", ohne seine Zustimmung keinen Entsorgungsvertrag mit der "D. AG" abzuschließen, als eine unbillige Behinderung der "D. AG".

Dem steht nicht entgegen, dass der Beteiligte in seinem Schreiben vom 28. Januar 2004 lediglich seinen Rechtsstandpunkt zur Reichweite des Entsorgungsvertrages vom 21. Oktober 2003 dargestellt, die "A. K./H." zur Einhaltung ihrer - wie der Beteiligte meinte - (vertraglichen und gesetzlichen) Unterlassungspflicht aufgefordert und für den Fall einer Zuwiderhandlung die Geltendmachung der sich aus der angenommenen Vertragsverletzung ergebenden Rechte angedroht hat. Zwar ist jedermann im Rahmen der Gesetze berech-

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

tigt, seinem Vertragspartner gegenüber einen ihm günstigen Rechtsstandpunkt zu vertreten, die aus dieser Rechtsposition resultierenden Ansprüche zu reklamieren und die gerichtliche Klärung und Durchsetzung der erhobenen Forderung anzudrohen (vgl. BGH, WuW/E BGH 1474, 1479 - Architektenkammer; WuW/E BGH 2688, 2692/2693 - Warenproben in Apotheken). Das schließt es indes nicht aus, ein solches Verhalten unter den besonderen Umständen des Einzelfalles als unbillige Wettbewerbsbeeinträchtigung zu beurteilen. In Betracht kommt dies etwa, wenn sich der Handelnde nicht auf die Geltendmachung umstrittener Ansprüche beim anderen Vertragsteil beschränkt, sondern er darüber hinaus auch auf außenstehende Dritte einwirken will, um sie zu einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten zu veranlassen (vgl. BGH, a.a.O.). Solche besonderen Umstände liegen auch im Streitfall vor. Der Entsorgungsvertrag vom 21. Oktober 2003, auf den der Beteiligte seine vermeintlichen Ansprüche stützt, ist nicht nur verpackungsrechtswidrig, sondern zielt auch (und vor allem) darauf ab, die "A. K./H." am Abschluss eines gesonderten Entsorgungsvertrages über das Einsammeln und Vermarkten gebrauchter Verkaufsverpackungen mit der "D. AG" zu hindern. Das Vertragswerk bezweckt damit im Sinne einer Liefersperre die Verhinderung vertraglicher Lieferbeziehungen der "A. K./H." zur "D. AG". Mit diesem Inhalt beeinträchtigt nicht nur der Entsorgungsvertrag vom 21. Oktober 2003 als solcher die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit der "D. AG" unbillig, sondern stellt gleichermaßen auch die auf jenen Vertrag gestützte Geltendmachung des vermeintlichen Vertragsanspruchs auf Nichtbelieferung eine unbillige Behinderung der "D. AG" dar.

3. Der Beteiligte hat das Schreiben vom 28. Januar 2004 auch in der Absicht verfasst, die "D. AG" unbillig zu behindern. Insoweit genügt die Feststellung, dass er das Schreiben in Kenntnis aller das Unwerturteil der Unbilligkeit begründenden Tatsachen mit dem Ziel versandt hat, die "A. K./H." vom Abschluss eines Entsorgungsauftrags mit der "D. AG" abzuhalten. Die Vorstellung des Beteiligten, kartellrechtswidrig zu handeln, ist darüber hinaus nicht notwendig. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung muss sich die Absicht, das zu boykottierende Unternehmen zu beeinträchtigen, nicht im Sinne eines zielgerichteten Verhaltens auch auf die Unbilligkeit der Beeinträchtigung erstrecken. Für ein auf den Boykottaufruf gestütztes Unterlassungsbegehren ist gleichfalls nicht erforderlich, dass der Auffordernde die zur Feststellung der Unbilligkeit führende Interessenabwägung zumindest in der Parallelwertung der Laiensphäre zutreffend vorgenommen hat. Dementsprechend ist es auch ohne Bedeutung, ob der zum Boykott Aufrufende sein Verhalten für rechtmäßig hält. Vielmehr genügt die Kenntnis derjenigen Umstände, die den Vorwurf der unbilligen Behinderung rechtfertigen (BGH, WuW/E BGH 3067, 3072 - Fremdleasingboykott II; WuW DE-R 303, 307 - Taxi-Krankentransporte; WuW DE-R 395, 398 - Beteiligungsverbot für Schilderträger). Diese Kenntnis besaß der Beteiligte.

B. Schreiben vom 17. März 2004

Die Untersagungsverfügung ist im Ausspruch zu Ziffer 1. b) ebenfalls zu Recht ergangen. Das an die "D. AG" gerichtete Schreiben des Beteiligten vom 17. März 2004 verwirklicht

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

den Tatbestand der §§ 21 Abs. 2 , 1 GWB . Nach der erstgenannten Vorschrift ist es Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen (u.a.) verboten, anderen Unternehmen Nachteile anzudrohen oder zuzufügen, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach dem GWB nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Nach der zweitgenannten Bestimmung sind (u.a.) Vereinbarungen zwischen miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen, die eine Verhinderung oder Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, untersagt.

1. Der Beteiligte hat der "D. AG" mit Schreiben vom 17. März 2004 seine Rechtsauffassung zu deren Absicht mitgeteilt, die "A. K./H." vorläufig mit der Entsorgung des Verpackungsmülls zu beauftragen. Er hat in diesem Zusammenhang den Standpunkt vertreten, dass aufgrund der im Entsorgungsvertrag vom 21. Oktober 2003 getroffenen Vereinbarungen die "D. AG" die Erfassung und Verwertung der gebrauchten Verkaufsverpackungen ausschließlich mit ihm (dem Beteiligten) und nicht mit der "A. K./H." verhandeln dürfe. Unter Hinweis auf diese Rechtsansicht hat der Beteiligte der "D. AG" sodann untersagt, ohne seine Zustimmung die "A. K./H." vorläufig mit der Entsorgung des Verpackungsmülls zu beauftragen, und sich für den Fall der Zuwiderhandlung die Geltendmachung von Schadensersatz vorbehalten.

2. Durch dieses Verhalten ist das kartellrechtliche Umgehungsverbot der §§ 21 Abs. 2 , 1 GWB verletzt worden.

a) Der Beteiligte hat der "D. AG" Nachteile im Sinne von § 21 Abs. 2 GWB zugefügt und angedroht.

aa) § 21 Abs. 2 GWB dient der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs. Die Vorschrift schützt die unternehmerische Entscheidungsfreiheit gegen bestimmte Einflussnahmen und will der Gefahr vorbeugen, dass Verbote des Kartellgesetzes durch Anwendung von Druck oder Lockmitteln umgangen werden. Entsprechend diesem Regelungszweck ist der Begriff der "Nachteile" weit zu verstehen. Es genügt, wenn dem Adressaten ein Übel zugefügt oder in Aussicht gestellt wird, das bei objektiver Beurteilung geeignet ist, seinen Willen zu beeinflussen und ihn zu einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten im Sinne der Vorschrift zu bestimmen. Ob der zugefügte oder angedrohte Nachteil für sich betrachtet rechtmäßig oder rechtswidrig ist, spielt keine Rolle. Denn § 21 Abs. 2 GWB ordnet die Rechtswidrigkeit aller Druckmittel an, sofern durch sie ein tatsächliches Verhalten erreicht werden soll, das nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Regelung gemacht werden darf (BGH WuW/E BGH 1474, 1478/1479 - Architektenkammer; WuW/E BGH 2688, 2692 - Warenproben in Apotheken).

bb) Der "D. AG" sind Nachteile in diesem Sinne sowohl zugefügt als auch angedroht worden. Durch Abschluss des Entsorgungsvertrages vom 21. Oktober 2003 hat der Beteiligte unter Verstoß gegen das geltende Verpackungsrecht die Entsorgung der in seinem Landkreis anfallenden gebrauchten Verkaufsverpackungen an sich gezogen und die Entsor-

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

gungszuständigkeit der "D. AG" aus § 6 Abs. 3 Satz 1 VerpackV beeinträchtigt. Hierdurch hat er der "D. AG" einen Nachteil zugefügt. Mit Schreiben vom 17. März 2004 hat der Beteiligte der "D. AG" darüber hinaus einen Nachteil angedroht, indem er sich für den Fall, dass die "D. AG" die "A. K./H." mit der Entsorgung des Verpackungsabfalls beauftragen sollte, die Geltendmachung von Schadensersatz vorbehalten hat. Beide Maßnahmen stehen dabei in einem untrennbaren Zusammenhang. Sie sind nach dem Konzept des Beteiligten unabdingbare Bestandteile einer Gesamtmaßnahme, die darauf abzielt, die "D. AG" am Abschluss eines eigenen Entsorgungsvertrages mit der "A. K./H." zu hindern.

Der Geltung des § 21 Abs. 2 GWB steht nicht entgegen, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung alleine die Darlegung des eigenen Rechtsstandpunkts und die Androhung von sich daraus ergebenden Ersatzansprüchen noch keine Nachteilsandrohung im Sinne von § 21 Abs. 2 GWB ist (BGH, WuW/E BGH 1474, 1479 - Architektenkammer; WuW/E BGH 2688, 2692/2693 - Warenproben in Apotheken). Denn der Beteiligte hat sich hierauf gerade nicht beschränkt. Er hat vielmehr durch Abschluss des Entsorgungsvertrages vom 21. Oktober 2003 in die Entsorgungszuständigkeit der "D. AG" eingegriffen sowie anschließend unter Berufung auf jenen Vertrag (vermeintliche) Unterlassungsansprüche gegen die "D. AG" geltend gemacht und versucht, seine Forderung durch die Androhung von Schadensersatzverlangen durchzusetzen. Dieses in seiner Gesamtheit zu würdigende Verhalten erschöpft sich nicht in der Wahrnehmung berechtigter Rechtsinteressen, sondern ist als das Zufügen und in Aussicht stellen eines Nachteils im Sinne von § 21 Abs. 2 GWB zu werten.

b) Der Beteiligte hat auch mit dem Ziel gehandelt, die "D. AG" zu einem Verhalten zu veranlassen, das bei einvernehmlicher Handhabung den Verbotstatbestand des § 1 GWB erfüllen würde.

aa) Ohne Erfolg bezweifelt die Beschwerde die Anwendbarkeit von § 1 GWB im Entscheidungsfall. Der Beteiligte macht dazu geltend, dass er die "D. AG" gemäß § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV auf Mitbenutzung ihres Entsorgungsvertrages in Anspruch nehmen und mit ihr einen öffentlich-rechtlichen Mitbenutzungsvertrag abschließen wolle. Auf öffentlich-rechtliche Verträge sei - so meint die Beschwerde - § 1 GWB von vornherein nicht anwendbar.

Ob dieser Standpunkt zutrifft (dafür: Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 1 Rn. 10; dagegen wohl: Leo in Gemeinschaftskommentar "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht", 5. Aufl., § 19 Rn. 221), bedarf keiner Entscheidung. Die Argumentation des Beteiligten geht nämlich schon aus anderen Gründen fehl. Zum einen kann - wie ausgeführt - der Beteiligte sein "Mitbenutzungsverlangen" nicht auf § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV stützen, so dass sich schon im Ansatz die von der Beschwerde aufgeworfene Rechtsproblematik nicht stellt. Zum anderen lässt sich eine Beteiligung der "D. AG" an den Kosten des Entsorgungsvertrages vom 21. Oktober 2003 nicht nur in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag vereinbaren, sondern kann ebenso gut in einem privatrechtlichen Ver-

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

trag geregelt werden. Dass gleichwohl für den Beteiligten ausschließlich der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages in Betracht kommt, ist seinem Schreiben vom 17. März 2004 nicht zu entnehmen.

bb) Der Beteiligte hat mit seinem Vorgehen auch eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 GWB beabsichtigt.

(1.) Das Bundeskartellamt hat angenommen, das Schreiben vom 17. März 2004 sei darauf gerichtet gewesen, die "D. AG" bei der Beschaffung ihrer Entsorgungsdienstleistungen in eine nach § 1 GWB verbotene Einkaufsgemeinschaft zu zwingen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Der Beteiligte habe für sein Kreisgebiet das Einsammeln des gesamten PPK-Abfalls beauftragt, um die "D. AG" auf "Mitbenutzung" ihres Entsorgungsvertrages in Anspruch nehmen zu können. Ziel sei es gewesen, dass die "D. AG" die in der Ausschreibung des Entsorgungsvertrages festgelegten Konditionen im Wege eines im Voraus oder nachträglich erklärten Einverständnisses gegen sich gelten lasse und für den von ihr zu entsorgenden Verpackungsmüll die von ihm (dem Beteiligten) in Auftrag gegebenen Entsorgungsleistungen der "A. K./H." gegen Zahlung eines Entgelts "mitbenutze". Eine solche gemeinsame Beschaffung von Entsorgungsleistungen durch den Beteiligten und die "D. AG" unterfalle § 1 GWB, weil sie den zwischen den Genannten bestehenden Nachfragewettbewerb um diese Dienstleistungen beeinträchtige.

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Der Tatbestand der §§ 21 Abs. 2, 1 GWB erfordert, dass das mit Druckmitteln erstrebte Verhalten, wenn es zum Gegenstand einer Vereinbarung gemacht würde, unter das kartellrechtliche Primärverbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen von Konkurrenten (§ 1 GWB) fiele. Vorliegend geht es um eine Beeinträchtigung des Nachfragewettbewerbs. Der Beteiligte als Entsorgungsträger für den kommunalen PPK-Abfall und die "D. AG" als Entsorgungsträger für von ihr lizenzierte Verkaufsverpackungen stehen - wie das Bundeskartellamt richtig angenommen hat - bei der Nachfrage von Entsorgungsdienstleistungen in einem Nachfragewettbewerb, und das Verhalten des Beteiligten zielt darauf ab, die Nachfrage der "D. AG" bei der Beschaffung solcher Entsorgungsdienstleistungen einzuschränken. Im Entscheidungsfall ist demzufolge entscheidend, ob der Beteiligte die "D. AG" mit Druck zu einem Verhalten veranlassen wollte, das den zwischen ihnen an sich stattfindenden Nachfragewettbewerb gegenüber der "A. K./H." verhindert oder einschränkt. Dies ist der Fall. Erklärtes Ziel des Beteiligten war es, die "D. AG" an einer eigenständigen Nachfrage von Entsorgungsdienstleistungen bei der "A. K./H." zu hindern und sie dadurch als konkurrierende Nachfragerin auszuschalten. Zu diesem Zweck hat der Beteiligte seinen Entsorgungsvertrag auf gebrauchte Verkaufsverpackungen erstreckt und die "D. AG" im Anschluss aufgefordert, von einer eigenen Beauftragung der "A. K./H." abzusehen und stattdessen die zur Entsorgung des Verpackungsmülls benötigten Leistungen bei ihm (dem Beteiligten) zu beschaffen. Wäre dieses Vorgehen zwischen dem Beteiligten und der "D. AG" vereinbart worden, läge der Tatbestand des § 1 GWB vor. Denn die entsprechende Vereinbarung wäre unmittelbar auf das Ziel gerich-

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

tet gewesen, den zwischen dem Beteiligten und der "D. AG" bestehenden Nachfragewettbewerb bei der Beschaffung von Entsorgungsdiensten der "A. K./H." zu verhindern. Dass keine gemeinsame Beschaffung von Entsorgungsdienstleistungen im Rahmen einer Einkaufsgemeinschaft, sondern eine gestufte Leistungsbeziehung angestrebt worden wäre, indem der Beteiligte die zur Entsorgung des Verpackungsabfalls erforderlichen Dienstleistungen beschaffen und sie sodann an die "D. AG" weiterveräußern soll, spielt - entgegen der Ansicht der Beschwerde - keine Rolle. Denn ebenso wie die Bildung einer Einkaufsgemeinschaft hätte auch die Verabredung einer gestuften Lieferkette eine Ausschaltung des ansonsten stattfindenden Nachfragewettbewerbs zwischen dem Beteiligten und der "D. AG" im Verhältnis zur "A. K./H." bezweckt.

(2) Das Verhalten des Beteiligten zielte auch auf eine spürbare Beeinträchtigung des Nachfragewettbewerbs. Zutreffend ist das Amt davon ausgegangen, dass die Spürbarkeit im Sinne des § 1 GWB nur dann zu verneinen ist, wenn die Wirkungen der Kartellabsprache bloß theoretischer Natur sind und sie praktisch nicht ins Gewicht fallen (BGH, GRUR 1998, 739 , 743 - Car-Partner m.w.N.). Beizutreten ist dem Bundeskartellamt auch in der Beurteilung, dass die Ausschaltung der "D. AG" als Nachfragerin von Entsorgungsleistungen im Landkreis N.-U. die Spürbarkeitsschwelle überschreitet. Dabei kann es auf sich beruhen, ob der von der Wettbewerbsbeschränkung betroffene Markt in sachlicher Hinsicht - wie das Amt meint - die Nachfrage nach der haushaltsnahen Sammlung, Sortierung und Verwertung des PPK-Abfalls umfasst oder ob er - wie die Beschwerde unter Hinweis darauf befürwortet, dass der Entsorgungsvertrag vom 21. Oktober 2003 nur das Sammeln und Transportieren des PPK-Mülls beinhaltet - einerseits auf die Nachfrage nach der haushaltsnahen Sammlung und dem anschließenden Transport von Abfällen zu begrenzen ist, andererseits aber neben dem PPK-Abfall auch Siedlungsabfälle, Leichtverpackungen und Glas einzubeziehen sind. Selbst wenn man die vom Beteiligten vertretene Markt- abgrenzung zugrunde legt, ist eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung gegeben. Findet - wie der Beteiligte durch sein Vorgehen anstrebt - im Landkreis U. bei der Nachfrage nach den Dienstleistungen zum Erfassen und Transportieren des Verpackungsmülls keinerlei Wettbewerb mehr statt, beeinträchtigt dies die als Anbieter jener Entsorgungsdienste in Betracht kommenden Entsorgungsunternehmen mehr als nur völlig belanglos. Das gilt nicht zuletzt deshalb, weil der betroffene Markt in räumlicher Hinsicht regional abzugrenzen ist und er nur Anbieter umfasst, die in einem Radius von etwa 50 km um das Kreisgebiet von N.-U. geschäftsansässig sind. Für jene Entsorgungsunternehmen ist es nicht bloß von theoretischer Natur, wenn der Nachfragewettbewerb beim Sammeln und Transportieren des im Kreis N.-U. anfallenden Verpackungsabfalls beseitigt wird und die "D. AG" als Nachfragerin ausscheidet. Schon aufgrund dieser Erwägungen kann eine spürbare Beeinträchtigung des Nachfragewettbewerbs nicht verneint werden. Es kommt hinzu, dass das Vorgehen des Beteiligten Signalwirkung haben und andere öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger zur Nachahmung veranlassen kann. Mit Recht hat das Bundeskartellamt in diesem Zusammenhang berücksichtigt, dass das Verhalten des Beteiligten den verlautbarten Empfehlungen kommunaler Spitzenverbände entspricht. Das begründet die nahe lie-

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

gende Gefahr, dass auch andere kommunale Entsorgungsträger dem Beispiel des Beteiligten folgen und versuchen werden, die Entsorgung des Verpackungsmülls an sich zu ziehen, um die "D. AG" an dem Abschluss eines eigenen Entsorgungsvertrages mit dem für den kommunalen PPK-Müll zuständigen Entsorger zu hindern.

Im Ergebnis erfüllt das Schreiben des Beteiligten vom 17. März 2004 damit die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 21 Abs. 2 , 1 GWB und durfte vom Amt zum Anlass genommen werden, gegen den Beteiligten nach § 32 GWB eine entsprechende Untersagungsverfügung zu erlassen.

C. Kostenbeschluss vom 13. Mai 2004

Das Bundeskartellamt hat dem Beteiligten zu Recht eine Verwaltungsgebühr in Höhe von 5.000 EUR auferlegt. Der Beteiligte ist Kostenschuldner. Gemäß § 80 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 hat die Kartellbehörde zur Deckung ihrer Verwaltungskosten (u.a.) für das Verfahren zum Erlass einer Untersagungsverfügung nach § 32 GWB eine Gebühr zu erheben, Abs. 2 Satz 1 und 2 Nr. 2 GWB. Gegen die Höhe der festgesetzten Gebühr bestehen ebenfalls keine Bedenken. Die Höhe der für ein Missbrauchsverfahren anfallenden Gebühr richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Behörde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung, die der Gegenstand der gebührenpflichtigen Handlung hat, und beträgt maximal 25.000 EUR. Dass der festgesetzte Betrag von 5.000 EUR nach diesen Bemessungsgrundsätzen fehlerhaft ist, macht die Beschwerde selbst nicht geltend; dazu ist auch sonst nichts ersichtlich.

II. Die Kostenentscheidung ergeht gemäß § 78 Satz 2 GWB . Danach fallen dem Beteiligten als im Beschwerdeverfahren unterlegene Partei sowohl die Gerichtskosten als auch die notwendigen Auslagen des Bundeskartellamts und der Beigeladenen zu 1. und zu 2. zur Last. Demgegenüber entspricht es nicht der Billigkeit, den Beteiligten auch mit den außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 4. zu belasten. Denn diese hat das Verfahren weder durch eigenen schriftsätzlichen Vortrag noch durch Vorbringen in der mündlichen Verhandlung gefördert.

III. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 74 Abs. 2 Nr. 1 GWB .

Rechtsbehelfsbelehrung

Diese Beschwerdeentscheidung kann mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden. Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch ei-

Beschluss des OLG Düsseldorf

1. Kartellsenat vom 29.12.2004

VI-Kart 17/04 (V), Kart 17/04 (V)

nen beim Beschwerdegericht oder beim Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Einlegung der Rechtsbeschwerde und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Beschwerdeentscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Beschluss des VG Düsseldorf 1. Kammer vom 26.11.2004

1 L 2786/04

Normen:

§ 53 Abs. 1 LKreisO NW, § 107 Abs. 1 GemO NW, § 20 Abs. 1 GWB, § 33 GWB, § 1 UWG
... mehr

Überlassung einer Fläche im Gebäude eines Kreishauses an private Schilderträger

Sonstiger Orientierungssatz

Wird durch die Vermietung von Räumlichkeiten in einem Kreisverwaltungsgebäude an private Schilderträger der Zulassungsvorgang für den Bürger und die Verwaltung beschleunigt und erleichtert, so vermag dies die Vermietungstätigkeit i. S. v. § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW grundsätzlich zu rechtfertigen. Die öffentlichen Zwecke reichen aus, die wirtschaftliche Betätigung gegenüber den unmittelbar betroffenen Marktteilnehmern der Vermieter von Gewerbeflächen zu rechtfertigen. (Rn.14)

Die Vermietung von Räumlichkeiten in einem Verwaltungsgebäude, in dem die Zulassungsstelle untergebracht ist, stellt einen rechtfertigungsbedürftigen mittelbaren Eingriff in den Schilderprägemarkt dar. Dem Bürger die Erfüllung der auferlegten Pflichten so bequem wie möglich zu gestalten ist ein gewichtiger öffentlicher Zweck, der einen solchen Eingriff rechtfertigt. (Rn.25)

Art. 12 und 14 GG schützen nicht vor der Beeinträchtigung der Wettbewerbschancen durch Begünstigung eines Konkurrenten. Ein privater Konkurrent ist nicht in seiner grundrechtlich geschützten Wettbewerbsfreiheit verletzt, wenn die Vermietung im Wege der öffentlichen Ausschreibung gegen Höchstgebot erfolgt. (Rn.39)

Tenor

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 7.500,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I. Die Antragstellerin wendet sich gegen die Absicht des Antragsgegners, im Gebäude des Kreishauses, S 3 in W, unmittelbar angrenzend an den Wartebereich der Kfz-Zulassungsstelle, nach öffentlicher Ausschreibung Räumlichkeiten privaten Schilderträgern zu vermieten.

Die Antragstellerin betreibt in W eine Prägestelle für Kfz-Schilder. Ihr Geschäftslokal liegt ungefähr 100 Meter von der Zulassungsstelle entfernt. Zwei weitere Schilderträger unterhalten ihre Betriebe in fußläufiger Entfernung vom Kreishaus.

Im August 2004 wandte sich die Antragstellerin an den Antragsgegner, nachdem sie von dessen Absicht erfahren hatte. Mit Schriftsatz vom 26.08.2004 erklärte die Antragstellerin, die beabsichtigte Vermietung stelle eine unbillige Behinderung im Sinne des § 20 GWB dar und verstoße gegen § 107 GO NRW in Verbindung mit § 53 Abs. 1 KrO NRW. Zudem werde sie in ihren Grundrechten aus Art. 12 und 14 GG verletzt. Die Antragstellerin setzte dem Antragsgegner eine Frist bis zum 03.09.2004, um verbindlich zu erklären, dass die Vermietung unterbleiben werde.

Am 10.09.2004 hat die Antragstellerin um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht und ausgeführt, sie wende sich gegen einen ihre Interessen verletzenden Verstoß des Antragsgegners gegen das Verbot wirtschaftlicher Betätigung aus § 107 GO NRW, § 53 Abs. 1 KrO NRW. Ihr stünden auch Ansprüche aus § 33 GWB in Verbindung mit § 20 GWB sowie aus § 1 UWG zu, über die das Verwaltungsgericht gemäß § 17 GVG ebenfalls zu entscheiden habe. Für einen Satz Kennzeichen bezahle der Privatkunde bei ihr derzeit 29,00 Euro, Händlerkunden 17,00 Euro. Das Preisniveau in W sei derzeit sehr niedrig. An anderen Standorten würden für einen Satz Kennzeichen von Privatkunden häufig deutlich höhere Preise, in einigen Fällen von über 50,00 Euro verlangt. Es entspreche der Lebenserfahrung, dass ein außerhalb der Zulassungsstelle gelegener Anbieter von Kfz-Schildern gegenüber einem Mitbewerber innerhalb der Zulassungsstelle so erhebliche Nachteile habe, dass er seinen Betrieb nicht mehr rentabel weiterführen könne. Aus diesem Umstand sei in zahlreichen höchstrichterlichen Entscheidungen die überragende Marktstellung eines Schilderträgers innerhalb der Zulassungsstelle angenommen worden. Die beabsichtigte Vermietung sei daher für die Antragstellerin existenzbedrohend. Ein öffentlicher Zweck im Sinne von § 107 GO NRW, § 53 Abs. 1 KrO NRW sei nicht ersichtlich. An dem Ausschreibungsverfahren könne sie sich zwar beteiligen, ein Zuschlag zu ihren Gunsten sei aber nahezu ausgeschlossen, da sich an der Ausschreibung zahlreiche, zum Teil bundesweit operierende Großunternehmen beteiligen würden, die in der Lage seien, eine Prägestelle auch über einen längeren Zeitraum defizitär zu betreiben. Sie könnten daher bis zu einer Verdrängung des Marktes außerhalb des Kreishauses vergleichsweise niedrige Preise anbieten. In K habe der dortige Landkreis den Betrieb einer Prägestelle im Gebäude des Landratsamtes ausgeschrieben. Den Zuschlag habe ein Bieter erhalten, der dem Kreis eine Umsatzbeteiligung von 65 % geboten habe. Zahlreiche weitere Gebote

hätten zwischen 55 und 65 % gelegen. Der Bieter habe, um rentabel arbeiten zu können, den Preis für einen Schildersatz von früher 29,00 Euro auf 58,40 Euro erhöhen müssen. Der dortige Kreis habe letztlich rund 77 % des Nettoverkaufspreises erhalten. Es sei offensichtlich, dass auch der Antragsgegner ausschließlich fiskalische Interessen verfolge. Die vom Antragsgegner erwarteten Zeitersparnisse von 5 bis 8 Minuten je Anmeldevorgang dürften unzutreffend sein. Für die Bürger werde sich eine kaum spürbare Zeitersparnis durch das Angebot im Kreishaus ergeben.

Die Antragstellerin beantragt,

es dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung - bis zur einer Entscheidung in einem noch zu eröffnenden Hauptsacheverfahren - zu untersagen, eine Fläche im Gebäude des Kreishauses, S 3, 00000 W, zum Zwecke der Herstellung und des Vertriebes von Kfz-Kennzeichen entgeltlich oder unentgeltlich an Dritte zu überlassen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung trägt er vor, er ziele nicht darauf ab, sich eine zusätzliche Einnahmequelle durch die Vermietung zu verschaffen, sondern wolle einen heute als selbstverständlich erwarteten Service für den Bürger anbieten, der im Rahmen seiner Kfz-Anmeldung einen möglichst geringen Zeitaufwand und eine bequeme Erledigungsweise erwarte. Dementsprechend gebe es eine äußerst positive Resonanz auf ein entsprechendes Angebot in seiner Außenstelle beim Straßenverkehrsamt in L. Ähnliche Entwicklungen seien auf Landes- und Bundesebene erkennbar. Den Nachfragen nach mehr Service sei er in der Vergangenheit durch Einrichtung eines zentralen Informationsschalters und eines Händler-schalters nachgekommen. Das Serviceangebot solle durch die Verkürzung der Anmeldezeiten weiter verbessert werden. Durch das Freiwerden von Räumlichkeiten im Kreishaus anlässlich der Umsetzung eines Mitarbeiters in ein anderes Amt bei gleichzeitiger Einsparung der betreffenden Stelle im Straßenverkehrsamt sei die seit langem geplante Verbesserung des Serviceangebotes jetzt umsetzbar. Der Wettbewerb bliebe dadurch erhalten, dass durch die höhere Miete innerhalb des Kreishauses der entsprechende Wettbewerbsvorteil gegenüber dem anderen Unternehmen ausgeglichen werde, das zwar von der Zulassungsstelle entfernt sei, aufgrund der geringeren Miete dort aber seine Leistungen zu einem günstigeren Preis anbieten könne. Auf diese günstigeren Preise könnten die Mitbewerber zukünftig weiterhin - wie auch jetzt schon - in den Räumlichkeiten der Kfz-Zulassungsstelle hinweisen.

Die vorgesehene Vermietung von Räumlichkeiten zur Errichtung einer Schilderprägestelle sei keine unzulässige wirtschaftliche Betätigung des Kreises im Sinne des § 107 GO NRW. Eine im Sinne des § 107 GO NRW "erforderliche" Vermietung setze lediglich voraus, dass die beabsichtigte Tätigkeit vernünftigerweise geboten sei. Auch aus Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 14 GG ergebe sich kein Unterlassungsanspruch für die Antragstellerin. Ein

Anordnungsanspruch folge auch nicht aus § 20 Abs. 1 GWB , da es schon an der erforderlichen Ungleichbehandlung fehle. Die erforderliche Auswahl eines Interessenten werde durch ein objektiv ausgestaltetes Ausschreibungsverfahren ermöglicht, dass jedem Interessenten die Anmietung der Räume ermögliche. Ein Anordnungsanspruch ergebe sich auch nicht aus § 3 UWG , da die Antragsgegnerin schon nicht Wettbewerberin sei und von Unlauterkeit im Sinne der Vorschrift bei den im Interesse der Kfz-anmeldenden Bürger vorgenommenen mittelbaren Erleichterung durch die Vermietung von näher zur Behörde gelegenen Räumen nicht die Rede sein könne.

II. Der zulässige Antrag hat keinen Erfolg.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann eine einstweilige Anordnung auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis getroffen werden, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt in beiden Fällen voraus, dass der zu Grunde liegende materielle Anspruch, der Anordnungsanspruch, und die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung, der Anordnungsgrund, glaubhaft gemacht sind (§ 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit §§ 294, 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung [ZPO]).

Den erforderlichen Anordnungsanspruch hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht. Nach der im Rahmen dieses vorläufigen Rechtsschutzverfahren allein möglichen Prüfung der Sach- und Rechtslage ist nicht erkennbar, dass sie einen Anspruch gegen den Antragsgegner hat, die entgeltliche oder unentgeltliche Überlassung einer Fläche im Gebäude des Kreishauses an Dritte zum Zwecke der Herstellung und des Vertriebes von Kfz-Kennzeichen zu unterlassen. Ein solcher Anspruch ergibt sich nicht aus einem öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch aus § 53 Abs. 1 KrO NRW i.V.m. § 107 Abs. 1 GO NRW. Dieser ist auch nicht erfolgreich auf Art. 12, 14 GG oder auf gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG zu prüfende Unterlassungsansprüche nach §§ 33 Satz 1 , 20 Abs. 1 GWB oder § 1 UWG zu stützen.

Nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein- Westfalen (OVG NRW), der sich die Kammer anschließt, handelt es sich bei der beanstandeten Vermietung von Räumlichkeiten im Kreisverwaltungsgebäude an private Schilderträger um eine wirtschaftliche Betätigung, die nach § 107 Abs. 1 GO NRW erlaubt ist. Das OVG NRW hat dazu in seinem Beschluss vom 21.09.2004 - 15 B 1709/04 - ausgeführt, dass die Vermietung von Räumlichkeiten an gewerbliche Schilderträger im Gebäude einer Kfz-Zulassungsstelle als wirtschaftliche Betätigung des Kreises durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein kann, dem Bürger die Beschaffung amtlicher Kfz-Kennzeichen zu erleich-

tern. Die Verhältnismäßigkeit des Markteingriffs gegenüber den mit den Mietern konkurrierenden Schilderträgern bemesse sich danach, in welchem Maße die Vermietung den Schilderträgermarkt marktinkonform beeinflusse. Eine Marktinkonformität, die sich aus der Unterbringung von Schilderträgern im Gebäude der Zulassungsstelle ergebe, könne dadurch auf ein zumutbares Maß gemildert werden, dass die Vermietung gegen Höchstgebot (im vom OVG zu entscheidenden Falle) auf vier Jahre ausgeschrieben und konkurrierenden Schilderträgern die Möglichkeit eingeräumt werde, im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle auf ihre Angebote hinzuweisen. Weiter führt das OVG NRW in dem vergleichbaren Lebenssachverhalt aus:

"Unter einer wirtschaftlichen Betätigung ist gemäß § 107 Abs. 1 Satz 3 GO NRW der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die u.a. als Anbieter von Gütern am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte. Das trifft auf die Vermietung von Gewerbeimmobilien zu (gewerbliche Vermieter). Bei der hier in Rede stehenden Vermietung handelt es sich nicht um ein nicht selbst an den gemeindewirtschaftsrechtlichen Schranken zu messendes Nebengeschäft zu einer allein nach diesen Schranken zu beurteilenden Haupttätigkeit. Die beabsichtigte Vermietung von Räumlichkeiten im Kreisverwaltungsgebäude an Schilderträger ist nicht eingebettet in eine andere wirtschaftliche Betätigung, sondern soll in Ergänzung des Verwaltungsgebrauchs am Verwaltungsgebäude und insbesondere im Zusammenhang mit dem hoheitlichen Betrieb der Kraftfahrzeugzulassungsstelle erfolgen.

Ein öffentlicher Zweck, der diese Betätigung im Sinne von § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW grundsätzlich zu rechtfertigen vermag, liegt vor. Der Begriff des öffentlichen Zwecks ist weit gefasst. Er umgreift jedweden im Aufgabenbereich der Gemeinde liegenden Gemeinwohlbelang und schließt lediglich die Gewinnerwirtschaftung als öffentlichen Zweck aus. Mit der beabsichtigten Vermietung wird ein öffentlicher Zweck verfolgt. Die Tätigkeit der Straßenverkehrsbehörde bringt es in all den Fällen, in denen ein amtliches Kennzeichen zugeteilt wird, notwendig mit sich, dass nach der Zuteilung des Kennzeichens und vor Anbringen der Stempelplakette (vgl. § 23 Abs. 1 und 4 der Straßenverkehrszulassungsordnung - StVZO -) das Kennzeichenschild beschafft werden muss. Der Verwaltungsvorgang der Zulassung muss also dazu unterbrochen werden. Mit der durch die beanstandete Vermietung gebotenen Möglichkeit des Erwerbs der Schilder im Kreisverwaltungsgebäude wird der Zulassungsvorgang für den Bürger und die Verwaltung beschleunigt und erleichtert. Dies vermag die beabsichtigte Vermietungstätigkeit grundsätzlich zu rechtfertigen.

17

Ebenso die zivilrechtliche Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts, BGH, Urteil vom 14. Juli 1998 - KZR 1/97 -, NJW 1998, 3778 (3779 f.) - Vermietung von Räumlichkeiten im Verwaltungsgebäude an Schilderträger -; Urteil vom 26. April 1974 - ZR 8/73 -, DÖV 1974, 785 -, Schilderverkauf durch den Kreis; vgl. auch Urteil vom 24.

September 2002 - KZR 4/01 -, NJW 2003, 752 , - Benachteiligung privater Schilderpräger zugunsten eines städtischen Unternehmens bei der Vermietung -.

Der so gegebene öffentliche Zweck erfordert auch im Sinne von § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW die beanstandete Vermietung. Der Begriff des Erforderns bedeutet nicht, dass für den öffentlichen Zweck die wirtschaftliche Betätigung unausweichlich ist. Vielmehr reicht es - ähnlich wie im Planungsrecht - aus, dass die wirtschaftliche Betätigung für den öffentlichen Zweck objektiv erforderlich im Sinne von vernünftigerweise geboten ist. Es besteht zum einen ein amtliches Interesse daran, die Schilderbeschaffung in den Verwaltungsvorgang zeitlich und räumlich zu integrieren, um ihn zügig abzuwickeln. Zum anderen ist der Antragsgegner wegen des von ihm hoheitlich ausgelösten Zwangs, sich Schilder zu beschaffen, im Sinne bürgerorientierter Verwaltungsausübung gehalten, den Beschaffungsvorgang zu erleichtern. Dies kann insbesondere dadurch geschehen, dass die Beschaffung im Kreisverwaltungsgebäude selbst ermöglicht wird.

Allerdings müssen nach allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen mit Rücksicht auf die durch § 107 GO NRW auch geschützten Interessen der örtlichen Marktteilnehmer der durch die wirtschaftliche Betätigung bewirkte Markteingriff und der verfolgte öffentliche Zweck in einem angemessenen Verhältnis stehen. Je schwerer der Markteingriff ist, desto dringlicher von der Art des öffentlichen Zwecks oder von der Gebotenheit im Rahmen des Erfordernisses muss die wirtschaftliche Betätigung sein. (...)

Für die Schwere des Markteingriffs ist nicht allein auf die sich für einen Schilderpräger eignenden Gewerbeflächen abzustellen.

Anders für die kartellrechtliche Frage der marktbeherrschenden Stellung BGH, Urteil vom 8. April 2003 - KZR 39/99 -, NJW 2003, 2684 (2685); Urteil vom 24. September 2002 - KZR 4/01 -, NJW 2003, 752 (753) m.w.N.

Dies ergibt sich aus der gegenüber dem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellrecht) andersartigen gemeindewirtschaftsrechtlichen Sichtweise. Während das Kartellrecht für Marktstörungen durch missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung oder unbillige Behinderung den relevanten Markt mit Blick auf die zu schützende Seite der Nachfrager oder Lieferanten abgrenzt,

Kriterium der Austauschbarkeit der Leistung aus Sicht der Marktgegenseite, vgl. Bunte, Kartellrecht, S. 188 f.; Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., S. 168 f.; Bechthold, Kartellgesetz, 3. Aufl., § 19 Rn. 5, geht es beim Drittschutz des Gemeindewirtschaftsrechts um Markteingriffe durch Hinzutreten des kommunalen Wettbewerbers mit Blick auf die anderen Anbieter. (...) Soweit sie die Erschwerung der spezifischen Vermietbarkeit an Schilderpräger geltend macht, kommt es darauf wegen der oben dargestellten Abgrenzung des relevanten Marktes nicht an. Daher reichen die oben dargestellten öffentlichen Zwecke aus, die wirtschaftliche Betätigung gegenüber den unmittelbar betroffenen Marktteilnehmern der Vermieter von Gewerbeflächen zu rechtfertigen.

Auch mit Blick auf den Markt der Schilderherstellung stellt sich die beabsichtigte Vermietung als im Sinne des § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW durch öffentliche Zwecke erfordert dar. Gemeindegewirtschaftsrechtlich geschützt sind nicht nur die unmittelbar betroffenen Marktteilnehmer, sondern alle Wirtschaftsteilnehmer, deren Marktinteressen durch die kommunale wirtschaftliche Betätigung beeinträchtigt werden. Das ist bei einer kommunalen Tätigkeit als Vermieter auch derjenige, der in Konkurrenz zum Mieter steht, denn auch die Vermietung kann das örtliche Wirtschaftsgeschehen, auf dem sich der Mieter betätigt, beeinflussen. Die Antragstellerin kann sich daher auch in ihrer Eigenschaft als Schilderpräger auf den gemeindegewirtschaftsrechtlichen Drittschutz berufen.

Wegen des nur mittelbaren Zusammenhangs zwischen der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung und dem hier zu betrachtenden Markteingriff ist das Merkmal, dass ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung erfordert, in anderem Sinne zu verstehen als bei unmittelbar von der wirtschaftlichen Betätigung betroffenen Marktteilnehmern. Während in diesen Fällen die kommunale wirtschaftliche Betätigung selbst die Angebotsseite verändert und insofern rechtfertigungsbedürftig ist - wie es etwa eine eigene Schilderprägetätigkeit des Antragsgegners wäre -, verändert der mittelbare Markteingriff der Vermietung von Gewerbeflächen die Angebotsseite nur dahin, dass das Angebot durch gewerbliche Tätigkeit privater Dritter ermöglicht oder erleichtert wird. Das ist als solches nicht rechtfertigungsbedürftig, da § 107 Abs. 1 GO NRW keinen Schutz vor privater Konkurrenz bietet. Gemeindegewirtschaftsrechtlich rechtfertigungsbedürftig ist der mittelbare Markteingriff erst insofern, als er die Angebotsseite der mittelbar betroffenen Wirtschaftsteilnehmer über die allgemeinen Wirkungen verbesserter Möglichkeiten der Gewerbeflächenanmietung hinaus marktinkonform beeinflusst. Das kann etwa durch subventionierte Vermietung oder durch mit der hoheitlichen Tätigkeit des Kreises zusammenhängende Zusatzleistungen geschehen.

Nach diesen Maßstäben liegt ein rechtfertigungsbedürftiger mittelbarer Eingriff in den Schilderprägemarkt vor, denn die Vermietung von Räumlichkeiten im Verwaltungsgebäude, in dem die Zulassungsstelle untergebracht ist, stellt eine marktinkonforme Beeinflussung dar. Das ergibt sich aus der Sensibilität des Marktes im Hinblick auf die Nähe zur Zulassungsstelle. Da der wesentliche Teil der Nachfrage nach Schildern durch die Tätigkeit der Zulassungsstelle ausgelöst wird und die Kundschaft nur beschränkt auf Preiswettbewerb reagiert, ist die Nähe zur Zulassungsstelle ein entscheidender Wettbewerbsgesichtspunkt. Soweit daher gerade die Vermietung im Verwaltungsgebäude und damit gewissermaßen das Angebot der Zulassung und Schilderbeschaffung in einem Vorgang beabsichtigt ist, liegt darin die Marktinkonformität. Dieser mittelbare Eingriff ist jedoch nach § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW gerechtfertigt. Einerseits streiten für die wirtschaftliche Betätigung die oben genannten öffentlichen Zwecke der Beschleunigung des Verwaltungsvorgangs und der Erleichterung der Schilderbeschaffung für die Bürger. Jedenfalls der letztgenannte Zweck ist gewichtig und nicht nur, wie die Antragstellerin meint, vorgeschoben. Die Möglichkeit für die Bürger, die benötigten Schilder in einem Zug mit dem Zulassungsvorgang zu erwerben, statt sich erst aus dem Haus und vom Grundstück zu begeben, um einen

Schilderpräger aufzusuchen, um danach den Zulassungsvorgang weiter zu betreiben, erleichtert die dem Bürger auferlegte ohnehin lästige Pflicht. Es handelt sich zwar lediglich um eine Konzession an die Bequemlichkeit der Bürger, ohne die die Pflicht, das Kraftfahrzeug zulassen zu müssen, nicht unzumutbar würde. Es ist aber im Sinne der oben angesprochenen bürgerorientierten Verwaltungsausübung ein gewichtiger öffentlicher Zweck, dem Bürger die Erfüllung auferlegter Pflichten so bequem wie möglich zu machen. Dass die Erleichterung für den Bürger nicht unerheblich ist, ergibt sich im Übrigen gerade aus dem Umstand, dass die Antragstellerin die beabsichtigte Vermietung so vehement bekämpft und selbst die Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz behauptet: Wäre die Erleichterung nur unbedeutend, könnte die marktbeherrschende Stellung von Schilderprägern im Verwaltungsgebäude nicht angenommen werden."

Die vom Antragsgegner beabsichtigte Vermietung an private Schilderpräger entspricht diesen Maßstäben. Ausweislich der zum Verwaltungsvorgang genommenen Vermerke vom 19.11.2003, 26.01.2004 und 05.07.2004 will der Antragsgegner durch das Angebot eines (weiteren) Schilderprägers im Kreishaus seinen Service für die betroffenen Bürger weiter verbessern (Verringerung der Entfernungen zu Schilderprägern; erleichterter (barrierefreier) Zugang für gehbehinderte Personen, vor allem Rollstuhlfahrer, und für Personen mit Kindern/Kinderwagen). Zu den dagegen von den Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin auch in diesem Verfahren vorgebrachten Einwände wird auf die Ausführungen des OVG NRW

in seinem Beschluss vom 21.09.2004 - 15 B 1709/04 -

verwiesen. Danach ist unerheblich,

„dass nach Auffassung der Antragstellerin die Einräumung eines Schildererwerbs im Kreishaus schon deshalb nicht erforderlich sei, weil der Bürger ohnehin im Verwaltungsverfahren zwischen der Zuteilung des amtlichen Kennzeichens und dem Anbringen der Stempelplakette auf den erworbenen Schildern eine längere Zeit warten müsse; deshalb sei ihm ein Weg bis zum nächsten Schilderpräger, nämlich ihr selbst, von 100 m und ein bis zwei Minuten Dauer zumutbar. Die Beurteilung der Attraktivität des Schilderangebots ist allein Sache des Bürgers und nicht der Antragstellerin. Das Antragsbegehren wird auch nicht gestützt durch den Vortrag der Antragstellerin, die Vermietung sei für den Bürger sogar nachteilig, da sie auf mittlere Sicht zur Vernichtung der Konkurrenzbetriebe und damit im Ergebnis zu höheren Monopolpreisen führe. Dies kann schon im Rahmen des vorliegenden Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes nicht festgestellt werden. Im Übrigen wäre dies jedenfalls im Regelfall angesichts der unten noch zu behandelnden Werbemöglichkeiten von Konkurrenzbetrieben eine marktkonforme Folge des Verhaltens der Bürger auf ein zu unattraktives Angebot der Konkurrenzbetriebe. § 107 Abs. 1 GO NRW schützt jedoch im Rahmen des Drittschutzes nur gegen marktinkonforme mittelbare Markteingriffe der Kommune.

Schließlich ist nicht entscheidend, dass auch das finanzielle Interesse des Antragsgegners am Mietzins eine - wie anzunehmen ist - erhebliche Rolle für die Entscheidung zur wirtschaftlichen Betätigung gespielt hat. Solange eine wirtschaftliche Betätigung als solche gemeindefinanzrechtlich zulässig ist, spielt der Nebenzweck der Einnahmeerwirtschaftung keine Rolle.

Andererseits wird die Inkonformität des Markteingriffs durch die Umstände der Vermietung so weit abgemildert, dass er als verhältnismäßig anzusehen ist. Das geschieht zum einen durch die Ausschreibung der Vermietung und die Vergabe gegen Höchstgebot. Dem deutlichen Wettbewerbsvorteil der zum Zuge kommenden Wettbewerber steht ein entsprechend hoher Mietzins gegenüber, den sie erwirtschaften müssen. Weiter wird der Wettbewerbsvorteil durch die Mietzeitdauer von vier Jahren zeitlich beschränkt. Schließlich führt die vom Verwaltungsgericht angeordnete, im Beschwerdeverfahren außer Streit stehende Möglichkeit für die Antragstellerin, im Verwaltungsgebäude für ihr Angebot zu werben, zu einer Erhöhung der Markttransparenz. Auch dadurch wird die Marktinkonformität der Unterbringung der mit der Antragstellerin konkurrierenden Schilderpräger im Kreisverwaltungsgebäude gemildert. Der durch die Vermietung bewirkte mittelbare Markteingriff in seiner konkreten Gestalt steht deshalb zu dem verfolgten öffentlichen Zweck in angemessenem Verhältnis."

Gleiches gilt hier. Die Vermietung erfolgt erst nach und aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung mit Vergabe nach Höchstgebot. Der Antragstellerin steht es frei, sich daran zu beteiligen. Den sich aus der Lage der Räumlichkeiten ergebenden Wettbewerbsvorteilen steht der höhere Mietzins gegenüber sowie der Umstand, dass die Mietzeit zeitlich auf drei Jahre beschränkt ist und anschließend neu ausgeschrieben werden soll. Ein weiterer Ausgleich der Wettbewerbsnachteile wird durch die im vorliegenden Verfahren gegebene Zusage des Antragsgegners erreicht, dass die Antragstellerin in den Räumlichkeiten der Kfz-Zulassungsstelle auf ihr Angebot werbend hinweisen darf.

Die Antragstellerin kann den geltend gemachten Unterlassungsanspruch auch nicht auf grundrechtliche Bestimmungen stützen. Im Hinblick auf die Befürchtung der Antragstellerin, ihre Existenz werde auf mittlere Sicht bei Aufnahme des Geschäftsbetriebs durch Konkurrenten im Kreisverwaltungsgebäude dadurch vernichtet, dass finanzstarke Konkurrenten kurzfristige "Dumpingpreise" anbieten könnten, um später monopolartig höhere Preise zu diktieren, ergibt sich der geltend gemachte Anordnungsanspruch nicht. Grundrechte gewähren grundsätzlich kein Recht zur Abwehr wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand, insbesondere keinen Konkurrenzschutz.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 21.09.2004, a.a.O..

Ein darauf gestützter Unterlassungsanspruch ist allenfalls dann begründet, wenn ein Verdrängungswettbewerb stattfindet und die privaten Konkurrenten in ihrer Wettbewerbsfreiheit unzumutbar beeinträchtigt werden.

So auch Beschluss der Kammer vom 20.05.2003 - 1 L 542/03 -.

Konkrete Anhaltspunkte, dass private Konkurrenz, hier durch Vermietung von Gewerbeflächen, unmöglich oder unzumutbar gemacht oder eine Monopolstellung der öffentlichen Hand erreicht wird, liegen nicht vor. Das Vorbringen der Antragstellerin stützt sich insoweit allein auf Vermutungen, die im Eilverfahren weder glaubhaft gemacht noch vom Gericht überprüfbar sind. Zur Frage des unzulässigen mittelbaren Grundrechtseingriffs durch Drittbegünstigung durch Vermietung der Räumlichkeiten an Konkurrenten hat das OVG NRW

im Beschluss vom 21.09.2004, a.a.O.,

für die Schutzgüter des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG und zum anderen für die Berufsfreiheit des Art. 12 GG ausgeführt, dass beide Grundrechte nicht vor der Beeinträchtigung der Wettbewerbschancen durch Begünstigung eines Konkurrenten schützen. Verletzt werden kann durch eine solche Beeinträchtigung allenfalls die grundrechtlich geschützte Wettbewerbsfreiheit. Eine Verletzung liegt jedoch erst vor, wenn die schutzwürdigen Interessen des Benachteiligten willkürlich vernachlässigt werden, wenn durch die einseitige Subventionierung eines Konkurrenten die Wettbewerbslage verzerrt und die wirtschaftliche Stellung des nicht begünstigten Unternehmers in unerträglichem Maße und unzumutbar geschädigt wird.

Vgl. dazu im Einzelnen OVG NRW, Beschluss vom 13. August 2003 - 15 B 1137/03 -, NWVBl. 2003, 462 (466) m.w.N.

Hier - wie im vom OVG NRW zu entscheidenden Fall - ist das schon deshalb nicht gegeben, weil die Vermietung im Wege der öffentlichen Ausschreibung gegen Höchstgebot erfolgt, an der sich auch die Antragstellerin beteiligen kann. Weiter führt das OVG NRW aus:

"Eine grundrechtlich relevante Verletzung der Wettbewerbsfreiheit ist auch nicht darin zu sehen, dass der Antragsgegner überhaupt einem Wettbewerber die Möglichkeit eröffnet, in unmittelbarer Nähe zur Zulassungsstelle im Kreisverwaltungsgebäude seine Leistungen anzubieten. Die allgemeine Sensibilität des Schilderprägergewerbes im Hinblick auf die Nähe zur Zulassungsstelle ist eine Eigenschaft dieses Gewerbes, die alleine eine Vermietung von Räumlichkeiten in der Nähe der Zulassungsstelle noch nicht als Verletzung der Wettbewerbsfreiheit qualifiziert. Die Wettbewerbsfreiheit ist hier allein deshalb tangiert, weil nicht eine bloß räumlich günstige Immobilie angeboten wird, wie es etwa für ein dem Kreisverwaltungsgebäude benachbartes Grundstück der Fall wäre, sondern darüber hinaus gerade die Vermietung im Verwaltungsgebäude und damit gewissermaßen das Angebot der Zulassung und Schilderbeschaffung in einem Vorgang in Rede steht. Dies stellt aber aus denselben Gründen, aus denen eine zulässige wirtschaftliche Betätigung anzunehmen ist, keine Verletzung der Wettbewerbsfreiheit dar: Ein im Verhältnis zum verfolgten öffentlichen Zweck angemessener Markteingriff vernachlässigt weder willkürlich die schutzwürdigen Interessen des Benachteiligten noch verzerrt er durch einseitige Subven-

tionierung eines Konkurrenten die Wettbewerbslage oder schädigt in unerträglichem Maße oder unzumutbar die wirtschaftliche Stellung des nicht begünstigten Unternehmers. Das gilt auch vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin auf mittlere Sicht die Vernichtung ihrer Existenz bei Aufnahme des Geschäftsbetriebs durch Konkurrenten im Kreisverwaltungsgebäude behauptet. Das wäre Folge des Umstandes, dass sie die Nachfrage des Marktes - trotz der zumutbaren Möglichkeit für die Antragstellerin, konkurrierende Angebote zu unterbreiten, - nicht im gleichen Maße wie die privaten Konkurrenten im Kreisverwaltungsgebäude befriedigt hätte. Die Grundrechte garantieren nicht den Bestand eines Betriebes im Wettbewerb.

Schließlich erzwingen auch gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) zu prüfende Unterlassungsansprüche aus §§ 33 Satz 1, 20 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) oder aus § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) nicht den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung: Nach der oben genannten zivilrechtlichen Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, stellt die Vermietung von Räumlichkeiten im Kreisverwaltungsgebäude an Schilderpräger unter den hier obwaltenden und vom Verwaltungsgericht angeordneten Umständen weder eine unbillige Behinderung noch eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung noch ein gegen die guten Sitten verstoßendes Wettbewerbsverhalten dar."

Nach alledem war der Antrag abzulehnen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO .

Die Streitwertentscheidung beruht auf §§ 52 Abs. 1 , 53 Abs. 3 Nr. 2 GKG . Maßgebend ist danach die sich für die Antragstellerin ergebende Bedeutung der Sache. Da die Antragstellerin die Vernichtung ihres Gewerbebetriebes auf mittlere Sicht geltend macht, erscheint es sachgerecht, den für die Untersagung eines ausgeübten Gewerbes anzusetzenden Mindestbetrag anzusetzen,

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 21.09.2004 - 15 B 1709/04 - ,

der sich nach Nr. 54.2.1 des aktuellen Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 07./08.07.2004,

NVwZ 2004, S. 1327 - 1332,

auf 15.000,00 Euro beläuft, und diesen wegen der Vorläufigkeit der Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu halbieren.

Beschluss des Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 15. Senat vom 21.09.2004

15 B 1709/04

Normen: § 107 GemO NW, § 53 LKreisO NW

Wirtschaftliche Betätigung eines Kreises - hier: Raumvermietung an Schilderträger im Kreisverwaltungsgebäude

Leitsatz

1. Die Vermietung von Räumlichkeiten an gewerbliche Schilderträger im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle kann als wirtschaftliche Betätigung des Kreises durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein, dem Bürger die Beschaffung amtlicher Kfz-Kennzeichen zu erleichtern.
2. Die Verhältnismäßigkeit des Markteingriffs gegenüber den mit den Mietern konkurrierenden Schilderträgern bemisst sich danach, in welchem Maße die Vermietung den Schilderträgermarkt marktinkonform beeinflusst.
3. Eine Marktinkonformität, die sich aus der Unterbringung von Schilderträgern im Gebäude der Zulassungsstelle ergibt, kann dadurch auf ein zumutbares Maß gemildert werden, dass die Vermietung gegen Höchstgebot auf vier Jahre ausgeschrieben und konkurrierenden Schilderträgern die Möglichkeit eingeräumt wird, im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle auf ihre Angebote hinzuweisen.

Fundstellen

NWVBI 2005, 68-71 (Leitsatz und Gründe)
NVwZ-RR 2005, 198-201 (Leitsatz und Gründe)
NZV 2005, 218-220 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

Tenor

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000 EUR festgesetzt.

Gründe

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag,

es dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung - bis zur Entscheidung in einem noch zu eröffnenden Hauptsacheverfahren - zu untersagen, Räume im Gebäude des Kreishauses, K. S. , F. , zum Zwecke der Herstellung und des Vertriebes von Kfz-Kennzeichen entgeltlich oder unentgeltlich an Dritte zu überlassen,

zu Recht abgelehnt. Er ist als Antrag gemäß § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) zwar zulässig, aber unbegründet. Die Antragstellerin hat den geltend gemachten Anordnungsanspruch, nämlich einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch aus § 53 Abs. 1 der Kreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (KrO) i.V.m. § 107 Abs. 1 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW), nicht glaubhaft gemacht.

Vgl. dazu OVG NRW, Beschluss vom 13. August 2003 - 15 B 1137/03 -, NWVBl. 2003, 462.

Bei der beanstandeten beabsichtigten Vermietung von Räumlichkeiten im Kreisverwaltungsgebäude an private Schilderpräger handelt es sich um eine wirtschaftliche Betätigung, die nach § 107 Abs. 1 GO NRW erlaubt ist. Unter einer wirtschaftlichen Betätigung ist gemäß § 107 Abs. 1 Satz 3 GO NRW der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die u.a. als Anbieter von Gütern am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte. Das trifft auf die Vermietung von Gewerbeimmobilien zu (gewerbliche Vermieter). Bei der hier in Rede stehenden Vermietung handelt es sich nicht um ein nicht selbst an den gemeindewirtschaftsrechtlichen Schranken zu messendes Nebengeschäft zu einer allein nach diesen Schranken zu beurteilenden Haupttätigkeit. Die beabsichtigte Vermietung von Räumlichkeiten im Kreisverwaltungsgebäude an Schilderpräger ist nicht eingebettet in eine andere wirtschaftliche Betätigung, sondern soll in Ergänzung des Verwaltungsge-

brauchs am Verwaltungsgebäude und insbesondere im Zusammenhang mit dem hoheitlichen Betrieb der Kraftfahrzeugzulassungsstelle erfolgen.

Ein öffentlicher Zweck, der diese Betätigung im Sinne von § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW grundsätzlich zu rechtfertigen vermag, liegt vor. Der Begriff des öffentlichen Zwecks ist weit gefasst. Er umgreift jedweden im Aufgabenbereich der Gemeinde liegenden Gemeinwohlbelang und schließt lediglich die Gewinnerwirtschaftung als öffentlichen Zweck aus. Mit der beabsichtigten Vermietung wird ein öffentlicher Zweck verfolgt. Die Tätigkeit der Straßenverkehrsbehörde bringt es in all den Fällen, in denen ein amtliches Kennzeichen zugeteilt wird, notwendig mit sich, dass nach der Zuteilung des Kennzeichens und vor Anbringen der Stempelplakette (vgl. § 23 Abs. 1 und 4 der Straßenverkehrszulassungsordnung - StVZO -) das Kennzeichenschild beschafft werden muss. Der Verwaltungsvorgang der Zulassung muss also dazu unterbrochen werden. Mit der durch die beanstandete Vermietung gebotenen Möglichkeit des Erwerbs der Schilder im Kreisverwaltungsgebäude wird der Zulassungsvorgang für den Bürger und die Verwaltung beschleunigt und erleichtert. Dies vermag die beabsichtigte Vermietungstätigkeit grundsätzlich zu rechtfertigen.

Ebenso die zivilrechtliche Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts, BGH, Urteil vom 14. Juli 1998 - KZR 1/97 -, NJW 1998, 3778 (3779 f.) - Vermietung von Räumlichkeiten im Verwaltungsgebäude an Schilderträger -; Urteil vom 26. April 1974 - I ZR 8/73 -, DöV 1974, 785, - Schilderverkauf durch den Kreis -; vgl. auch Urteil vom 24. September 2002 - KZR 4/01 -, NJW 2003, 752, - Benachteiligung privater Schilderträger zugunsten eines städtischen Unternehmens bei der Vermietung -.

Der so gegebene öffentliche Zweck erfordert auch im Sinne von § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW die beanstandete Vermietung. Der Begriff des Erforderns bedeutet nicht, dass für den öffentlichen Zweck die wirtschaftliche Betätigung unausweichlich ist. Vielmehr reicht es - ähnlich wie im Planungsrecht - aus, dass die wirtschaftliche Betätigung für den öffentlichen Zweck objektiv erforderlich im Sinne von vernünftigerweise geboten ist. Es besteht zum einen ein amtliches Interesse daran, die Schilderbeschaffung in den Verwaltungsvorgang zeitlich und räumlich zu integrieren, um ihn zügig abzuwickeln. Zum anderen ist der Antragsgegner wegen des von ihm hoheitlich ausgelösten Zwangs, sich Schilder zu beschaffen, im Sinne bürgerorientierter Verwaltungsausübung gehalten, den Beschaffungsvorgang zu erleichtern. Dies kann insbesondere dadurch geschehen, dass die Beschaffung im Kreisverwaltungsgebäude selbst ermöglicht wird.

Allerdings müssen nach allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen mit Rücksicht auf die durch § 107 GO NRW auch geschützten Interessen der örtlichen Marktteilnehmer der durch die wirtschaftliche Betätigung bewirkte Markteingriff und der verfolgte öffentliche Zweck in einem angemessenen Verhältnis stehen. Je schwerer der Markteingriff ist, desto dringlicher von der Art des öffentlichen Zwecks oder von der Gebotenheit im Rahmen des Erfordernisses muss die wirtschaftliche Betätigung sein. Nach diesen Maßstäben ist die

beanstandete Vermietung unter den vom Verwaltungsgericht angeordneten Bedingungen verhältnismäßig.

Der unmittelbar durch die wirtschaftliche Betätigung des Antragsgegners betroffene Markt ist der der Vermietung von Gewerbeflächen. Insofern kann sich die Antragstellerin, die in der Nähe des Kreisverwaltungsgebäudes selbst eine Gewerbefläche vermietet, als unmittelbar betroffene Marktteilnehmerin auf den Drittschutz des § 107 Abs. 1 GO NRW berufen. Für die Schwere des Markteingriffs ist nicht allein auf die sich für einen Schilderpräger eignenden Gewerbeflächen abzustellen.

Anders für die kartellrechtliche Frage der marktbeherrschenden Stellung BGH, Urteil vom 8. April 2003 - KZR 39/99 -, NJW 2003, 2684 (2685); Urteil vom 24. September 2002 - KZR 4/01 -, NJW 2003, 752 (753) m.w.N.

Dies ergibt sich aus der gegenüber dem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellrecht) andersartigen gemeindewirtschaftsrechtlichen Sichtweise. Während das Kartellrecht für Marktstörungen durch missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung oder unbillige Behinderung den relevanten Markt mit Blick auf die zu schützende Seite der Nachfrager oder Lieferanten abgrenzt,

Kriterium der Austauschbarkeit der Leistung aus Sicht der Marktgegenseite, vgl. Bunte, Kartellrecht, S. 188 f.; Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., S. 168 f.; Bechthold, Kartellgesetz, 3. Aufl., § 19 Rn. 5, geht es beim Drittschutz des Gemeindewirtschaftsrechts um Markteingriffe durch Hinzutreten des kommunalen Wettbewerbers mit Blick auf die anderen Anbieter. Die Angebotsseite wird aber nicht durch einen spezifischen Markt für Gewerbeflächen geprägt, die sich für Schilderpräger eignen, die den bei den Besuchern der Kraftfahrzeugzulassungsstelle anfallenden Schilderbedarf decken möchten. Dabei handelt es sich lediglich um einen unselbständigen Teilmarkt des hier relevanten Marktes der Vermietung von Gewerbeflächen, denn auch die dem genannten Teilmarkt zuzuordnenden Mietobjekte stehen zur Anmietung für anderweitige gewerbliche Nutzung zur Verfügung. Die beabsichtigte Vermietung der beiden Räume stellt sich schon wegen des geringen Umfangs der Vermietung und des ungleich höheren Mietzinses für den Markt der Vermietung von Gewerbeflächen in F., wenn überhaupt, dann jedenfalls als nicht relevanter Markteingriff dar. Die Antragstellerin macht auch nicht geltend, infolge der beabsichtigten Vermietungstätigkeit des Antragsgegners sei ihr die Vermietung ihrer Gewerbefläche erschwert. Soweit sie die Erschwerung der spezifischen Vermietbarkeit an Schilderpräger geltend macht, kommt es darauf wegen der oben dargestellten Abgrenzung des relevanten Marktes nicht an. Daher reichen die oben dargestellten öffentlichen Zwecke aus, die wirtschaftliche Betätigung gegenüber den unmittelbar betroffenen Marktteilnehmern der Vermieter von Gewerbeflächen zu rechtfertigen.

Auch mit Blick auf den Markt der Schilderherstellung stellt sich die beabsichtigte Vermietung als im Sinne des § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW durch öffentliche Zwecke erfordert dar.

Gemeindewirtschaftsrechtlich geschützt sind nicht nur die unmittelbar betroffenen Marktteilnehmer, sondern alle Wirtschaftsteilnehmer, deren Marktinteressen durch die kommunale wirtschaftliche Betätigung beeinträchtigt werden. Das ist bei einer kommunalen Tätigkeit als Vermieter auch derjenige, der in Konkurrenz zum Mieter steht, denn auch die Vermietung kann das örtliche Wirtschaftsgeschehen, auf dem sich der Mieter betätigt, beeinflussen. Die Antragstellerin kann sich daher auch in ihrer Eigenschaft als Schilderpräger auf den gemeindewirtschaftsrechtlichen Drittschutz berufen.

Wegen des nur mittelbaren Zusammenhangs zwischen der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung und dem hier zu betrachtenden Markteingriff ist das Merkmal, dass ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung erfordert, in anderem Sinne zu verstehen als bei unmittelbar von der wirtschaftlichen Betätigung betroffenen Marktteilnehmern. Während in diesen Fällen die kommunale wirtschaftliche Betätigung selbst die Angebotsseite verändert und insofern rechtfertigungsbedürftig ist - wie es etwa eine eigene Schilderprägetätigkeit des Antragsgegners wäre -, verändert der mittelbare Markteingriff der Vermietung von Gewerbeflächen die Angebotsseite nur dahin, dass das Angebot durch gewerbliche Tätigkeit privater Dritter ermöglicht oder erleichtert wird. Das ist als solches nicht rechtfertigungsbedürftig, da § 107 Abs. 1 GO NRW keinen Schutz vor privater Konkurrenz bietet. Gemeindewirtschaftsrechtlich rechtfertigungsbedürftig ist der mittelbare Markteingriff erst insofern, als er die Angebotsseite der mittelbar betroffenen Wirtschaftsteilnehmer über die allgemeinen Wirkungen verbesserter Möglichkeiten der Gewerbeflächenanmietung hinaus marktinkonform beeinflusst. Das kann etwa durch subventionierte Vermietung oder durch mit der hoheitlichen Tätigkeit des Kreises zusammenhängende Zusatzleistungen geschehen.

Nach diesen Maßstäben liegt ein rechtfertigungsbedürftiger mittelbarer Eingriff in den Schilderprägemarkt vor, denn die Vermietung von Räumlichkeiten im Verwaltungsgebäude, in dem die Zulassungsstelle untergebracht ist, stellt eine marktinkonforme Beeinflussung dar. Das ergibt sich aus der Sensibilität des Marktes im Hinblick auf die Nähe zur Zulassungsstelle. Da der wesentliche Teil der Nachfrage nach Schildern durch die Tätigkeit der Zulassungsstelle ausgelöst wird und die Kundschaft nur beschränkt auf Preiswettbewerb reagiert, ist die Nähe zur Zulassungsstelle ein entscheidender Wettbewerbs Gesichtspunkt. Soweit daher gerade die Vermietung im Verwaltungsgebäude und damit gewissermaßen das Angebot der Zulassung und Schilderbeschaffung in einem Vorgang beabsichtigt ist, liegt darin die Marktinkonformität.

Dieser mittelbare Eingriff ist jedoch nach § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW gerechtfertigt. Einerseits streiten für die wirtschaftliche Betätigung die oben genannten öffentlichen Zwecke der Beschleunigung des Verwaltungsvorgangs und der Erleichterung der Schilderbeschaffung für die Bürger. Jedenfalls der letztgenannte Zweck ist gewichtig und nicht nur, wie die Antragstellerin meint, vorgeschoben. Die Möglichkeit für die Bürger, die benötigten Schilder in einem Zug mit dem Zulassungsvorgang zu erwerben, statt sich erst aus dem Haus

und vom Grundstück zu begeben, um einen Schilderträger aufzusuchen, um danach den Zulassungsvorgang weiter zu betreiben, erleichtert die dem Bürger auferlegte ohnehin lästige Pflicht. Es handelt sich zwar lediglich um eine Konzession an die Bequemlichkeit der Bürger, ohne die die Pflicht, das Kraftfahrzeug zulassen zu müssen, nicht unzumutbar würde. Es ist aber im Sinne der oben angesprochenen bürgerorientierten Verwaltungsausübung ein gewichtiger öffentlicher Zweck, dem Bürger die Erfüllung auferlegter Pflichten so bequem wie möglich zu machen. Dass die Erleichterung für den Bürger nicht unerheblich ist, ergibt sich im Übrigen gerade aus dem Umstand, dass die Antragstellerin die beabsichtigte Vermietung so vehement bekämpft und selbst die Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz behauptet: Wäre die Erleichterung nur unbedeutend, könnte die marktbeherrschende Stellung von Schilderträgern im Verwaltungsgebäude nicht angenommen werden.

Unerheblich ist, dass nach Auffassung der Antragstellerin die Einräumung eines Schildererwerbs im Kreishaus schon deshalb nicht erforderlich sei, weil der Bürger ohnehin im Verwaltungsverfahren zwischen der Zuteilung des amtlichen Kennzeichens und dem Anbringen der Stempelplakette auf den erworbenen Schildern eine längere Zeit warten müsse; deshalb sei ihm ein Weg bis zum nächsten Schilderträger, nämlich ihr selbst, von 100 m und ein bis zwei Minuten Dauer zumutbar. Die Beurteilung der Attraktivität des Schilderangebots ist allein Sache des Bürgers und nicht der Antragstellerin. Das Antragsbegehren wird auch nicht gestützt durch den Vortrag der Antragstellerin, die Vermietung sei für den Bürger sogar nachteilig, da sie auf mittlere Sicht zur Vernichtung der Konkurrenzbetriebe und damit im Ergebnis zu höheren Monopolpreisen führe. Dies kann schon im Rahmen des vorliegenden Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes nicht festgestellt werden. Im Übrigen wäre dies jedenfalls im Regelfall angesichts der unten noch zu behandelnden Werbemöglichkeiten von Konkurrenzbetrieben eine marktkonforme Folge des Verhaltens der Bürger auf ein zu unattraktives Angebot der Konkurrenzbetriebe. § 107 Abs. 1 GO NRW schützt jedoch im Rahmen des Drittschutzes nur gegen marktinkonforme mittelbare Markteingriffe der Kommune.

Schließlich ist nicht entscheidend, dass auch das finanzielle Interesse des Antragsgegners am Mietzins eine - wie anzunehmen ist - erhebliche Rolle für die Entscheidung zur wirtschaftlichen Betätigung gespielt hat. Solange eine wirtschaftliche Betätigung als solche gemeindefinanzwirtschaftlich zulässig ist, spielt der Nebenzweck der Einnahmeerwirtschaftung keine Rolle.

Andererseits wird die Inkonformität des Markteingriffs durch die Umstände der Vermietung so weit abgemildert, dass er als verhältnismäßig anzusehen ist. Das geschieht zum einen durch die Ausschreibung der Vermietung und die Vergabe gegen Höchstgebot. Dem deutlichen Wettbewerbsvorteil der zum Zuge kommenden Wettbewerber steht ein entsprechend hoher Mietzins gegenüber, den sie erwirtschaften müssen. Weiter wird der Wettbewerbsvorteil durch die Mietzeitdauer von vier Jahren zeitlich beschränkt. Schließlich führt

die vom Verwaltungsgericht angeordnete, im Beschwerdeverfahren außer Streit stehende Möglichkeit für die Antragstellerin, im Verwaltungsgebäude für ihr Angebot zu werben, zu einer Erhöhung der Markttransparenz. Auch dadurch wird die Marktinkonformität der Unterbringung der mit der Antragstellerin konkurrierenden Schilderträger im Kreisverwaltungsgebäude gemildert. Der durch die Vermietung bewirkte mittelbare Markteingriff in seiner konkreten Gestalt steht deshalb zu dem verfolgten öffentlichen Zweck in angemessenem Verhältnis.

Die dagegen im Beschwerdeverfahren gerichteten Angriffe der Antragstellerin greifen nicht durch. Es ist im Rahmen des gerichtlichen Ermessens, den Inhalt einer einstweiligen Anordnung festzulegen (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 938 Abs. 1 der Zivilprozessordnung - ZPO -), nicht angezeigt, die genauen Umstände der für die Antragstellerin zu gewährenden Werbemöglichkeit bereits jetzt vor Eröffnung des Geschäftsbetriebes der Konkurrenten festzulegen. Dafür reicht es aus, dass das maßgebliche Ziel festgelegt ist, nämlich die Herstellung von Markttransparenz für den im Rahmen eines Zulassungsvorgangs Schilder nachfragenden Bürger durch angemessene Werbemaßnahmen im Kreisverwaltungsgebäude. Ob die Meinung des Antragsgegners zutrifft, dazu reichten Werbemaßnahmen im Foyer aus, erscheint allerdings zweifelhaft und bedarf gegebenenfalls einer Überprüfung im Hauptsacheverfahren: Konkurrierenden Schilderträgern müssen Werbemaßnahmen eingeräumt werden, die für den die Zulassungsstelle aufsuchenden Bürger mit einem beiläufigen Blick erkennbar sind. Auch ist der Antragsgegner nicht gehalten, im Mietvertrag diese Umstände im einzelnen festzulegen, wenn er nur, wie er es im § 8 Satz 2 des Vertragsentwurfs getan hat, einen entsprechenden Vorbehalt vorsieht. Weiter ist nicht erforderlich, dass der Antragsgegner sich auf das Angebot der Antragstellerin einlässt, ein Bestelltelefon im Kreisverwaltungsgebäude einzurichten. Zwar mag ein solches Telefon zu einer weiteren Einebnung der durch die gemeinsame Unterbringung der Schilderträger mit der Zulassungsstelle bewirkten Marktinkonformität des Eingriffs führen. Es ist der Antragstellerin jedoch ohnehin unbenommen, in ihrer textlichen Werbung unter Benennung ihrer Telefonnummer herauszustellen, dass sie in der Lage sei, Schilder in einer bestimmten Zeit in das Kreisverwaltungsgebäude zu liefern. Soweit der Antragsgegner sich dagegen wendet, das Kreisverwaltungsgebäude "zum Basar zu machen", verkennt er, dass er selbst gewerbliche Tätigkeit im Kreisverwaltungsgebäude eröffnen will. Über diese Möglichkeit des Angebots konkurrierender Schilderträger hinaus ist die Einrichtung eines eigenen Bestelltelefons angesichts der damit verbundenen Organisationsprobleme und der nur beschränkten Wirkung über die oben beschriebene Werbemaßnahme hinaus nicht erforderlich, um den Markteingriff als verhältnismäßig einzustufen.

Die Erleichterung der Verwaltungstätigkeit dadurch, dass wegen der Schnelligkeit des Schilderbeschaffungsvorgangs weniger Zulassungsvorgänge gleichzeitig offen sind, spielt als in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzustellender öffentlicher Zweck keine relevante Rolle, da diese Erschwernisse durch geeignete Verwaltungsorganisation in zumutbaren Grenzen gehalten werden können.

Zu Unrecht meint die Antragstellerin, der wirtschaftlichen Betätigung des Antragsgegners stehe auch die Schranke des § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW entgegen, weil der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen besser oder wirtschaftlicher erfüllt werden könne. Maßstab dafür ist ein Vergleich der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung mit einer auf denselben Leistungsgegenstand gerichteten Tätigkeit anderer Unternehmen. Hier ist aber eine Vermietungstätigkeit durch andere als den Antragsgegner nicht in der Lage, den öffentlichen Zweck der Erleichterung der Schilderbeschaffung für den Bürger besser oder wirtschaftlicher zu erfüllen. Andere verfügen nicht über so günstig gelegene Gewerbeflächen.

Auch aus grundrechtlichen Gesichtspunkten ergibt sich der geltend gemachte Anordnungsanspruch nicht. Die Grundrechte gewähren grundsätzlich kein Recht zur Abwehr wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand, insbesondere keinen Konkurrenzschutz. Ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff liegt erst da vor, wo private Konkurrenz, hier durch Vermietung von Gewerbeflächen, unmöglich oder unzumutbar gemacht oder eine Monopolstellung der öffentlichen Hand erreicht wird. Dafür liegen hier jedenfalls nach den im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes anzulegenden summarischen Maßstäben keine hinreichenden Erkenntnisse vor. Die Antragstellerin hat auch nur behauptet, dass in Folge der Vermietungstätigkeit des Antragsgegners eine Vermietung von Gewerbeflächen gerade an Schilderträger unmöglich werde. Darauf kommt es wegen der oben beschriebenen Abgrenzung der marktrelevanten Tätigkeit nicht an.

Eine erstrebte Beseitigung einer Drittbegünstigung durch Vermietung der Räumlichkeiten im Kreisverwaltungsgebäude an Konkurrenten der Antragstellerin kann allerdings bei einem mittelbaren Grundrechtseingriff aus den grundrechtlichen Abwehrrechten verlangt werden. Ein solcher unzulässiger mittelbarer Grundrechtseingriff liegt hier jedoch nicht vor. Das gilt zum einen von vornherein für die Schutzgüter des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs als Eigentum im Sinne des Art 14 GG und zum anderen für die Berufsfreiheit des Art. 12 GG, denn beide Grundrechte schützen nicht vor der Beeinträchtigung der Wettbewerbschancen durch Begünstigung eines Konkurrenten. Verletzt werden kann durch eine solche Beeinträchtigung allenfalls die grundrechtlich geschützte Wettbewerbsfreiheit. Eine Verletzung liegt jedoch erst vor, wenn die schutzwürdigen Interessen des Benachteiligten willkürlich vernachlässigt werden, wenn durch die einseitige Subventionierung eines Konkurrenten die Wettbewerbslage verzerrt und die wirtschaftliche Stellung des nicht begünstigten Unternehmers in unerträglichem Maße und unzumutbar geschädigt wird.

Vgl. dazu im Einzelnen OVG NRW, Beschluss vom 13. August 2003 - 15 B 1137/03 -, NWVBl. 2003, 462 (466) m.w.N.

Das ist hier schon deshalb nicht der Fall, weil die Vermietung im Wege der öffentlichen Ausschreibung gegen Höchstgebot erfolgt, an der sich auch die Antragstellerin beteiligen kann.

Eine grundrechtlich relevante Verletzung der Wettbewerbsfreiheit ist auch nicht darin zu sehen, dass der Antragsgegner überhaupt einem Wettbewerber die Möglichkeit eröffnet, in unmittelbarer Nähe zur Zulassungsstelle im Kreisverwaltungsgebäude seine Leistungen anzubieten. Die allgemeine Sensibilität des Schilderprägergewerbes im Hinblick auf die Nähe zur Zulassungsstelle ist eine Eigenschaft dieses Gewerbes, die alleine eine Vermietung von Räumlichkeiten in der Nähe der Zulassungsstelle noch nicht als Verletzung der Wettbewerbsfreiheit qualifiziert. Die Wettbewerbsfreiheit ist hier allein deshalb tangiert, weil nicht eine bloß räumlich günstige Immobilie angeboten wird, wie es etwa für ein dem Kreisverwaltungsgebäude benachbartes Grundstück der Fall wäre, sondern darüber hinaus gerade die Vermietung im Verwaltungsgebäude und damit gewissermaßen das Angebot der Zulassung und Schilderbeschaffung in einem Vorgang in Rede steht. Dies stellt aber aus denselben Gründen, aus denen eine zulässige wirtschaftliche Betätigung anzunehmen ist, keine Verletzung der Wettbewerbsfreiheit dar: Ein im Verhältnis zum verfolgten öffentlichen Zweck angemessener Markteingriff vernachlässigt weder willkürlich die schutzwürdigen Interessen des Benachteiligten noch verzerrt er durch einseitige Subventionierung eines Konkurrenten die Wettbewerbslage oder schädigt in unerträglichem Maße oder unzumutbar die wirtschaftliche Stellung des nicht begünstigten Unternehmers. Das gilt auch vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin auf mittlere Sicht die Vernichtung ihrer Existenz bei Aufnahme des Geschäftsbetriebs durch Konkurrenten im Kreisverwaltungsgebäude behauptet. Das wäre Folge des Umstandes, dass sie die Nachfrage des Marktes - trotz der zumutbaren Möglichkeit für die Antragstellerin, konkurrierende Angebote zu unterbreiten, - nicht im gleichen Maße wie die privaten Konkurrenten im Kreisverwaltungsgebäude befriedigt hätte. Die Grundrechte garantieren nicht den Bestand eines Betriebes im Wettbewerb.

Schließlich erzwingen auch gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) zu prüfende Unterlassungsansprüche aus §§ 33 Satz 1, 20 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) oder aus § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) nicht den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung: Nach der oben genannten zivilrechtlichen Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, stellt die Vermietung von Räumlichkeiten im Kreisverwaltungsgebäude an Schilderpräger unter den hier obwaltenden und vom Verwaltungsgericht angeordneten Umständen weder eine unbillige Behinderung noch eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung noch ein gegen die guten Sitten verstoßendes Wettbewerbsverhalten dar. Die Antragstellerin macht auch, wie sie im Schriftsatz vom 15. September 2004 deutlich gemacht hat, in erster Linie vermeintlich weiter als das Wettbewerbsrecht des Bundes gehende Schranken des Gemeindewirtschaftsrechts geltend.

Beschluss des Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen

15. Senat vom 21.09.2004

15 B 1709/04

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO . Die Streitwertentscheidung beruht auf §§ 47 Abs. 1 , 52 Abs. 1 , 53 Abs. 3 Nr. 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Maßgebend ist danach die sich nach dem Antrag der Antragstellerin für sie ergebende Bedeutung der Sache. Da die Antragstellerin die Vernichtung ihres Gewerbebetriebes auf mittlere Sicht geltend macht, erscheint es sachgerecht, den für die Untersagung eines ausgeübten Gewerbes anzusetzenden Mindestbetrages von 10. 000 Euro anzusetzen,

vgl. Nr. 14.2.1 des Streitwertkataloges der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1996, 605 (608),

und diesen wegen der Vorläufigkeit der Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu halbieren.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Beschluss des VG Aachen 4. Kammer vom 20.07.2004

4 L 113/04

Normen: § 107 S 1 GemO NW, § 53 LKreisO NW, § 26 Abs 2 GWB, § 40 Abs 1 VwGO

Überlassung von Räumen im Kreishaus an privaten Schilderträger

Orientierungssatz

1)Für ein Verfahren auf Überlassung von im Kreishaus gelegenen Räumen an einen privaten Schilderträger ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

2) Zu den Voraussetzungen für die Überlassung öffentlicher Räume an einen privaten Schilderträger

Verfahrensgang

nachgehend Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 15. Senat, 21. September 2004, Az: 15 B 1709/04, Beschluß

Tenor

Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, Räume im Gebäude des Kreishauses, K. S. , F. zum Zwecke der Herstellung und des Vertriebes von Kfz-Kennzeichen entgeltlich oder unentgeltlich an Dritte zu überlassen, ohne der Antrags-

tellerin für den Fall, dass sie nicht im Kreishaus als Betrieb vertreten sein wird, die Möglichkeit einzuräumen, in angemessener Weise für ihre Lage, ihre Angebote und ihre Konditionen im Zusammenhang mit der Prägung von Kfz-Kennzeichen zu werben.

Der weitergehende Antrag wird abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragstellerin zu 2/3 und der Antragsgegner zu 1/3.

Gründe

I.

Die Antragstellerin wendet sich gegen die Absicht des Antragsgegners, im Gebäude des Kreishauses, in dem auch die Kfz-Zulassungsstelle untergebracht ist, Räume privaten Schilderträgern zu überlassen.

Die Antragstellerin betreibt in F. eine Prägestelle für Kfz-Schilder. Ihr Geschäftslokal liegt ungefähr 120 Meter von der Zulassungsstelle entfernt. Der Betrieb eines weiteren Schilderträgers in F. in der R. Straße liegt etwa einen Kilometer oder mehr von der Zulassungsstelle entfernt.

Im Laufe des Jahres 2003 gestaltete der Antragsgegner zwei Räume in seinem Verwaltungsgebäude in unmittelbarer Nähe der Kfz-Zulassungsstelle in der Absicht um, diese künftig an Kfz-Schilderprägeunternehmen zu vermieten. Ende 2003 wandte sich die Antragstellerin, nachdem sie von dessen Absicht erfahren hatte, an den Antragsgegner. Unter Hinweis auf § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB erklärte die Antragstellerin, dass der Antragsgegner in einen funktionierenden Markt eingreife. Der Eingriff werde höhere Preise zur Folge haben.

Mit Anwaltsschriftsatz vom 26. Januar 2004 erklärte die Antragstellerin, die beabsichtigte Vermietung stelle eine unbillige Behinderung im Sinne des § 20 GWB dar und verstoße gegen § 107 der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen (GO NW) in Verbindung mit § 53 Absatz 1 der Kreisordnung Nordrhein-Westfalen (KrO NW). Zudem werde sie in ihren Grundrechten aus Art. 12 und 14 des Grundgesetzes (GG) verletzt. Die Antragstellerin setzte dem Antragsgegner eine Frist bis zum 30. Januar 2004, um verbindlich zu erklären, dass die Vermietung unterbleiben werde.

Am 4. Februar 2004 hat die Antragstellerin bei Gericht um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht und ausgeführt, sie wende sich gegen einen ihre Interessen verletzenden Verstoß des Antragsgegners gegen das Verbot wirtschaftlicher Betätigung aus § 107 Absatz 1 Satz 1 GO NW, § 53 Absatz 1 KrO NW. Ihr stünden auch Ansprüche aus § 33 GWB in Verbin-

dung mit § 20 GWB sowie aus § 1 UWG zu, über die das Verwaltungsgericht gemäß § 17 GVG ebenfalls zu entscheiden habe. Für einen Satz Schilder bezahle der Privatkunde bei ihr derzeit 23,-€. Im benachbarten Kreis E. betrage der Preis derzeit 31,-€. Der Durchschnitt in NRW belaufe sich auf 28,-€. Es entspreche der Lebenserfahrung, dass ein außerhalb der Zulassungsstelle gelegener Anbieter von Kfz-Schildern gegenüber einem Mitbewerber innerhalb der Zulassungsstelle so erhebliche Nachteile habe, dass er seinen Betrieb nicht mehr rentabel weiterführen könne. Aus diesem Umstand sei in zahlreichen höchstrichterlichen Entscheidungen die überragende Marktstellung eines Schilderprägers innerhalb der Zulassungsstelle angenommen worden. Die beabsichtigte Vermietung sei daher für die Antragstellerin existenzbedrohend. Ein öffentlicher Zweck im Sinne von § 107 GO NW, § 53 Absatz 1 KrO NW sei nicht ersichtlich. An dem Ausschreibungsverfahren könne sie sich zwar beteiligen, ein Zuschlag zu ihren Gunsten sei aber nahezu ausgeschlossen, da sich an der Ausschreibung zahlreiche, zum Teil bundesweit operierende Großunternehmen beteiligen würden, die in der Lage seien, eine Prägestelle auch über einen längeren Zeitraum defizitär zu betreiben. Sie könnten daher bis zu einer Verdrängung des Marktes außerhalb des Kreishauses vergleichsweise niedrige Preise anbieten. In Ingolstadt habe der dortige Landkreis den Betrieb einer Prägestelle im Gebäude des Landratsamtes ausgeschrieben. Den Zuschlag habe ein Bieter erhalten, der dem Kreis eine Umsatzbeteiligung von 65 % geboten habe. Zahlreiche weitere Gebote hätten zwischen 55 und 65 % gelegen. Der Bieter habe, um rentabel arbeiten zu können, den Preis für einen Schildersatz von früher 29,-€ auf 58,40 € erhöhen müssen. Der dortige Kreis habe letztlich rund 77 % des Nettoverkaufspreises erhalten. Es sei offensichtlich, dass auch der Antragsgegner ausschließlich fiskalische Interessen verfolge.

Die Antragstellerin beantragt,

es dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung – bis zu einer Entscheidung in einem noch zu eröffnenden Hauptsacheverfahren – zu untersagen, Räume im Gebäude des Kreishauses, K. S. , F. zum Zwecke der Herstellung und des Vertriebes von Kfz-Kennzeichen entgeltlich oder unentgeltlich an Dritte zu überlassen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Er führt aus, dass er zur Zeit den Hauptsitz seiner Verwaltung durch einen Anbau erweitere. Im Zuge dessen werde auch die Zulassungsstelle umgestaltet. In unmittelbarer Nähe des Straßenverkehrsamtes befänden sich zwei Räume von circa 35 bzw. 40 qm Größe. Er beabsichtige, diese Räume an zwei verschiedene Schilderpräger im Wege einer öffentlichen Ausschreibung für vier Jahre zu vermieten. Einziges Zuschlagkriterium sei die Höhe der gebotenen Bruttoumsatzbeteiligung. Der Mindestmietpreis betrage 2.200,-€ pro Raum. Die Antragstellerin sei derzeit im Umkreis von einem Kilometer der einzige Anbieter für Kfz-Kennzeichen. Mit der beabsichtigten Vermietung betreibe er, der Antragsgegner, kein Unternehmen. Es handele sich vielmehr um ein Nebengeschäft, das nicht den

Schranken des § 107 Absatz 1 Satz 1 GO NW, § 53 Absatz 1 KrO NW unterworfen sei. Die Vermietung stehe mit der hoheitlichen Krafffahrzeugzulassung und Kennzeichenzuteilung in einem engen Zusammenhang und sei daher dem hoheitlichen Zweck als Hilfstätigkeit im Sinne von § 107 Absatz 2 Nr. 5 GO NW, § 53 Absatz 1 KrO NW unterzuordnen. Durch die Vermietung von Räumen zur Herstellung von Kfz-Kennzeichen in unmittelbarer Nähe des Straßenverkehrsamtes werde die Beschaffung für die Bürger erleichtert und das behördliche Verfahren beschleunigt. Unabhängig hiervon erfordere auch ein öffentlicher Zweck die Betätigung. Er verfolge vornehmlich das Ziel, den Bürgern den Vorgang des Zulassens eines KFZ durch die unmittelbare Nähe von Kennzeichenprägnern zur Zulassungsstelle zu erleichtern. Die beabsichtigte Vermietung verstoße auch nicht gegen §§ 30 , 20 GWB . Der Antragstellerin stehe es frei, sich an der Ausschreibung zu beteiligen. Der Standortvorteil der Wettbewerber im Kreishaus werde durch die höhere Miete ausgeglichen.

Während des laufenden Eilverfahrens hat der Antragsgegner beim Bürgermeister der Stadt F. wegen der geplanten Änderung der Nutzung von Räumlichkeiten im Kreishaus eine Baugenehmigung beantragt, die mit Bescheid vom 14. Mai 2004 erteilt worden ist.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte sowie den beigezogenen Verwaltungsvorgang des Antragsgegners Bezug genommen.

II.

Der Antrag ist zulässig.

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist gemäß § 40 Absatz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung eröffnet. Nach dieser Vorschrift ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind.

Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ist, richtet sich, wenn – wie hier – eine ausdrückliche gesetzliche Rechtswegzuweisung fehlt, nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der im Rechtsstreit geltend gemachte Anspruch abgeleitet wird, vgl. OVG NW, Beschluss vom 25. Mai 2004 – 21 E 62/04 -; BVerwG, Urteil vom 6. November 1986 – 3 C 72.84 – BVerwGE 75, 109 ; Diefenbach, Zur Konkurrentenklage gegen unzulässige kommunale Wirtschaftstätigkeit, Wirtschaft und Verwaltung 2003, 115.

Öffentlich-rechtlich sind danach Streitigkeiten, wenn sie sich als Folge eines Sachverhaltes darstellen, der nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist. Der Charakter des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses bemisst sich nach dem erkennbaren Ziel des Rechtsschutzbegehrens und den vom Antragsteller zu dessen Begründung vorgetragene Behauptungen tatsächlicher Art. Maßgeblich ist allein die wirkliche Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses, nicht dagegen die rechtliche Qualifizierung des geltend gemachten Anspruches durch den Antragsteller selbst,

vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Mai 1994 – 5 C 33.91 – BVerwGE 96, 71 -.

Wesentliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Verwaltungsgerichten ist damit, dass die für das Rechtsschutzbegehren in Betracht kommende Anspruchsgrundlage dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt.

Das Begehren der Antragstellerin ist auf einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch gerichtet. Der Antragsgegner soll die Überlassung von im Kreishaus belegenen Räumen an Kfz-Schilderträger unterlassen. Dieser Anspruch ist öffentlich-rechtlich, weil die Antragstellerin einen Eingriff in ihre subjektiven Rechte durch die wirtschaftliche Betätigung des Antragsgegners rügt, dessen Zulässigkeit unter anderem durch § 107 GO NW, § 53 Absatz 1 KrO NW geregelt wird,

vgl. OVG NW, Beschluss vom 13. August 2003 – 15 B 1137/03 -NWVBI 2003, 462 -466.

Dass sich der Rechtsstreit auch am Maßstab der von der Antragstellerin wohl nachrangig angeführten zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen (§ 33 GWB in Verbindung mit § 20 GWB sowie aus § 1 UWG) beurteilen lässt, steht der Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nicht entgegen. Unabhängig von der Frage, ob in einem Verstoß gegen § 107 Absatz 1 GO NW, § 53 Absatz 1 KrO NW immer zugleich ein Verstoß gegen die vorgenannten zivilrechtlichen Vorschriften zu sehen ist,

vgl. verneinend OVG NW, Beschluss vom 13. August 2003, a.a.O.; bejahend Diefenbach, a.a.O., S. 127.

hat der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 17 Absatz 2 Satz 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes hingenommen, dass einem Kläger oder Antragsteller bei einem einheitlichen Lebenssachverhalt und einem etwaigen Anspruch, der sich sowohl nach öffentlich-rechtlichen als auch nach privatrechtlichen Vorschriften bemessen lässt, eine Wahlmöglichkeit zukommt, welchen Rechtsweg er beschreitet,

vgl. Diefenbach, a.a.O., S. 127.

Das Gericht ist für eine Entscheidung über den Rechtsstreit grundsätzlich umfassend zuständig, sofern es – wie hier – auch nur für eine normative Grundlage des geltend gemachten Anspruchs zuständig ist,

vgl. BVerwG, Beschluss vom 21. März 1995 – 1 B 211/94 – NJW 1995, 2938 .

Richtiger Antragsgegner ist der Kreis F. , vertreten durch den Landrat, da die Antragstellerin vom Antragsgegner in einem noch zu betreibenden Hauptsacheverfahren weder den Erlass eines Verwaltungsaktes begehren noch einen Verwaltungsakt anfechten würde,

vgl. zur Korrektur von Amts wegen: Schoch / Schmidt-Abmann / Pietzner-Meissner, VwGO-Kommentar, § 78 Rz. 57 m.w.N..

Die Antragstellerin ist entsprechend § 42 Absatz 2 VwGO antragsbefugt, weil es zumindest als möglich erscheint, dass sie in ihren durch § 107 Absatz 1 GO NW, § 53 Absatz 1 KrO NW geschützten Rechten beeinträchtigt wird.

Der Antragstellerin fehlt es auch im Hinblick auf etwaige zivilprozessuale Vorgehensmöglichkeiten nicht am erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis. Zwar kann letzteres entfallen, wenn der bei den Verwaltungsgerichten Rechtsschutzsuchende einfacher und/oder effektiver auf dem Zivilrechtsweg vorgehen könnte,

vgl. OVG NW, Beschluss vom 8. Februar 1995 – 20 B 73/95 – NVwZ-RR 1996, 182 ,.

aber dafür, dass dies vorliegend der Fall wäre, fehlen jegliche Anhaltspunkte.

Der Antrag ist teilweise begründet. Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Voraussetzung ist, dass ein Anordnungsgrund (mithin die Eilbedürftigkeit der begehrten vorläufigen Sicherung) sowie ein Anordnungsanspruch (also ein subjektives öffentliches Recht des Antragstellers, dessen Durchsetzung -erst - im Hauptsacheverfahren gefährdet ist) durch den Antragsteller dargelegt und glaubhaft gemacht ist (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 1 , 2 , 294 ZPO).

Diese beiden Voraussetzungen sind nach Maßgabe der folgenden Ausführungen erfüllt.

Der Antragstellerin kann ein Abwarten auf die Entscheidung in einem noch durchzuführenden Hauptsacheverfahren nicht zugemutet werden. Die ohne Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung drohenden Nachteile können die Antragstellerin in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährden. Mit der Ausschreibung und der Vergabe der Räume in unmittelbarer Nähe der Kfz-Zulassungsstelle an Konkurrenten der Antragstellerin würde die Wettbewerbslage zu ihren Lasten erheblich verändert.

Die Antragstellerin hat die tatsächlichen Voraussetzungen eines Anordnungsanspruches glaubhaft gemacht. Allerdings steht ihr der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht vollumfänglich zu. Die Antragstellerin kann nur eingeschränkt eine Unterlassung beanspruchen. Das beabsichtigte Handeln des Antragsgegners verstößt in der gegenwärtig geplanten Form gegen § 107 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 GO NW, § 53 Absatz 1 KrO NW, der auch subjektive Rechte der Antragstellerin schützt.

§ 107 Absatz 1 Nr. 1 GO NW begründet subjektive Rechte der durch die Betätigung betroffenen privaten Unternehmen. Die Norm erschöpft sich nicht darin, die Gemeinden vor den Gefahren wirtschaftlicher Betätigung zu schützen,

vgl. grundlegend: OVG NW, Beschluss vom 13. August 2003 – 15 B 1137/03 - NWVBI 2003, 462 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

Die Antragstellerin gehört zum geschützten Personenkreis, weil sie in F. derselben wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht, wie die Betriebe, deren Ansiedlung der Antragsgegner durch Vermietung von Räumen im Kreishaus erreichen will.

Die beabsichtigte Vermietung von Räumen im Kreishaus an Schilderpräger – auf diese ist mangels übergeordneter wirtschaftlicher Haupttätigkeit als eigenständiger Unternehmensgegenstand abzustellen -stellt keine zulässige wirtschaftliche Betätigung im Sinne von § 107 Absatz 1 Satz 1 GO NW dar. Zwar fehlt es nicht an öffentlichen Zwecken für die beabsichtigte Betätigung des Antragsgegners. Diese öffentliche Zwecke erfordern jedoch im Sinne von § 107 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 GO NW nicht die vom Antragsgegner ins Auge gefasste konkrete Form der Überlassung.

Gegen die Anwendbarkeit des § 107 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 GO NW bestehen keine Bedenken; sie ist – entgegen der Auffassung des Antragsgegners – auch nicht durch § 107 Absatz 2 Nr. 5 GO NW ausgeschlossen. Bei der Vermietung der Räume handelt es sich nicht um eine Einrichtung, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs des Antragsgegners dient, wie es § 107 Absatz 2 Nr. 5 GO NW voraussetzt,

vgl. Meyer, Kommunalwirtschaftsrecht und kommunale Handwerkstätigkeiten, Wirtschaft und Verwaltung 2003, 57, 84ff,

denn die Vermietung von Räumen an Unternehmen, die ihrerseits Kfz-Schilder an Private verkaufen sollen, ist ersichtlich auf die Deckung des Bedarfs von Bürgern ausgerichtet.

Auch der Gesichtspunkt der so genannten Annexstätigkeit,

vgl. Rehn / Cronauge, Gemeindeordnung-Kommentar, § 107, Anm. 6,

führt zu keinem anderen Ergebnis. Angesichts des klaren Wortlauts der Regelungen des § 107 Absatz 2 GO NW ist bereits zweifelhaft, ob - letztlich aus Gründen der Verwaltungsökonomie -weitere im Gesetz nicht geregelte Ausnahmen zulässigerweise angenommen werden können. Dies kann jedoch dahinstehen, da der Antragsgegner im vorliegenden Fall keineswegs die beabsichtigte Fremdbedarfsdeckung nur "bei Gelegenheit" der eigentlichen, bislang wahrgenommenen Aufgabenverwirklichung unter Ausschöpfung vorhandener, sonst brachliegender Kapazitäten betreiben will. Vielmehr hat der Antragsgegner durch die entsprechende bauliche Umgestaltung der Räume in unmittelbarer Nähe der Zulassungsstelle erst die Vermietungskapazitäten geschaffen. Sein Handeln bezweckt also gerade nicht die bessere Auslastung vorhandener Kapazitäten, sondern die Schaffung neuer Kapazitäten zum Zwecke der Aufnahme wirtschaftlicher Betätigung.

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. April 1974,

vgl. BGH, Urteil vom 26. April 1974 – 1 ZR 8/73 – DÖV 1974, 785 mit Anm. Püttner,

steht dem nicht entgegen. Unabhängig davon, dass über die wirtschaftliche Betätigung eines Kreises in Niedersachsen zu entscheiden war, hat der Bundesgerichtshof den Verkauf von Kfz-Schildern durch den Landkreis nur wettbewerbsrechtlich für zulässig erklärt. Im Übrigen ist die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Unterordnung des Verkaufs unter den öffentlichen Zweck der Vereinfachung und Beschleunigung des behördlichen Verfahrens im Rahmen von § 107 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 GO NW und nicht bei § 107 Absatz 2 Nr. 5 GO NW zu berücksichtigen.

Ein öffentlicher Zweck im Sinne des § 107 Absatz 1 Nr. 1 GO NW ist gegeben.

Der Begriff des öffentlichen Zwecks umfasst jedweden im Aufgabenbereich der Gemeinde liegenden Gemeinwohlbelang und schließt lediglich die Gewinnerwirtschaftung als öffentlichen Zweck aus,

vgl. OVG NW, Beschluss vom 13. August 2003, a.a.O. m. w. N.

Dem Antragsgegner kommt bei der Entscheidung, ob sein Handeln durch einen öffentlichen Zweck gefordert wird, ein Beurteilungsspielraum zu, der nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist. Denn worin eine Kommune eine Förderung des allgemeinen Wohls erblickt, ist hauptsächlich den Anschauungen und Entschlüssen ihrer maßgebenden Organe überlassen und hängt von den örtlichen Verhältnissen, finanziellen Möglichkeiten der Kommune, Bedürfnissen der Einwohnerschaft und anderen Faktoren ab. Es handelt sich um eine Frage sachgerechter Kommunalpolitik, die in starkem Maße von Zweckmäßigkeitsüberlegungen bestimmt wird,

vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972 – 1 C 24.69 – BVerwGE 39, 329 ; Rehn / Cronauge, Gemeindeordnung, § 107 Anm. III 2; Held / Becker, Kommunalverfassungsrecht, § 107 GO, Anm. 5; Articus / Schneider, Gemeindeordnung NRW, § 107 Anm. 3.

Der Antragsgegner verfolgt mit der beabsichtigten Vermietung der Räume nach eigenen Angaben den Zweck, den Bürgern den Vorgang des Zulassens eines Kraftfahrzeuges zu erleichtern und zugleich das behördliche Verfahren zu beschleunigen. Gründe dafür, dass mit diesen Zielsetzungen keine öffentlichen Zwecke verfolgt werden könnten, sind nicht ersichtlich. Die beabsichtigte Vermietung von Räumen in unmittelbarer Nähe der Zulassungsstelle ist auch grundsätzlich geeignet, diesem Zweck zu dienen.

Die weitere in § 107 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 GO NW für eine wirtschaftliche Betätigung einer Kommune genannte Voraussetzung, dass der verfolgte öffentliche Zweck die konkret wirtschaftliche Betätigung erfordert, ist hingegen nicht erfüllt. Die Vermietung in der beabsichtigten Art und Weise wird durch die vorstehend genannten öffentlichen Zwecke nicht erfordert. Erfordern bedeutet zwar nicht, dass für den öffentlichen Zweck die wirtschaftliche Betätigung unausweichlich ist. Es reicht vielmehr aus, dass die wirtschaftliche Betätigung für

den öffentlichen Zweck objektiv erforderlich im Sinne von vernünftigerweise geboten ist. Der durch die wirtschaftliche Betätigung bewirkte Eingriff muss in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten öffentlichen Zweck stehen. Je schwerer der Eingriff ist, desto dringlicher von der Art des öffentlichen Zwecks oder von der Gebotenheit im Rahmen des Erfordernisses muss die wirtschaftliche Betätigung sein,

vgl. OVG NW, Beschluss vom 13. August 2003, a.a.O. m. w. N.

Mit der Vermietung von Räumen im Kreishaus in unmittelbarer Nähe der Zulassungsstelle an Schilderpräger greift der Antragsgegner in schwerwiegender Weise in den lokalen Markt ein und ermöglicht den den Zuschlag erhaltenden Unternehmen eine potentiell marktbeherrschende Position,

vgl. BGH, Urteil vom 8. April 2003 – KZR 39/99 – NJW 2003, 2684 ; Urteil vom 24. September 2002 – KZR 4/01 – NJW 2003, 752 ; Urteil vom 14. Juli 1998 – KZR 1/97 – NJW 1998, 3778 .

Diesem sich aus dem Standort ergebenden Vorteil hat der Antragsgegner potentiell dadurch abgeschwächt, dass in der Ausschreibung zum alleinigen Zuschlagskriterium das höchste prozentuale Umsatzbeteiligungsgebot bestimmt werden soll, und so dem erheblichen Standortvorteil ein erheblicher Kostennachteil gegenüber stehen wird.

vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGH, Urteil vom 14. Juli 1998, a.a.O.

Diese ausgleichende Wirkung kann aber nur dann zum Tragen kommen, wenn den nicht im Kreishaus angesiedelten Konkurrenzunternehmen – also ggf. auch der Antragstellerin – an geeigneter Stelle in unmittelbarer Nähe zur Zulassungsstelle eine angemessene Möglichkeit eingeräumt wird, auf ihre Angebote und ihre Konditionen hinzuweisen.

vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGH, Urteil vom 14. Juli 1998, und Urteil vom 26. April 1974 – 1 ZR 8/73

Dies sieht die Ausschreibung des Antragsgegners jedoch nicht vor, obwohl der Antragsgegner ohne eine entsprechende Klausel nach Erteilung des Zuschlags zivilrechtlich gehindert sein könnte, derartige Werbung im Kreishaus noch zuzulassen,

vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. Juli 2001 --24 U 174/00 – ZMR 2002, 38 ; BGH, Urteil vom 24. Januar 1979 – 8 ZR 56/78 – NJW 1979, 1404 .

Der Antragsgegner hat daher bereits im Rahmen der Ausschreibung und der sich anschließenden Miet- oder Pachtverträge auf seine Verpflichtung hinzuweisen, etwaigen Konkurrenzunternehmen, die nicht im Kreishaus angesiedelt sind, in unmittelbarer Nähe der Zulassungsstelle die Möglichkeit einzuräumen, in geeigneter Weise für ihre Angebote und ihre Konditionen bei der Prägung von Kfz-Kennzeichen zu werben.

Der geltend gemachte weitergehende Anspruch auf völlige Unterlassung des Überlassens im Kreishaus an Schilderträger besteht jedoch nicht. Mit der Regelung des Zuschlags an denjenigen, der die höchste Umsatzbeteiligungsquote bietet und der Werbemöglichkeit für die nicht im Kreishaus ansässigen Unternehmen ist der Markteingriff auf ein vertretbares Mass abgemildert worden.

Der geltend gemachte weitergehende Anspruch auf völlige Unterlassung des Überlassens von Räumen kann auch nicht mit Erfolg auf § 20 Absatz 1 GWB oder § 1 UWG gestützt werden. Insoweit ist in der Zivilrechtsprechung geklärt, dass eine Kommune wettbewerbs- und kartellrechtlich nicht gehindert ist, in unmittelbarer Nähe der Zulassungsstelle Räume an Schilderträger zu vermieten, wenn die Ausschreibung grundsätzlich allen Unternehmen offen steht, die Ausschreibung in regelmäßigen Zeitabständen wiederholt wird und den Konkurrenzunternehmen ausreichende Werbemöglichkeiten in oder in unmittelbarer Nähe der Zulassungsstelle eingeräumt werden,

vgl. BGH, Urteile vom 8. April 2003, vom 24. September 2002, vom 14. Juli 1998 und vom 26. April 1974, jeweils a.a.O.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. Januar 2000 – U (Kart) 6/99 – NJWE-WettbR 2000, 174 .

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Absatz 1 , 155 Absatz 1 VwGO .

Urteil des OLG Düsseldorf Kartellsenat vom 21.04.2004

VI-U (Kart) 28/03

Verfahrensgang

nachgehend BGH Kartellsenat, 8. November 2005, Az: KZR 21/04, Urteil

Tenor

I. Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

II. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 40.000 Euro abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Beschwer der Beklagten und der Streitwert für das Berufungsverfahren werden auf 35.000 EUR festgesetzt.

Tatbestand

I. Die Klägerin produziert und vertreibt bundesweit Kfz-Kennzeichen. Die beklagte Stadt ist Trägerin der für ihr Stadtgebiet zuständigen Kfz-Zulassungsstelle, die in ihrem Bürgeramt/ "Dienstleistungszentrum" untergebracht ist. Nach einer Ausschreibung vermietete sie zwei Ladenlokale der Vorhalle an Schilderprägerunternehmen. Die Klägerin fand keine Berücksichtigung; sie betreibt ihr Geschäft etwa 200 m entfernt.

In ihrem Standort sieht die Klägerin einen Wettbewerbsnachteil gegenüber den im Dienstleistungszentrum ansässigen Konkurrenten, von denen einer sein Geschäft inzwischen eingestellt hat. Gestützt auf kartellrechtliche Ansprüche hat die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, ihr, der Klägerin, zu gestatten, an geeigneter Stelle in der im Bürgeramt betriebenen Kfz-Zulassungsstelle ein Hinweisschild in einer Größe von mindestens 0,5 m² anzubringen, welches den Text

"Sparen Sie beim Schilderverkauf ! Autoschilder schnell + preiswert.

Kroschke, Friedenplatz 8 ,

Außerhalb des Stadthauses",

sowie konkrete Preisangaben für Schildersätze enthält.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, dass der Klägerin kein Standortnachteil erwachse. Auf das Urteil des Senats vom 21.11.2001 (U Kart 1/01) könne sich die Klägerin nicht berufen, weil dort ein wesentlich anderer Sachverhalt zugrunde gelegen habe.

Das Landgericht hat der Klage entsprochen.

Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens beantragt sie,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze verwiesen.

Entscheidungsgründe:

II. Die Berufung der Beklagten ist zulässig, jedoch unbegründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht den Klageanspruch gemäß den §§ 33 S. 1 , 20 Abs. 1 , 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB bejaht. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt keine andere Beurteilung:

Der relevante Markt betrifft in sachlicher Hinsicht den Angebotsmarkt von Gewerbeflächen für Schilderträger, die den bei den Besuchern einer Kfz-Zulassungsstelle entstehenden

Bedarf an Kennzeichen decken möchten. In räumlicher Hinsicht ist für die Marktabgrenzung auf das Gebäude der Zulassungsstelle sowie die in seiner unmittelbaren Nachbarschaft angebotenen Gewerbeflächen abzustellen. Auf dem so umschriebenen Markt, der sich aus dem Vorteil ableitet, den der Standort dem jeweiligen Schilderpräger vermittelt und der sich in den höheren Mietzinsbeträgen, den die Beklagte verlangen kann, wieder spiegelt, verfügt die Beklagte über eine überragende Marktstellung (vgl. hierzu grundsätzlich: BGH NJW 1998, 3779 - Schilderpräger im Landratsamt; Senat, Urteil vom 21.11.2001, U (Kart) 1/01). Ohne Erfolg wendet die Beklagte ein, die vermieteten Schilderprägestellen seien nicht in demselben Gebäude oder Gebäudekomplex wie die Zulassungsstelle untergebracht. Denn bereits die unmittelbare Nachbarschaft zur Zulassungsstelle der Beklagten macht den geldwerten Standortvorteil aus. Unerheblich ist insoweit, dass es in der Vorhalle ("Berswordt-Halle") zur Zulassungsstelle noch andere Geschäfte gibt. Die Behauptung der Beklagten, Besucher der Halle würden die Schilderpräger aufgrund der örtlichen Konstellation nur zufällig wahrnehmen, trifft nicht zu. Die 1800 m² große B.-Halle ist zwar weitläufig, aber insgesamt übersichtlich. Die Entfernungen sind überschaubar und die Geschäftslokale der Schilderpräger entsprechend gut zu erkennen. Das Vorhandensein mehrerer Zugänge zum Gebäudekomplex steht dem Standortvorteil ebenfalls nicht entgegen. Wer die Zulassungsstelle über den Eingang "A. Südwall" betritt, wird neben den anderen Geschäften in der Halle auch einen Schilderpräger vermuten und sich danach suchend umschauchen. Bei Benutzung der beiden Halleneingänge sind die Schilderprägerläden ohnehin leicht erkennbar. Auch Besucher, die in früherer Zeit einmal ein Fahrzeug angemeldet haben und die heutige Situation in der Halle nicht kennen, werden hier einen Schilderpräger erwarten und danach Ausschau halten. Nichts anderes gilt für potentielle Kunden, die ihr Kfz-Kennzeichen fernmündlich oder per Internet bei der Beklagten reserviert haben. Sofern nicht in ihrer häuslichen Nähe ein Schilderpräger ansässig ist, werden sie einen solchen ebenfalls in Vorhalle vermuten, wo schon ein reger Geschäftsverkehr herrscht. Damit bleibt es insgesamt bei dem deutlichen Lagevorteil, den die Beklagte als Marktbeherrscherin durch die Vermietung von Ladenlokalen in der B.-Halle einzelnen Schilderprägern gewährt und den die Klägerin nur durch niedrigere Preise ausgleichen kann. Hierzu muss ihr durch ein Hinweisschild Gelegenheit gegeben werden. Allein die Tatsache, dass sie eine geringere Raummiete zahlt als in der Berswordt-Halle ansässige Schilderpräger, reicht als wettbewerblicher Vorteilsausgleich nicht aus. Entgegen der Ansicht der Beklagten wird der Klägerin mit dem Hinweisschild nicht mehr gewährt als zur Herstellung eines funktionierenden Wettbewerbes notwendig ist. Ein exklusives Werbe-recht in der Zulassungsstelle beansprucht die Klägerin nicht. Keineswegs alle Besucher werden einen Preisvergleich machen oder sich der Mühe unterziehen, das weiter entfernt liegende Geschäft der Klägerin aufzusuchen. Ein in der B.-Halle im begehrten Format aufgestelltes Schild würde indes vom Publikum leicht übersehen. Die Interessenabwägung fällt mithin zu Lasten der Beklagten aus. Dabei braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob der Wortlaut des in Rede stehenden Schildes insgesamt zu billigen ist. Denn insoweit liegt ein Berufungsangriff der Beklagten nicht vor.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO .

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht gemäß §§ 708 Nr. 10 , 711 ZPO .

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor. Der Senat weicht weder von einer höchstrichterlicher Rechtsprechung noch von der Rechtsprechung eines anderen Oberlandesgerichts ab. Der Streitfall hat auch keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung.

Urteil des LG Stuttgart 17. Zivilkammer vom 23.12.2003

17 O 382/03

Normen: § 19 GWB, § 20 GWB, Art 82 EG, Art 83 EG

Wettbewerbsbeschränkung durch Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung:
Wirksamkeit der Kündigung eines Pachtvertrages über eine Autobahntankstelle

Leitsatz

Die Verpachtung von Autobahntankstellen ist kein eigener Markt in sich, sondern nur Segment des Gesamtmarktes der Verpachtung von Tankstellen. Die Wirksamkeit der Kündigung eines Pachtvertrages über eine Autobahntankstelle verstößt daher nicht gegen europäisches oder nationales Kartellrecht.

Fundstellen

GRUR-RR 2005, 29-31 (Leitsatz und Gründe)

Tenor

1. Der Beklagte wird verurteilt, den Servicebetrieb Autobahntankstelle W. gelegen an der Bundesautobahn A bei Kilometer..., bestehend aus den baulichen Anlagen und Verkehrsflächen auf dem in Anlage A 1 gekennzeichneten Grundstück und den in Anlage B 1 aufgeführten betrieblichen Einrichtungen und Ausstattungen zu räumen und an die Klägerin herauszugeben.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.

3. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme derjenigen Kosten, die durch die Anrufung des Landgerichts Heilbronn entstanden sind. Diese Kosten fallen der Klägerin zur Last.

4. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 150.000,00 € vorläufig vollstreckbar.

Streitwert: 119.070,40 €.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt Räumung und Herausgabe eines an den Beklagten verpachteten Servicebetriebs für eine Autobahntankstelle.

Die Klägerin plant, baut, finanziert, unterhält, verpachtet und vertreibt Service-Einrichtungen für Verkehrsteilnehmer, insbesondere Autobahn Tank- und Rastanlagen. Sie ist eine Rechtsnachfolgerin der 1951 gegründeten Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen GmbH. Nach formwechselnden Umwandlungen, zunächst 1994 in die „A. T. & R. AG“, dann 1999 in die „A. T. & R. GmbH“ wurde die Klägerin am 28.08.2000 nach Umwandlung gegründet. Die Klägerin hält Betriebsrechte und Konzessionen für Nebenbetriebe an Autobahnen in der Bundesrepublik Deutschland. Die überwiegende Anzahl der Autobahnnebenbetriebe werden nicht von der Klägerin selbst, sondern von Pächtern und Betreibern vor Ort unternehmerisch geführt.

Der Beklagte betreibt seit 1990 den Servicebetrieb Autobahntankstelle W. an der Bundesautobahn A. Sein Onkel L. hatte die Autobahntankstelle zum 01.01.1969 von der Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen GmbH gepachtet. Am 12.04. 1990 schloss dann der Beklagte mit der Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen GmbH einen eigenen Pachtvertrag.

Die A. T. & R. AG unterbreitete dem Beklagten mit Vertragsentwurf vom 16.11.1995 ein Angebot zum Abschluss eines neuen Pachtvertrages. Der Beklagte unterzeichnete die Vertragsurkunde am 08.12.1995 mit dem Zusatz: „Unterschriftsleistung erfolgt unter Vorbehalt gemäß beigeschlossenem Schreiben vom 08.12.1995“. In dem beigeschlossenen Übersendungsschreiben vom 08.12.1995 (Blatt 31 der Akten) erläutert der Beklagte seinen „Vorbehalt“.

Die A. T. & R. AG unterbreitete dem Beklagten mit Vertragsentwurf vom 23.12.1996 ein Angebot zum Abschluss eines Kooperationsvertrages. In einem Schreiben vom 07.05.1999 (Bl. 116 d.A.) wies der Beklagte die Klägerin darauf hin, dass er den Kooperationsvertrag nicht unterzeichnet hat, so dass keine diesbezüglichen Verpflichtungen bestehen. Am 25. April 2002 unterschrieb der Beklagte die Vertragsurkunde und sandte sie an die Klägerin.

Mit Schreiben vom 19. Juni 2002 kündigte die Klägerin den Pachtvertrag mit dem Beklagten zum 30.06.2003.

Zum 01.01.2003 gab es in der Bundesrepublik Deutschland insgesamt 15 971 Tankstellen. Darunter waren 348 Autobahntankstellen.

Die Klägerin behauptet, dass ihr nach § 16 des Pachtvertrages vom 08.12.1995 ein ordentliches Kündigungsrecht zustehe. Dieses Kündigungsrecht habe sie form- und fristgerecht ausgeübt, weswegen der Beklagte den gepachteten Servicebetrieb räumen und herausgeben müsse.

Die Klägerin beantragt:

Der Beklagte wird verurteilt, den von der Klägerin angepachteten Servicebetrieb Autobahntankstelle W., gelegen an der Bundesautobahn A bei Kilometer..., bestehend aus den auf dem als Anlage A 1 beigefügten Lageplan rot gekennzeichneten Grundstück befindlichen baulichen Anlagen und Verkehrsflächen und den in der Anlage B 1 aufgeführten betrieblichen Einrichtungen und Ausstattungen zu räumen und an die Klägerin herauszugeben.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen sowie, ihm im Fall seiner Verurteilung nachzulassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden.

Er behauptet, dass die Kündigung der Klägerin vom 19.06.2002 unwirksam sei. Das Kündigungsrecht könne nicht auf den Pachtvertrag vom 08.12.1995 gestützt werden. Ursprünglich hatte der Beklagte vorgetragen, dass er das Angebot vom 16.11.1995 handschriftlich mit dem Zusatz: „Es gilt die Kündigungsfrist des Vertrages A. L. von 1968“ habe ändern lassen. Nach Vorlage der Vertragsurkunde aus dem Jahr 1969 korrigierte der Beklagte seinen eigenen Sachvortrag dahingehend, dass durch einen handschriftlichen Zusatz eine fünfjährige Kündigungsfrist eingefügt worden sei. Dieses geänderte Vertragsangebot habe die Rechtsvorgängerin der Klägerin dann konkludent angenommen.

Der Beklagte behauptet darüber hinaus, dass die Kündigung wegen Verstoßes gegen das europäische und nationale Kartellrecht unwirksam sei. Die Kündigung verstoße gegen Artikel 82, 83 des EG-Vertrages sowie gegen §§ 19, 20 GWB. Die Klägerin sei ein marktbeherrschendes Unternehmen und verstoße mit der Kündigung gegen Missbrauchs-, Diskriminierungs- und Behinderungsverbote. Im Übrigen sei die Kündigung wegen Verstoßes gegen materielles Vergaberecht unwirksam. Die rechtswidrige Vergabepaxis der Klägerin hinsichtlich der Konzessionen für Autobahntankstellen führe auch zur Rechtswidrigkeit der Kündigung.

Die Unwirksamkeit der Kündigung folge auch aus einer Verletzung der vertraglichen Verpflichtungen der Klägerin aus dem Rahmenvertrag der Bundesrepublik Deutschland, der A. T. & R. AG und der Ostdeutschen Autobahntankstellen GmbH vom 29.10.1998. Darüber hinaus verstoße die Kündigung gegen § 23 des Kooperationsvertrages, der durch die Un-

terschrift des Beklagten am 25.04.2002 abgeschlossen worden sei. Da der Pachtvertrag vom 08.12.1995 ein persönliches Wettbewerbsverbot in § 3 vorsehen würde, sei die Kündigung auch nach § 307 BGB unwirksam. Schließlich verstoße die Kündigung wegen der drohenden Existenzzerstörung des Beklagten gegen § 242 BGB .

Die Klägerin repliziert, dass es zu keiner vertraglichen Verlängerung der Kündigungsfrist auf fünf Jahre gekommen sei. An der Vertragsurkunde seien keine handschriftlichen Änderungen vorgenommen worden. Das Kartellrecht sei nicht anwendbar, da die Klägerin kein marktbeherrschendes Unternehmen sei. Im Übrigen verstoße die Ausübung eines vertraglich vereinbarten ordentlichen Kündigungsrechts nicht gegen die Vorschriften des Kartellrechts. Der Beklagte könne auch keine Rechte aus dem Rahmenvertrag mit der Bundesrepublik Deutschland herleiten, da er weder Vertragspartner sei, noch ein Vertrag zugunsten Dritter vorliege. Der Beklagte könne auch keine Rechte aus einem Kooperationsvertrag herleiten, da dieser zu keiner Zeit geschlossen worden sei. Der Beklagte habe den Abschluss eines Kooperationsvertrages mit Schreiben vom 07.05.1999 ausdrücklich abgelehnt. Seine spätere Annahme am 25.04.2002 sei als neues Angebot zu behandeln, das von der Klägerin abgelehnt worden sei. Im Übrigen enthalte der Pachtvertrag auch kein persönliches Wettbewerbsverbot und die Ausübung eines vertraglich vereinbarten ordentlichen Kündigungsrechts verstoße nicht gegen § 242 BGB .

Für den Fall des Unterliegens erhebt der Beklagte Widerklage, mit der er beantragt:

Es wird festgestellt, dass die Klägerin zum Ersatz des dem Beklagten aus dem Vertriebsvertrag mit der E. Mineralöl bestehenden Vertriebsvertrag, zustehenden Handelsvertreterausgleichsanspruch verpflichtet ist.

Mit dieser hilfsweise erhobenen Widerklage begehrt der Beklagte die Feststellung der Ersatzpflicht für die ihm aus dem Vertriebsvertrag mit der E. Mineralöl GmbH zustehenden Handelsvertreterausgleichsansprüche. Er könne nach der Kündigung des Pachtvertrages seine Vertragspflichten gegenüber der E. Mineralöl GmbH nicht mehr erfüllen und verliere dadurch seinen Handelsvertreterausgleichsanspruch.

Die Klägerin beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Sie behauptet, dass die Widerklage unbegründet sei, da dem Beklagten keine Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin zustehen würden. Der Vertriebsvertrag zwischen dem Beklagten und der E. Mineralöl GmbH ende gleichzeitig mit dem Pachtvertrag, weswegen der Beklagte auch keine Pflichten aus dem Vertriebsvertrag verletzen würde. Seine Handelsvertreterausgleichsansprüche könne er gegen die E. Mineralöl GmbH geltend machen.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird Bezug genommen auf alle Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen und die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 11.09.2003 und 02.12.2003.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist begründet.

Die Klägerin hat einen Anspruch gegen den Beklagten auf Rückgabe des Servicebetriebs nach Beendigung des Pachtverhältnisses gemäß § 19 Abs. 1 des Pachtvertrags vom 08.12.1995 beziehungsweise §§ 546 Abs. 1 in Verbindung mit 581 Abs. 2 BGB n.F. Das Pachtverhältnis zwischen den Parteien ist durch die form- und fristgerechte Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts durch die Klägerin zum 30.06.2003 beendet worden.

1. Das Recht zur ordentlichen Kündigung ergibt sich aus § 16 des Pachtvertrags vom 08.12.1995. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin hat dem Beklagten am 16.11.1995 den Abschluss eines neuen Pachtvertrages angeboten. Dieses Angebot hat der Beklagte am 08.12.1995 mit dem Zusatz „Unterschriftsleistung erfolgt unter Vorbehalt gemäß beige-schlossenem Schreiben vom 08.12.1995“ unterzeichnet. Der vom Beklagten so genannte „Vorbehalt“ steht dem wirksamen Abschluss des Pachtvertrages nicht entgegen. Nach § 133 BGB ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Ausweislich der handschriftlichen Erklärung auf der Vertragsurkunde und dem Inhalt des beige-schlossenen Schreibens vom 08.12.1995 hat der Beklagte das Angebot der Rechtsvorgängerin der Klägerin auf Abschluss eines neuen Pachtvertrages angenommen.

In seinem Schreiben vom 08.12.1995 weist der Beklagte darauf hin, dass dem Vertragsangebot lediglich die Anlagen 2 a bis 6 beige-fügt waren. Weitere Anlagen seien weder beige-fügt noch bekannt. Dieser Hinweis des Beklagten steht der Wirksamkeit seiner Annahmeerklärung nicht entgegen. Er stellt lediglich klar, dass nur diejenigen Anlagen Bestandteile des Pachtvertrages werden, die dem Vertrag auch tatsächlich als Anlage beige-fügt waren.

Auch der Hinweis auf das Alter des übergebenen Pachtgegenstandes und verschiedene nicht unerhebliche Mängel stehen der Wirksamkeit der Annahmeerklärung nicht entgegen. Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 des Pachtvertrags soll bei der Übergabe des Pachtobjekts eine Niederschrift gefertigt werden. In seinem Schreiben vom 08.12.1995 erklärt der Beklagte lediglich, dass er die Mängel in der vertraglich vorgesehenen Niederschrift bei Umsetzung

des Vertrags im Einzelnen noch darlegen werde. Er bezieht sich damit ganz konkret auf Rechte aus dem Pachtvertrag, den er annehmen möchte.

Schließlich steht auch die vom Beklagten im letzten Abschnitt seines Schreibens vom 08.12.1995 geäußerte Vorstellung über das Fortbestehen der Rechte und Pflichten aus vorhergehenden Verträgen nicht im Widerspruch zum Angebot auf Abschluss eines neuen Pachtvertrages. Das Angebot der Rechtsvorgängerin der Klägerin vom 16.11.1995 enthält keine Regelung, wonach bereits erworbene Rechte des Beklagten abgelöst werden oder erlöschen sollen. Im Hinblick auf die streitgegenständlichen Kündigungsrechte wurde die Rechtsposition des Beklagten gegenüber den Vorverträgen auch nicht verschlechtert. Der Vertrag zwischen der Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen GmbH und dem Onkel des Beklagten A. L. vom 10.02.1969 sah in § 20 Abs. 1 eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Schluss eines Kalendervierteljahres vor. Auch die Folgeverträge sahen keine längeren Kündigungsfristen als die zwölfmonatige Frist zum Ende eines Kalenderhalbjahres vor, wie sie im Angebot vom 16.11.1995 in § 16 Abs. 1 Satz 3 unterbreitet wurde.

Der nachträglich korrigierte Vortrag des Beklagten hinsichtlich eines angeblichen handschriftlichen Zusatzes im Vertragsentwurf zur Begründung einer fünfjährigen Kündigungsfrist ist nicht erheblich. Zum einen steht dieser Vortrag in Widerspruch zu dem Schreiben des Beklagten vom 08.12.1995. Dort setzt sich der Beklagte mit dem Angebot vom 16.11.2003 inhaltlich auseinander. In diesem Schreiben ist von einer Änderung der Kündigungsfrist nicht die Rede. Angesichts der Bedeutung der Kündigungsfrist für das Pachtverhältnis hätte der Beklagte aber neben den Ausführungen zum übersandten Vertragsangebot einen Änderungswunsch hinsichtlich der Kündigungsfrist in seinem Schreiben vom 08.12.1995 erwähnt. Zum anderen macht sich die Kammer die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts Heilbronn in seinem Beschluss vom 24.06.2003 ausdrücklich zu eigen. Hätte der Beklagte tatsächlich die Pachtvertragsurkunde unter Hinzufügung von handschriftlichen Änderungen am 08.12.1995 unterschrieben und an die Rechtsvorgängerin der Klägerin zurückgesandt, hätte er das schriftliche Angebot nicht angenommen. Vielmehr hätte er nach § 150 Abs. 2 BGB den Antrag auf Abschluss eines Pachtvertrages abgelehnt und ein neues Angebot unterbreitet. Der Pachtvertrag wäre zwischen den Parteien erst mit der tatsächlichen Invollzugsetzung konkludent zustande gekommen. Mangels Schriftform wäre dieser Vertrag nach §§ 566 Satz 2 in Verbindung mit 581 Abs. 2 BGB a.F. dann aber auf unbestimmte Zeit geschlossen worden. Die streitgegenständliche Kündigung wäre allein an die gesetzliche Kündigungsfrist gebunden, die kürzer ist als die von der Klägerin behauptete und eingehaltene vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist.

2. Die form- und fristgerechte Kündigungserklärung der Klägerin ist wirksam.

a) Die Kündigung verstößt nicht gegen das europäische Kartellrecht. Artikel 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem we-

sentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Der für die Anwendung des europäischen Kartellrechts erforderliche Auslandsbezug ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Inwieweit die streitgegenständliche Kündigung des Pachtvertrags über den Servicebetrieb Autobahntankstelle W. den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union beeinträchtigen könnte, hat der Beklagte weder schlüssig vorgetragen noch ist die Möglichkeit einer solchen Beeinträchtigung ersichtlich.

b) Die Kündigung des Pachtvertrages verstößt auch nicht gegen die Vorschriften des deutschen Kartellrechts. Die Klägerin ist nicht Adressatin des Missbrauchsverbotes in § 19 GWB und des Diskriminierungs- und Behinderungsverbotes in § 20 GWB. Die Anwendbarkeit des § 19 GWB setzt die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens voraus. § 20 GWB erweitert den Adressatenkreis auf legalisierte Kartelle, Preisbinder und die so genannten „marktstarken“ Unternehmen (vgl. zum Gesamtkomplex: Immenga/Mestmäcker/Möschel GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, § 19 Rdnr. 17 ff., § 20 Rdnr. 21 ff.; Bechtold GWB, 3. Auflage 2002, § 19 Rdnr. 5 ff., § 20 Rdnr. 10 ff.).

Die Klägerin hat auf dem relevanten Markt weder eine marktbeherrschende noch eine marktstarke Stellung. Der relevante Markt in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht ist aus der Sicht der Marktgegenseite zu beurteilen. Nach dem für Angebotsmärkte einschlägigen Bedarfsmarkt-konzept ist dabei auf die Sicht des Abnehmers abzustellen. Aus seiner Sicht der Marktgegenseite muss entschieden werden, ob bestimmte Waren oder gewerbliche Leistungen unter sich austauschbar sind (BGHZ 67, Seite 104, 113 ff.; BGH NJW 1996, Seite 2656, 2657; Bechtold a.a.O., § 19 Rdnr. 5 ff.; Immenga/Mestmäcker/Möschel a.a.O., § 19 Rdnr. 24 ff.; Langen/Bunte/Ruppelt Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, § 19 Rdnr. 10 ff.). Marktgleichwertig sind danach sämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleichbar und als gegeneinander austauschbar ansieht. Die entscheidende Markt- abgrenzung erfolgt im jeweiligen Einzelfall nach dem konkreten Tätigkeitsgebiet des Unternehmens im Rahmen einer wertenden Gesamtschau.

Die Kammer sieht den relevanten sachlichen und räumlichen Markt in der Verpachtung von Tankstellen in der Bundesrepublik Deutschland. Die Verpachtung von Autobahntankstellen ist kein eigener Markt in sich, sondern nur Segment des Gesamtmarktes der Verpachtung von Tankstellen. In der Bundesrepublik Deutschland gab es im Januar 2003 insgesamt 15 971 Tankstellen. Von dieser Gesamtzahl lagen nur 348 Tankstellen unmittelbar an einer Bundesautobahn. Somit werden in der Bundesrepublik Deutschland insgesamt 15 623 Tankstellen betrieben, die nicht unmittelbar an Bundesautobahnen liegen.

In dem konkret zur Entscheidung stehenden Fall ist die maßgebliche Geschäftstätigkeit die Verpachtung von Tankstellen. Die Markt- abgrenzung erfolgt aus der Sicht der konkreten

Abnehmer, mithin der Pächter. Die Beurteilung des relevanten Markts erfolgt nur in diesem konkreten Wettbewerbsverhältnis. Es ist im vorliegenden Fall daher nicht entscheidungserheblich, ob Autobahntankstellen eine marktbeherrschende Stellung im Verhältnis zu den Verkehrsteilnehmern oder im Verhältnis zu den Mineralölgesellschaften haben.

Gegen die Annahme eines eigenen Marktes der Verpachtung allein von Autobahntankstellen spricht die dem Gericht offenkundige Tatsache des Wettbewerbes zwischen den Tankstellen an den Autobahnen, den Tankstellen an den Autohöfen sowie den zahlreichen Tankstellen unmittelbar an Autobahnausfahrten. Da die Autobahntankstellen oft viele Kilometer auseinander liegen, werden an den Autohöfen und Autobahnausfahrten Servicebetriebe zur Versorgung der Reisenden errichtet, verpachtet und betrieben. Die Verpachtung einer Autobahntankstelle ist funktionell austauschbar mit der Verpachtung einer Tankstelle an einem Autohof, an einer Autobahnausfahrt, an einer viel befahrenen Bundesstraße oder an einer Hauptstraße einer größeren Stadt. Die Verpachtung einer großen und umsatzstarken Tankstelle ist nicht an die Lage unmittelbar an einer Bundesautobahn gebunden. Die Kammer ist davon überzeugt, dass ein Unternehmer, der die Anpachtung einer Autobahntankstelle in Erwägung zieht, andere große und umsatzstarke Tankstellen als gleichwertige Möglichkeit abwägend in Betracht zieht.

Die Kammer setzt sich mit dieser Entscheidung zum relevanten Markt auch nicht in Widerspruch zur Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 07.12.1998 im Rahmen des europäischen Fusionskontrollverfahrens. Die Europäische Kommission hat die Abgrenzung des relevanten sachlichen und räumlichen Marktes in ihrer Entscheidung ausdrücklich offengelassen, da sie zu keiner unterschiedlichen Beurteilung des Zusammenschlusses führte. Die in der Entscheidung der Kommission ausgeführten Erwägungen zu den Öffnungszeiten und der Sicherstellung der raumnahen Versorgung der Verkehrsteilnehmer beziehen sich auf den Betrieb einer Autobahntankstelle und nicht auf deren Verpachtung.

c) Der vom Beklagten behauptete Verstoß der Klägerin gegen das materielle Vergaberecht kann ebenfalls nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung des Pachtvertrags führen. Ein Verstoß gegen das materielle Vergaberecht im Rahmen der zeitlich nachgelagerten Vergabe führt nicht zur rückwirkenden Unwirksamkeit der zeitlich vorgelagerten Vertragsbeendigung gegenüber dem früheren Berechtigten. Auch ist das zitierte Urteil des Bundesgerichtshofs vom 08.04.2003 zu den Schilderprägnern nicht einschlägig, da im vorliegenden Fall gerade kein marktbeherrschendes Unternehmen gehandelt hat.

d) Die Kündigung des Pachtvertrags ist auch nicht wegen eines Verstoßes gegen den Rahmenvertrag der Bundesrepublik Deutschland, der A. T.& R. AG und der Ostdeutschen Autobahntankstellen GmbH vom 29.10.1998 unwirksam. Zum einen kann der Beklagte keine subjektiven Rechte aus diesem Rahmenvertrag herleiten. Nach dem eindeutigen Wortlaut, der Systematik und dem zugrunde liegenden Sinn und Zweck des Rahmenvertrages handelt es sich dabei um keinen Vertrag zugunsten Dritter oder mit Schutzwirkung

zugunsten Dritter. Der Rahmenvertrag regelt die Rechte und Pflichten der unmittelbaren Vertragspartner und gewährt darüber hinaus keine vertraglichen Ansprüche für Dritte. Zum anderen fehlt es an einem erheblichen Vortrag des Beklagten hinsichtlich einer Pflichtverletzung der Klägerin. Inwieweit die streitgegenständliche Kündigung der Klägerin und anschließende Verpachtung des Servicebetriebes an einen anderen Betreiber die mittelständische Pächter- und Betreiberstruktur gefährden soll, ist weder schlüssig vorgetragen noch ist eine solche Gefährdung ersichtlich.

e) Die Kündigung des Pachtvertrags ist auch nicht wegen eines Verstoßes gegen § 23 des Kooperationsvertrags unwirksam, da die Parteien zu keinem Zeitpunkt einen Kooperationsvertrag geschlossen haben. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin hat dem Beklagten am 23.12.1996 ein Angebot zum Abschluss eines Kooperationsvertrags unterbreitet. Dieses Angebot hat der Beklagte in seinem Schreiben vom 07.05.1999 ausdrücklich abgelehnt. In diesem Schreiben heißt es wörtlich: „Der von Ihnen angebotene Kooperationsvertrag ... wurde von mir nicht unterzeichnet, so dass keine diesbezüglichen Verpflichtungen bestehen“. Die vom Beklagten behauptete Unterschrift und Übersendung des Kooperationsvertrages am 25.04.2002 kann deshalb nur als neues Angebot angesehen werden, das die Klägerin aber unstreitig nicht angenommen hat.

f) Die Kündigung des Pachtvertrags ist auch nicht wegen eines Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam. Entgegen der Behauptung des Beklagten enthält § 3 des Pachtvertrags vom 08.12.1995 kein persönliches Wettbewerbsverbot. Die vertragliche Regelung sieht lediglich die persönliche Leitung des Servicebetriebs durch den Beklagten vor. Ein unangemessen benachteiligendes Wettbewerbsverbot lässt sich daraus weder während noch nach Beendigung des Pachtvertrags herleiten.

g) Schließlich verstößt die Kündigung des Pachtvertrags auch nicht gegen § 242 BGB. Das ordentliche Kündigungsrecht der Klägerin wurde vertraglich vereinbart und sieht eine angemessene Kündigungsfrist von einem Jahr zum Ende eines Kalenderhalbjahres vor. Die Vereinbarung eines ordentlichen Kündigungsrechts in einem Dauerschuldverhältnis bei einem Pachtvertrag ist interessengerecht und stellt für sich betrachtet keinen Verstoß gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dar. Eine grobe oder rücksichtslose Interessendurchsetzung der Klägerin im konkreten Einzelfall hat der Beklagte weder schlüssig vorgetragen noch sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich.

3. Die zulässige Widerklage ist nicht begründet.

Die Entscheidungsbefugnis des Gerichts hinsichtlich der Widerklage wurde zulässigerweise an die innerprozessuale aufschiebende Bedingung der Zulässigkeit und Begründetheit der Klage geknüpft. Diese Bedingung ist eingetreten.

Die Widerklage ist nicht begründet, da dem Beklagten der geltend gemachte Anspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zusteht. Ein Anspruch auf Schadensersatz setzt einen Verstoß gegen eine vertragliche oder gesetzliche Pflicht voraus. Die streitgegenständ-

liche Ausübung eines ordentlichen Kündigungsrechts mit angemessener Kündigungsfrist ist rechtmäßig und kann folgerichtig keine Schadensersatzpflicht auslösen.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1 S. 1 , 281 Abs. 3 S. 2 ZPO .

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 Satz 1 ZPO . Eine vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung nach § 708 Nr. 7 ZPO ist nur bei Mietverhältnissen, nicht bei Pachtverhältnissen einschlägig. Im Gegensatz zu § 29 a ZPO hat der Gesetzgeber bei systematischer Betrachtung Pachtverhältnisse bewusst nicht einbezogen (vgl. Thomas/Putzo ZPO, 25. Auflage 2003, § 708 Rdnr. 8; Musielak/Lackmann ZPO, 3. Auflage, § 708 Rdnr. 7; a.A. Schmid ZMR 2000 S. 507 , 508). Dem Beklagten konnte kein Vollstreckungsschutz nach §§ 712 , 714 ZPO gewährt werden. Er hat bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung keine Tatsachen für einen nicht zu ersetzenden Nachteil durch die Zwangsvollstreckung substantiiert vorgetragen und glaubhaft gemacht. Allein der Umstand, dass der Beklagte durch eine Vollstreckung des Urteils seine derzeitige geschäftliche Betätigung verliert, genügt für den beantragten Vollstreckungsschutz nicht.

Die Streitwertentscheidung beruht auf §§ 16 Abs. 2 , 19 Abs. 1 GKG .

Urteil des OLG Celle 13. Zivilsenat vom 16.10.2003

13 U 60/03

Normen: § 134 BGB, § 21 Abs 1 GWB

Wettbewerbsbeschränkung: Unbilligkeit eines vertraglichen Vermietungsboykotts

Leitsatz

Der Boykottaufruf eines Schilderträgers an einen Vermieter von Gewerberäumen mit dem Ziel, weitere Schilderträger aus der unmittelbaren Nachbarschaft der Zulassungsstelle fernzuhalten, ist in aller Regel unbillig im Sinne von § 21 Abs. 1 GWB .

Fundstellen

WuW/E DE-R 1197-1199 (Leitsatz und Gründe)

GRUR-RR 2004, 118-119 (Leitsatz und Gründe)

OLGR Celle 2004, 217-219 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Lüneburg, 11. März 2003, Az: 3 O 1/03, Urteil

Tenor

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Lüneburg vom 11. März 2003 geändert. Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Streitwert und Beschwer der Klägerin: 6.000 EUR.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

I.

Die Klägerin ist ein Unternehmen der Schilderprägerbranche. Sie vertreibt Autokennzeichen u. a. im Erdgeschoss eines Gebäudes in ... , in dem sich - ebenfalls im Erdgeschoss - die Kraftfahrzeug-Zulassungsstelle des Landkreises ... befindet. Der Landkreis ... hat die Räume der Zulassungsstelle von der Klägerin angemietet. Der Beklagte war Eigentümer des Grundstücks auf der gegenüberliegenden Straßenseite. Die Klägerin schloss mit ihm am 21. Juni 2000 einen Vertrag, in dem der Beklagte gegen Zahlung von einmalig 5.000 DM und 2.000 DM jährlich die Verpflichtung übernahm, während der Vertragsdauer von zunächst acht Jahren gegenüber der Klägerin kein Konkurrenzunternehmen zu betreiben oder zu fördern oder sich an ihm zu beteiligen und keinem Konkurrenzunternehmen Räume oder Flächen auf dem Grundstück zu überlassen. In dem Vertrag versprach der Beklagte, etwaige Rechtsnachfolger gegebenenfalls entsprechend zu verpflichten. Später verkaufte er das Grundstück an einen Herrn ... , ohne ihm die Verpflichtung aus dem Vertrag vom 21. Juni 2000 zu übertragen. Herr ... überließ das Grundstück einem Konkurrenten der Klägerin, der Fa. ... , zum Verkauf von Kfz.-Schildern. Die Klägerin hat die Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten beantragt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Mit der Berufung verfolgt der Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

II.

Die Berufung ist begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Der Beklagte sei der Klägerin gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB schadensersatzpflichtig, weil er seine vertragliche Verpflichtung, das Grundstück nicht an einen Konkurrenten der Klägerin zu vermieten, nicht auf den Grundstückskäufer übertragen habe. Die Konkurrenzschutzabrede verstoße nicht gegen § 21 Abs. 1

GWB . Denn die Fa. ... sei nicht unbillig in der Wahrnehmung ihrer Geschäftstätigkeit beeinträchtigt worden. Zwar sei davon auszugehen, dass der Standort im Gewerbe der Klägerin einen besonderen Einfluss auf die örtlichen Marktanteile habe. Im Streitfall sei aber zu berücksichtigen, dass die Fa. ... auch vorher in unmittelbarer Nähe ein Verkaufsgeschäft gehabt habe. Außerdem habe die Klägerin ihren Standortvorteil durch erhebliche Zahlungsverpflichtungen erkaufte. Dies habe der Fa. ... möglicherweise größere Spielräume bei der Preisgestaltung gelassen.

2. Dagegen wendet die Berufung sich mit Erfolg. Der auf Veranlassung der Klägerin mit dem Beklagten geschlossene Vertrag vom 21. Juni 2000 stellt eine gemäß § 21 Abs. 1 GWB verbotene Aufforderung zum „Vermietungs-Boycott“ dar und ist deshalb nichtig gemäß § 134 BGB . Die Klägerin kann deshalb keine Schadensersatzansprüche aus dem Vertrag herleiten.

a) Ein Boykott-Aufruf im Sinn des § 21 Abs. 1 GWB erfordert die Beteiligung dreier Unternehmen - den Boykottierer oder Verrufer, den Ausführer des Boykott-Aufrufs und den Boykottierten (BGH, WuW 1999, 725 - Taxi-Krankentransporte). Diese Dreizahl der beteiligten Unternehmens ist hier gegeben. Die Unternehmenseigenschaft des Klägers (Boykottierer oder Verrufer) und der Schilderpräger, die an dem Standort gegenüber der Zulassungsstelle interessiert sein könnten (Boykottierte), ist unproblematisch. Auch der Beklagte (Adressat des Boykott-Aufrufs) betreibt, anders als die Klägerin meint, ein Unternehmen im Sinn des § 21 Abs. 1 GWB . Der weite Unternehmensbegriff des GWB umfasst jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr (BGH, a. a. O.), eingeschlossen das Marktverhalten Privater, soweit es über die übliche Haushaltsführung hinausgeht (Langen/ Bunte, KartR, 9. Aufl., § 21 Rn. 5). Nach diesen Grundsätzen ist eine Unternehmenseigenschaft des Beklagten zu bejahen, weil er auf dem Grundstück gegenüber der Zulassungsstelle und auf einer Reihe weiterer Grundstücke Gewerbe- bzw. Wohnobjekte vermietet (Mietverträge Bl. 33 ff. d. A.). Damit liegt eine über die übliche Haushaltsführung hinausgehende Geschäftstätigkeit vor.

b) Der auf Veranlassung der Klägerin zustande gekommene Vertrag vom 21. Juni 2000 ist als Aufforderung zu einer Bezugssperre zu werten.

Der Begriff der Aufforderung zu einer Bezugssperre ist weit auszulegen (BGH, Urteil vom 3. Juli 2001 - KZR 11/00 , in Juris dokumentiert).

Eine Sperre im Sinn des § 21 Abs. 1 GWB kann sich auf Waren oder gewerbliche Leistungen, also auch auf die Vermietung von Gewerberäumen, beziehen (vgl. Langen/Schultz, KartR, 9. Aufl., § 21 Rn. 13).

Unter der Aufforderung zu einer Bezugssperre ist jeder Versuch zu verstehen, einen anderen Unternehmer dahin zu beeinflussen, dass er bestimmte Lieferbeziehungen nicht eingeht oder nicht aufrecht erhält (BGH WuW 1999, 725 , Taxi-Krankentransporte). Hier wollte die Klägerin den Beklagten u. a. dazu bewegen, das Grundstück nicht an Konkurrenz-

unternehmen zu vermieten und diese Verpflichtung auf etwaige Rechtsnachfolger zu übertragen. Der Umstand, dass es sich um eine vertragliche Verpflichtung der Beklagten handelt, schließt die Anwendbarkeit des § 21 Abs. 1 GWB nicht aus (BGH, NJW 2000, 809, 810 - Beteiligungsverbot für Schilderträger).

Gegenstand des Boykotts sind auch "bestimmte Unternehmen" im Sinn des § 21 Abs. 1 GWB. Es genügt, dass aus einem größeren Kreis potentiell Betroffener einzelne Unternehmen oder Gruppen - aus Sicht des Aufgeforderten - noch hinreichend bestimmbar sind (Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl., § 21 Rn. 17, Langen/Schultz, KartR., 9. Aufl., § 21 Rdn. 11). Das ist hier der Fall. Zwar werden die zu sperrenden Unternehmen in dem Konkurrenzschutzvertrag nicht ausdrücklich benannt. Aus Sicht des Beklagten war jedoch klar, dass zu den zu boykottierenden Unternehmen jedenfalls die lokal ansässigen Schilderträger gehörten, insbesondere auch die Firma ..., die ihr Geschäft schon zuvor nahe der Zulassungsstelle betrieb, jedoch von ihr durch eine Grünanlage und einen Zaun getrennt, und daher ungünstiger gelegen. Nicht entscheidend ist entgegen der von der Klägerin vertretenen Auffassung, dass in der streitbefangenen Vertragsklausel als Konkurrenzunternehmen nicht nur Träger und Händler von Kfz-Kennzeichenschildern genannt sind, sondern u.a. auch "Versicherungen sowie der Verkauf von artverwandten Artikeln wie Siebdrucken, Folien, Stempeln und entsprechendes Autozubehör". Der Boykottierer kann dem Verbotsbereich des § 21 Abs. 1 GWB nicht dadurch entgehen, dass er in dem Boykottaufruf als zu boykottierende Unternehmen neben den eindeutig individualisierbaren Wettbewerbern noch andere Gruppen nennt. Im Streitfall kommt es allein darauf an, dass die lokal ansässigen Schilderträger, daneben auch die überschaubare Zahl überregional tätiger Schilderträger zweifelsfrei als diejenigen Unternehmen zu bestimmen sind, an die eine Vermietung nicht stattfinden soll.

Die Klägerin behauptet, dass es im Bereich der Zulassungsstelle noch weitere Grundstücke gebe, auf denen Schilderverkäufe stattfinden könnten. Dies steht dem Auffordern zu einer Bezugssperre nicht entgegen. Ob die Konkurrenten der Klägerin die gewünschte gewerbliche Leistung - Vermietung von Gewerberäumen in unmittelbarer Nähe zur Zulassungsstelle - auch anderweitig beziehen könnten, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Die Frage kann nur bei der Prüfung der Unbilligkeit der Beeinträchtigung von Bedeutung sein (vgl. Langen/Schultz, KartR., 9. Aufl., § 21 Rn. 15, Markert in: Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl., § 21 Rdn. 23, 38).

c) Die Beklagte handelte in der Absicht, die Konkurrenten unbillig zu beeinträchtigen.

Ob die beabsichtigte Beeinträchtigung unbillig ist, ist auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung unter Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB zu beurteilen (BGH, NJW 2000, 809, 811 - Beteiligungsverbot für Schilderträger). Dabei spielt auch - als ein Gesichtspunkt unter mehreren - die Möglichkeit alternativer Absatz- oder Bezugsmöglichkeiten

ten, hier der Anmietung von Räumen für den Verkauf von Kfz-Schildern, eine Rolle (vgl. BGH a. a. O.).

Der Boykottaufruf eines Schilderprägers an einen Vermieter von Gewerberäumen mit dem Ziel, weitere Schilderpräger aus der unmittelbaren Nachbarschaft der Zulassungsstelle fernzuhalten, ist in aller Regel unbillig im Sinn § 21 Abs. 1 GWB .

In der Schilderpräger-Branche ist die unmittelbare räumliche Nähe des Verkaufsgeschäfts zur Zulassungsstelle, wie der Beklagte unbestritten vorgetragen hat und dem Senat aus anderen Verfahren bekannt ist, für die Wettbewerbsposition entscheidend. Das Interesse der Unternehmen, ihre Autoschilder in direkter Nachbarschaft der Zulassungsstelle anbieten zu können, ist grundsätzlich als gleichwertig zu beurteilen. Daher ist der Versuch, Konkurrenten im Wege des Vermietungsboykotts von einem Standort fernzuhalten, der effektiven Wettbewerb ermöglichen würde, regelmäßig auf eine unbillige Beeinträchtigung gerichtet.

Die Klägerin verfügte mit ihrem Geschäft im gleichen Gebäude mit der Zulassungsstelle, direkt neben ihr im Erdgeschoss, über einen hervorragenden Standort für den Schilderverkauf in ... Der Versuch der Klägerin, ihre Wettbewerber von der nächstgünstigen Lage auf der gegenüberliegenden Straßenseite fernzuhalten, stellt eine gegen die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete unbillige Beeinträchtigung dar.

Es mag sein, dass eine unbillige Beeinträchtigung nicht angenommen werden kann, wenn in ausreichender Zahl und vergleichbar guter Lage andere Gewerbeobjekte zur Verfügung stehen, welche der Konkurrent für sein Schilderpräger-Geschäft anmieten kann. Das ist hier aber nicht der Fall. Die Klägerin macht insoweit geltend, dass es im Bereich der Zulassungsstelle "mindestens 10 Anrainergrundstücke" gäbe, auf denen Schilderverkäufe stattfinden könnten. Das ist nicht ausreichend dargetan. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin und ihr Mitarbeiter Clemens haben den dahingehenden pauschalen Vortrag auf Nachfragen des Senats in der mündlichen Verhandlung anhand der Lagepläne Bl. 6, 7 d. A. sowie anhand vorgelegter Fotos erläutert. Die von ihnen auf dem Plan ungefähr gezeigten drei oder vier Gebäudekomplexe liegen am Ende der Straße " ..." jenseits der Zulassungsstelle im Bereich des Wendehammers. Potentielle Kunden, die zu der Zulassungsstelle fahren, kommen an diesen Gebäuden nicht vorbei. Konkret bezeichnet hat der Klägervertreter das im Lageplan mit Nr. 2 bezeichnete Gebäude hinter der Zulassungsstelle, in dem die Firma ... bis Ende 2002 Kfz-Schilder vertrieb. Dieses Gebäude ist indes von der Zulassungsstelle aus weniger bequem zu erreichen als das Gebäude auf der gegenüberliegenden Straßenseite. Es ist durch einen Zaun und einen Grünstreifen von der Zulassungsstelle getrennt. Außerdem stand es zum Zeitpunkt der Vereinbarung vom 21. Juni 2000 für neue Wettbewerber nicht zur Verfügung, weil es bereits an den Wettbewerber ... vermietet war. Seit dem Umzug der Firma ... wird das Gebäude, wie der Mitarbeiter der Klägerin in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, in anderer Weise gewerblich genutzt (Makler oder Immobilienbüro). Die Behauptung Bl. 214 d. A., dass das Gebäude nach dem

Umzug der Fa. ... grundsätzlich für eine Nutzung durch Schilderpräger zur Verfügung stehe, ist vor dem Hintergrund der mündlichen Erläuterungen nicht nachvollziehbar. Dass andere Geschäftsräume in günstiger Lage zur Zulassungsstelle angemietet werden können, hat die Klägerin nicht substantiiert vorgetragen.

Entgegen der vom Landgericht vertretenen Meinung ist eine unbillige Behinderung nicht deshalb zu verneinen, weil die Klägerin dem Beklagten für die Durchführung des Vermietungsboykotts nicht unerhebliche Zahlungen versprach. Die Zahlungen sprechen vielmehr dafür, dass für einen Wettbewerber, der das Geschäft auf der gegenüberliegenden Straßenseite anmietete, eine gute Wettbewerbschance bestand, und dass die Klägerin diese im Wege des Vermietungsboykotts vereiteln wollte.

Umstände, die das Handeln der Klägerin ausnahmsweise rechtfertigen könnten, liegen nicht vor. Der Fall einer nach § 16 GWB grundsätzlich zulässigen Ausschließlichkeits- oder Vertriebsbindung ist nicht gegeben.

Für die Absicht der unbilligen Beeinträchtigung genügt die Kenntnis der die Unbilligkeit begründenden Umstände. Im Streitfall liegt die Beeinträchtigungsabsicht auf der Hand, weil die Klägerin dem Vermieter für die Durchführung des Vermietungsboykotts gegen ihre Wettbewerber eine erhebliche Vergütung zahlte.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO . Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10 , 711 ZPO .

Die Revision ist zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die aufgeworfenen Rechtsfragen können in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen auftreten. Der Klägervertreter hat in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass Vereinbarungen wie die der Parteien vom 21. Juni 2000 in der Schilderpräger-Branche weit verbreitet seien, es gebe sie bei der überwiegenden Anzahl der Zulassungsstellen. Dass solche Vereinbarungen zumindest häufig vorkommen, wird bestätigt durch die Ausführungen des Bundeskartellamts in Bezug auf die Unternehmensgruppe ... in den Schreiben vom 22. September 1999 und vom 16. Juni 2000.

4. Der Senat sieht davon ab, die mündliche Verhandlung deshalb wieder zu eröffnen, weil die Klägerin nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorträgt, die Parteien hätten nunmehr einen außergerichtlichen Vergleich mit dem Inhalt geschlossen, dass die Klägerin auf die Forderungen aus dem erstinstanzlichen Urteil verzichtet und die Kosten trägt, und dass der Beklagte die Berufung zurücknimmt. Eine solche Regelung liefe im materiellen Ergebnis weitgehend auf dasselbe wie das ohne Wiedereröffnung ergangene Urteil hinaus, nämlich darauf, dass die Klägerin den im Wege der Feststellungsklage geltend gemachten Schadensersatz nicht verlangen kann. Soweit entgegen dem nach Schluss der mündlichen Verhandlung geäußerten Willen der Klägerin der Streit durch Urteil entschieden wird und die Klägerin durch das Urteil - anders als wenn nach dem behaupteten Vergleich verfahren worden wäre - mit Gebühren für das Berufungsurteil belastet wird, reichen

diese Gesichtspunkte für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht aus. Auch im Fall der Wiedereröffnung ließe sich der Streit voraussichtlich nicht „auf einfache Weise“ beilegen. Da der Beklagte das Zustandekommen des Vergleichs bestreitet, müsste nach einer Wiedereröffnung über diesen Punkt voraussichtlich - als rechtliche Vorfrage der Zulässigkeit der Berufung ohne materielle Rechtskraftwirkung - entschieden werden. Es ist nicht ausgeschlossen, dass trotz des dann ergehenden Urteils der Streit über die Wirksamkeit des Vergleichs weitergehen würde.

Außerhalb des Vergleichs einseitig auf die Rechte aus dem angefochtenen Urteil verzichtet hat die Klägerin entgegen ihrer im Schriftsatz vom 14. Oktober 2003 geäußerten Auffassung nicht.

Urteil des BGH Kartellsenat

Schülertransporte vom 24.06.2003

KZR 32/01

Norm: § 20 Abs 1 GWB

Leitsatz

Schülertransporte

Ein marktbeherrschendes Unternehmen darf das Vertragsverhältnis mit einem anderen Unternehmen nicht aus Gründen beenden, aus denen es den Abschluß des Vertrages nicht hätte ablehnen dürfen, ohne damit gegen das Diskriminierungsverbot zu verstoßen.

Tenor

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 29. November 2001 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger sind Busunternehmer, bei der beklagten GmbH handelt es sich um eine 100prozentige Tochtergesellschaft des Landkreises Emsland. Bis Ende 1999 führten die Kläger, die daneben auch im Linienverkehr fahren, für die Beklagte in den Bereichen Mitte und Nord des Landkreises Emsland Schülertransporte im Freistellungsverkehr nach § 1 Nr. 4 lit. d der Freistellungsverordnung zum Personenbeförderungsgesetz durch. Die hier-

Urteil des BGH Kartellsenat

Schülertransporte vom 24.06.2003

KZR 32/01

über abgeschlossenen Verträge waren jeweils mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende kündbar. Die Beklagte kündigte die Verträge mit den Klägern fristgerecht zum 31. Dezember 1999, während entsprechende Verträge mit einer Vielzahl anderer Unternehmer weiterliefen. Die Kläger sehen in diesen Kündigungen den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

Hintergrund des Streits der Parteien ist der Umstand, dass der Landkreis Emsland in den Bereichen Mitte und Nord eine Umstrukturierung des Busverkehrs plant. Zur Durchsetzung dieses in einem Nahverkehrsplan festgelegten Zieles bedient er sich der Beklagten. Anders als im südlichen Bereich des Landkreises werden die Linienverkehre und die Schülertransporte im mittleren und nördlichen Kreisgebiet zum Teil unabhängig voneinander betrieben. Der Nahverkehrsplan sieht vor, die Schülertransporte in den Linienverkehr zu integrieren und auf diese Weise das Angebot im Linienverkehr zu verbessern. Um die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit von Einzelheiten des Planes und seiner Umsetzung streiten die Parteien.

Nach der Kündigung der Verträge schrieb die Beklagte die Freistellungsverkehre in einem europaweiten Vergabeverfahren neu aus. Die Kläger beteiligten sich an diesem Verfahren als Bietergemeinschaft Busverkehr Emsland und erhielten - auf ein für die Beklagte sehr günstiges Angebot - den Zuschlag. Sie betreiben heute im wesentlichen dieselben Freistellungsverkehre wie vor den Kündigungen, erhalten dafür jedoch geringere Entgelte.

Zur Rechtfertigung der Kündigungen hat die Beklagte vorgetragen, ihr sei es darum gegangen, entsprechend dem Nahverkehrsplan des Landkreises den bisherigen Schülerfreistellungsverkehr in den Linienverkehr zu integrieren. Dies sei nur schrittweise möglich gewesen. Deshalb hätten zunächst die Freistellungsverkehre umgewandelt werden sollen, die auf den verkehrlich bedeutenden Nord-Süd- und Ost-West-Achsen des Kreisgebiets lägen, ferner die Verkehre derjenigen Unternehmen, die bereits über Erfahrung im Linienverkehr verfügten; außerdem habe es sich um Freistellungsverkehre handeln sollen, die aus wirtschaftlichen Gründen zu favorisieren seien. Bis auf drei weitere Unternehmen, mit denen Kooperationsvereinbarungen geschlossen worden seien, hätten nur die Freistellungsverkehre der Kläger sämtliche dieser Bedingungen erfüllt.

Das Landgericht hat den auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigungen gerichteten Klagen stattgegeben; das Berufungsgericht hat sie abgewiesen (OLG Celle WuW/E DE-R 824).

Hiergegen richtet sich die Revision der Kläger, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehren. Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht sieht die Beklagte als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne an, auch wenn mit der Durchführung der Schülerverkehre eine öffentliche Aufgabe erfüllt werde. Dagegen ist nichts zu erinnern.

Ob die Beklagte die für das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB erforderliche marktbeherrschende Stellung innehat, läßt das Berufungsgericht dahingestellt. Für das Revisionsverfahren ist hiervon zugunsten der Kläger auszugehen.

II. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Kündigungen verstießen nicht gegen das Diskriminierungsverbot, hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Mit den nur gegenüber den Klägern, nicht aber gegenüber den anderen im mittleren und nördlichen Emsland im Freistellungsverkehr tätigen ausgesprochenen Kündigungen hat die Beklagte die Kläger gegenüber gleichartigen Unternehmen unterschiedlich behandelt.

Entgegen der in der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung der Beklagten kann eine Ungleichbehandlung nicht deswegen verneint werden, weil nach der Vergabe der Transportaufträge jede Strecke des Freistellungsverkehrs für sich betrachtet werden müßte. Nur aus der Sicht des Fahrgastes ist der Verkehr von A nach B nicht durch den Verkehr von C nach D substituierbar. Im Verhältnis zur Beklagten erfüllen die Anbieter von Freistellungsverkehren nach ihrer wirtschaftlichen Funktion die gleichen Aufgaben und sind daher gleichartige Unternehmen (vgl. BGHZ 129, 53, 60 - Importarzneimittel).

2. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass es für diese Ungleichbehandlung einer sachlichen Rechtfertigung bedarf und die Kündigungen der Freistellungsverkehre gemäß § 134 BGB i.V.m. § 20 Abs. 1 GWB unwirksam sind, wenn es an einer solchen fehlt.

Allerdings will die Vorschrift des § 20 Abs. 1 GWB auch dem Normadressaten einen unternehmerischen Freiraum bei der Gestaltung und Pflege seiner Vertragsbeziehungen zur Marktgegenseite belassen und nur den Mißbrauch von Marktmacht verhindern (vgl. BGHZ 107, 273, 279 - Staatslotterie; BGH, Urt. v. 17.3.1998 - KZR 30/96, WuW/E DE-R 134, 136 - Bahnhofsbuchhandel I; Urt. v. 27.4.1999 - KZR 35/97, WuW/E DE-R 357, 359 - Feuerwehrgeräte; Urt. v. 11.12.2001 - KZR 5/00, WuW/E DE-R 839, 841 - Privater Pflegedienst). Der Senat hat hieraus für die ordentliche Kündigung eines Vertragshändlerverhältnisses abgeleitet, dass der Hersteller, der die Bewertung der Kündigung als unbillige Behinderung vermeiden will, nicht gehalten ist, nähere Gründe vorzubringen, die vom Gericht nachzuprüfen und zu bewerten wären. Die Ausübung einer vertraglich vereinbarten

Urteil des BGH Kartellsenat

Schülertransporte vom 24.06.2003

KZR 32/01

ordentlichen Kündigung - sofern sie durch eine angemessene Kündigungsfrist dem abhängigen Vertragspartner eine ausreichende Umstellungsfrist gewährt - ist in einem solchen Fall, wenn keine besonderen Umstände hinzutreten, kein Mißbrauch von Marktmacht. Sie bedarf daher außer dem Hinweis auf die wirksame vertragliche Vereinbarung grundsätzlich keiner weiteren sachlichen Rechtfertigung. Dies gilt nicht nur für den Behinderungstatbestand, sondern gleichermaßen für die unterschiedliche Behandlung von Vertragspartnern (BGH, Urt. v. 21.2.1995 - KZR 33/93, WuW/E 2983, 2988 f. - Kfz-Vertragshändler).

Bei der Fallgruppe der Vertragshändlerverträge ergibt sich indessen die Normadressatenstellung regelmäßig aus der Abhängigkeit derjenigen Händler, die dem Kreis der Vertragshändler bereits angehören und ihren Geschäftsbetrieb hierauf eingerichtet haben (BGH, Urt. v. 23.2.1988 - KZR 20/86, WuW/E 2491, 2493 - Opel-Blitz). Der Hersteller ist demgemäß nicht nur nicht verpflichtet, mit einem oder gar mit jedem Bewerber in ein Vertragshändlerverhältnis einzutreten (BGH WuW/E 2983, 2989 - Kfz-Vertragshändler), sondern ist auch hinsichtlich der Auswahl der Händler regelmäßig keinen besonderen Bindungen unterworfen.

Unterliegt hingegen der Normadressat einem Kontrahierungszwang, z.B. einer Belieferungspflicht oder einer Bezugspflicht (BGHZ 129, 53 , 60 f. - Importarzneimittel; BGH, Urt. v. 14.1.1997 - KZR 30/95, WuW/E 3104, 3106 f. - Zuckerrübenanlieferungsrecht II), kann - wenn die Verhältnisse ansonsten vergleichbar sind - ein laufendes Vertragsverhältnis nicht ohne weiteres, sondern nur beim Vorliegen besonderer Gründe gekündigt werden. Denn der Kündigende wäre gegebenenfalls zum sofortigen erneuten Vertragsschluss verpflichtet (BGHZ 107, 273 , 279 - Staatslotterie). Im Grundsatz nichts anderes gilt, wenn es dem Normadressaten - wie im Streitfall - bei der Begründung des Vertragsverhältnisses untersagt ist, gleichartige Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich zu behandeln, und er daher die Auswahl unter den Anbietern nach fairen und objektiven Auswahlkriterien, gegebenenfalls im Wege der Ausschreibung, zu treffen hat (BGHZ 101, 72 , 82 ff. - Krankentransporte; BGH, Urt. v. 13.11.1990 - KZR 25/89, WuW/E 2683, 2687 - Zuckerrübenanlieferungsrecht I; Urt. v. 8.4.2003 - KZR 39/99 - Konkurrenzschutz für Schilderpräger, zur Veröffentlichung vorgesehen). Auch dann ist es dem Normadressaten verwehrt, das Vertragsverhältnis aus Gründen zu beenden, aus denen er den Abschluß des Vertrages nicht hätte ablehnen dürfen, da andernfalls das bei der Vergabe geltende Gleichbehandlungsgebot unterlaufen würde. Demgemäß hat der Senat für die Kündigung von Verträgen über die Direktbelieferung mit Presseerzeugnissen auch bereits entschieden, dass zwar die Beendigung einer langjährigen Geschäftsbeziehung, wie sie hier zwischen den Parteien bestanden hat, aus kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich keine besondere Rechtfertigung erfordert, die damit verbundene Änderung einer bislang geübten Geschäftspraktik eines Normadressaten des § 20 Abs. 1 GWB indessen unter dem Gesichtspunkt, dass mit ihr eine unterschiedliche Behandlung gleichartiger Unternehmen verbunden ist, der sachlichen Rechtfertigung bedarf (BGH WuW/E DE-R 134, 135 f. - Bahnhofs-

buchhandel I; Urt. v. 10.11.1998 - KZR 6/97 , WuW/E DE-R 220 f. - Bahnhofsbuchhandel II).

3. Aus den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich keine hinreichende sachliche Rechtfertigung der ausgesprochenen Kündigungen.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, es komme nicht darauf an, ob die Beklagte bei der Auswahl der zu kündigenden Freistellungsverkehre nach den dezidiert vorgetragenen Kriterien vorgegangen sei oder aber diese Gründe nur "nachgeschoben" seien. Selbst wenn die Beklagte den Klägern nur deshalb gekündigt haben sollte, weil diese an der Umsetzung des Nahverkehrsplans nicht mitwirken wollten, seien die Kündigungen gerechtfertigt. Die Kläger behinderten die Umsetzung des Nahverkehrsplans des Landkreises Emsland. Der Beklagten habe unter diesen Voraussetzungen daran gelegen sein müssen, in einem ersten Schritt die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Umsetzung des Nahverkehrsplans in dem Bereich zu schaffen, in dem einerseits Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Planung bestanden hätten, ohne den aber andererseits die Gesamtplanung nicht zu verwirklichen gewesen sei. Mit diesen Erwägungen kann eine Diskriminierung nicht verneint werden.

a) Ob eine Behinderung unbillig ist oder einer unterschiedlichen Behandlung die sachliche Rechtfertigung fehlt, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgrund einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen zu beurteilen, die sich an der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Funktion des Gesetzes zu orientieren hat (BGHZ 38, 90 , 102 - Treuhandbüro; BGHZ 52, 65 , 71 - Sportartikelmesse; BGHZ 107, 273 , 280 - Staatslotterie; BGH, Beschl. v. 23.2.1988 - KVR 2/87, WuW/E 2479, 2482 - Reparaturbetrieb; BGH WuW/E DE-R 357, 359 - Feuerwehrrgeräte). Dem werden die Erwägungen des Berufungsgerichts nicht hinreichend gerecht.

b) Ohne Erfolg rügt die Revision allerdings, das Berufungsgericht habe der Beklagten zur Rechtfertigung der Kündigung nicht zugutehalten dürfen, dass die Kläger an der Umsetzung des Nahverkehrsplans nicht mitwirken wollten, weil die Beklagte darauf weder die Kündigung gestützt noch sich im Rechtsstreit berufen habe. Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils kam es zu den Kündigungen auch deshalb, weil zwischen den Parteien eine Einigung über die von der Beklagten und dem Landkreis angestrebte Neuordnung des öffentlichen Personennahverkehrs nicht zu erzielen war. Danach hat sich das Berufungsgericht jedoch auf keinen Grund für die Beendigung der Verträge gestützt, den die Beklagte nicht vorgetragen hätte.

c) Die vom Berufungsgericht herangezogene Begründung reicht jedoch nicht aus, die ausschließlich gegenüber den Klägern ausgesprochene Kündigung der Freistellungsverkehre sachlich zu rechtfertigen.

Urteil des BGH Kartellsenat

Schülertransporte vom 24.06.2003

KZR 32/01

aa) Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, Ziel der Planung des Landkreises sei es, die Schüler- und Linienverkehre zusammenzufassen, um auf diese Weise Kapazitäten zu gewinnen, die für den Ausbau des Liniennetzes in der Fläche genutzt werden könnten und sollten. Dieses Ziel sei im Grundsatz nicht zu beanstanden und werde von den Klägern ausdrücklich akzeptiert. Die Planungshoheit liege beim Landkreis, nicht aber bei den Klägern oder anderen Busunternehmen; die Kläger seien als betroffene Unternehmen lediglich - wie geschehen - zu beteiligen. Liege die Planungshoheit aber beim Landkreis, komme es unter keinem denkbaren Gesichtspunkt darauf an, ob das Alternativkonzept der Kläger zur Verbesserung der Busanbindung besser sei als der Plan des Landkreises. Selbst wenn die Rechtmäßigkeit der Planung in Teilen zweifelhaft sein sollte, seien deshalb die Kündigungen der Freistellungsverkehre nicht willkürlich. Die Beklagte könne, zumal eine Rechtswidrigkeit nicht offensichtlich sei und die der Planung zugrundegelegte Rechtsauffassung zumindest vertretbar erscheine, davon ausgehen, dass die Planung den rechtlichen Vorgaben entspreche. Dies gelte um so mehr, als die Vorgaben des Personenbeförderungsgesetzes für die hier interessierenden Freistellungsverkehre nicht anwendbar seien und keine Anhaltspunkte dafür bestünden, dass es rechtswidrig wäre, die Schüler im Linienverkehr zu befördern.

bb) Die Revision rügt mit Recht, dass sich aus diesen Ausführungen nicht ergibt, inwiefern die Kläger an der Umsetzung des Nahverkehrsplans des Landkreises nicht mitwirken wollen oder gar dessen Umsetzung behindern.

Soweit es um die zentrale Zielsetzung der Verlagerung des Schülertransports auf den Linienverkehr geht, um in diesem Bereich das Angebot zu verbessern, stellt das Berufungsgericht vielmehr ausdrücklich fest, dass dieses Ziel von den Klägern akzeptiert werde und dass es den Klägern "in weiten Teilen" nicht um die Rechtmäßigkeit der Planung als solcher gehe. Es ist daher ebenso zutreffend wie im vorliegenden Zusammenhang unbehelflich, dass die Planungshoheit beim Landkreis liegt und rechtliche Bedenken gegen die Beförderung von Schülern mit Linienverkehren nicht bestehen.

Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils sollen sich nach dem Nahverkehrsplan die Unternehmen, die im Bereich Emsland-Mitte und -Nord Linienkonzessionen besitzen, zu der Lokalbus Emsland GmbH als Betreibergesellschaft zusammenschließen. Die Kläger lehnen die Mitgliedschaft in dieser Gesellschaft ab, was sie insbesondere damit begründet haben, dass die Beklagte und der Landkreis darauf bestünden, jeweils 25 % des Stammkapitals zuzüglich einer Stimme zu halten. Sie haben behauptet, die Freistellungsverkehre würden nur dann in den Linienverkehr überführt, wenn die Beklagte - gemeint möglicherweise auch: die Lokalbus Emsland GmbH - über die Linienkonzessionen verfüge. Das Berufungsgericht führt demgemäß aus, das Planungsziel - "Schüler auf die Linien" und Verbesserung des Linienangebots - sei zwischen den Parteien nicht streitig; sie stritten vielmehr darüber, ob die Beklagte Inhaberin von Linienkonzessionen sein könne, an wen die Bezirksregierung im Einzelfall neue Linien zu vergeben habe und ob es rechtmäßig sei,

wenn die Beklagte Freistellungsverkehre nur auf solche Linien geben wolle, für die sie die Lizenz habe.

Das legt es nahe, dass sich - was das Berufungsurteil offenläßt - die fehlende Mitwirkungsbereitschaft der Kläger auf diesen Teil des bzw. seiner tatsächlichen Umsetzung bezieht. In diesem Fall hätte das Berufungsgericht nicht dahinstehen lassen dürfen, ob die Beklagte ein rechtmäßiges Ziel mit rechtmäßigen Mitteln verfolgt. Das Oberlandesgericht meint hierzu in anderem Zusammenhang, die Kläger könnten nichts daraus herleiten, dass die Beklagte Freistellungsverkehre nur dann auf die Linien geben wolle, wenn sie über die Liniennetze verfüge; ob die Beklagte den Nahverkehrsplan letztlich in rechtmäßiger Weise umsetze, könne erst bei oder nach der Umsetzung beurteilt werden. Beträfe die vom Berufungsgericht gerügte "Verweigerungshaltung" der Kläger jedoch rechtswidrige Teile oder eine rechtswidrige Form der Umsetzung des Nahverkehrsplans, könnte dies die Kündigung der Freistellungsverkehre nicht sachlich rechtfertigen.

d) Die Revision wendet sich ferner mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, zur Erfüllung der vom Landkreis beschlossenen Planung des öffentlichen Personennahverkehrs sei es sachgerecht gewesen, die Freistellungsverkehre mit den Klägern zu kündigen.

aa) Das Berufungsgericht meint, im Hinblick auf die ablehnende Haltung der Kläger gegenüber der konkreten Form der Neuordnung der betroffenen Verkehre habe der Beklagten daran gelegen sein müssen, in einem ersten Schritt die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Umsetzung des Nahverkehrsplans in dem Bereich zu schaffen, in dem einerseits Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Planung bestanden, ohne den aber andererseits die Gesamtplanung nicht zu verwirklichen war. Die Beklagte habe diese Verkehre nach diesem ersten Schritt auch für einen begrenzten Zeitraum neu ausschreiben dürfen. Denn sie habe Zeit benötigt, die Umsetzung voranzutreiben. Eine sofortige, vollständige Umsetzung sei schon angesichts der Kundenirritationen bei der plötzlichen Änderung des öffentlichen Personennahverkehrs in Emsland-Süd nicht geboten gewesen. Die Beklagte sei auch nicht gehalten gewesen, die Freistellungsverkehre mit den Klägern weiterlaufen zu lassen, bis die neuen Linien bestandskräftig vergeben worden seien. Sie habe sich nicht auf den unsicheren Weg einer außerordentlichen Kündigung nach § 5 lit. d der fraglichen Verträge einlassen müssen. Denn angesichts der mangelnden Kooperation der Kläger habe sie damit rechnen müssen, dass solche Kündigungen nicht akzeptiert würden und die Kläger diese Kündigungen gerichtlich überprüfen lassen würden. Es sei mithin zu befürchten gewesen, dass ein Abwarten die Durchsetzung des Konzepts weiter verzögert hätte.

bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist jedoch nicht erkennbar, inwiefern die Kündigungen die Durchsetzung des Konzepts gefördert hätten. Nach § 5 Abs. 2 lit. d der bestehenden Verträge war eine außerordentliche Kündigung möglich, wenn bei der

Umsetzung des öffentlichen Personennahverkehrs im Landkreis Emsland eine Änderung notwendig wurde. Statt hiervon Gebrauch zu machen, konnte die Beklagte zwar auch ordentlich kündigen. Sie hat die gekündigten Freistellungsverkehre jedoch nicht "auf Linie gegeben", sondern neu ausgeschrieben und erneut an die Kläger vergeben, wobei nach dem Vortrag der Kläger - gegenteilige Feststellungen sind nicht getroffen - das außerordentliche Kündigungsrecht entfallen ist. Die Beklagte verfügte damit im Hinblick auf eine künftige Umstellung der Schülertransporte über ein weniger flexibles vertragliches Instrumentarium als zuvor. Feststellungen dazu, dass die Laufzeiten der neuen Verträge auf voraussichtlich für die Umstellung der Verkehre günstige Zeitpunkte abgestellt gewesen wären, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Mit Rechtsstreitigkeiten bei Auslaufen der neuen Verträge und anschließender Realisierung ihres Umstellungskonzepts musste die Beklagte zudem in jedem Fall rechnen.

III. Eine eigene Sachentscheidung ist dem Senat verwehrt, da das Berufungsgericht keine tatsächlichen Feststellungen zum Inhalt des Nahverkehrsplans und seiner Umsetzung durch den Landkreis und die Beklagte sowie zu den Maßnahmen, an denen die Kläger nicht mitwirken wollen, getroffen hat, die die Beurteilung erlaubten, ob sich die Kläger lediglich einem rechtswidrigen Verhalten verweigert haben. Diese Feststellungen wird das Berufungsgericht nachzuholen und den festgestellten Sachverhalt sodann unter Berücksichtigung namentlich der Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes zu würdigen haben. Es wird dabei gegebenenfalls zu berücksichtigen haben, dass ein Nahverkehrsplan nach § 8 Abs. 3 PBefG nicht zur Ungleichbehandlung von Unternehmen führen darf.

Urteil des BGH Kartellsenat

Konkurrenzschutz für Schilderpräger vom 08.04.2003

KZR 39/99

Norm: § 20 Abs 1 GWB

Befristete Mietverträge bei marktbeherrschender Stellung des Vermieters - Konkurrenzschutz für Schilderpräger

Leitsatz

Konkurrenzschutz für Schilderpräger

Ein marktbeherrschender Vermieter darf, ohne gegen das Verbot unbilliger Behinderung nach § 20 Abs. 1 GWB zu verstoßen, in begrenzter Zahl zur Verfügung stehende Gewerbeflächen nur in einer Weise vermieten, die den Marktzutritt für aktuelle und potentielle Wettbewerber des Mieters nicht für einen längeren Zeitraum als fünf Jahre blockiert. Das setzt regelmäßig eine Feststellung des Bedarfs durch Ausschreibung bei der erstmaligen Vermietung sowie die Wiederholung dieses Vorgehens in entsprechenden zeitlichen Abständen voraus.

Orientierungssatz

Zitierungen: Fortführung BGH, 14. Juli 1998, KZR 1/97 - Schilderpräger im Landratsamt; BGH, 28. September 1999, KZR 18/98 - Beteiligungsverbot für Schilderpräger I; BGH, 3. Juli 2001, KZR 11/00 - Beteiligungsverbot für Schilderpräger II und BGH, 24. September 2002, KZR 4/01 - Kommunalen Schilderprägebetrieb.

Fundstellen

Urteil des BGH Kartellsenat

Konkurrenzschutz für Schilderpräger vom 08.04.2003

KZR 39/99

WRP 2003, 988-990 (Leitsatz und Gründe)

NZM 2003, 597-598 (Leitsatz und Gründe)

WuW/E DE-R 1099-1101 (Leitsatz und Gründe)

GRUR 2003, 809-811 (Leitsatz und Gründe)

GewArch 2003, 390-391 (Leitsatz und Gründe)

NJW 2003, 2684-2685 (Leitsatz und Gründe)

GuT 2003, 193-194 (Leitsatz und Gründe)

BGHRReport 2003, 1021-1022 (Leitsatz und Gründe)

ZMR 2003, 651-653 (Leitsatz und Gründe)

BGHR GWB § 20 Abs 1 Konkurrenzschutz 1 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend Brandenburgisches Oberlandesgericht 3. Zivilsenat, 26. Mai 1999, Az: 3 U 172/98, Urteil
vorgehend LG Potsdam, 14. Juli 1998, Az: 6 O 238/98, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Abgrenzung OLG München Kartellsenat, 7. April 2005, Az: U (K) 4300/04

Literaturnachweise

Florian Wagner, EWiR 2003, 867-868 (Anmerkung)

Volker Emmerich, LMK 2003, 169-170 (Anmerkung)

Willi E Joachim, NZM 2004, 57-61 (Entscheidungsbesprechung)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Fortführung BGH Kartellsenat, 24. September 2002, Az: KZR 4/01

Fortführung BGH Kartellsenat, 3. Juli 2001, Az: KZR 11/00

Fortführung BGH Kartellsenat, 28. September 1999, Az: KZR 18/98

Fortführung BGH Kartellsenat, 14. Juli 1998, Az: KZR 1/97

Tenor

Urteil des BGH Kartellsenat

Konkurrenzschutz für Schilderpräger vom 08.04.2003

KZR 39/99

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 26. Mai 1999 aufgehoben.

Die Berufung der Kläger gegen das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam vom 14. Juli 1998 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits haben die Kläger zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte ist Eigentümerin von Grundstücken in K., auf denen sie das F.-Center errichtet hat, welches eine Vielzahl von gewerblich genutzten Räumen für Verkaufsstätten und Dienstleistungsunternehmen enthält. An die Kläger vermietete die Beklagte im Dezember 1997 im ersten Obergeschoß des Centers gelegene Gewerberäume, die nach dem Vertrag nur "als Verkaufs- und Herstellungsstätte von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen sowie zur Betreuung einer Versicherungsmehrfachagentur" verwendet werden durften; eine Änderung des Nutzungszwecks bedurfte der schriftlichen Zustimmung der Beklagten. Die Mietzeit betrug zehn Jahre mit einer zweimaligen Verlängerungsoption für die Mieter von je weiteren zehn Jahren.

In dem Standard-Mietvertrag, dessen § 1 Abs. 6 allerdings das Ergebnis längerer Verhandlungen ist, heißt es in § 1 Abs. 6 und 7:

"(6) Die vertragsschließenden Parteien sind sich darüber einig, dass der Mieter für die Dauer des Mietverhältnisses Konkurrenzschutz, bezogen auf Herstellung und Verkauf von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen sowie für eine Versicherungsmehrfachagentur, für sich in Anspruch nehmen kann.

(7) Dem Mieter ist bekannt, dass durch die Vielzahl der im Gebäudekomplex vertretenen Verkaufsgeschäfte unter Umständen eine Mehrfachbesetzung einer Branche, evtl. auch unmittelbar benachbart erfolgen kann. Der Mieter verzichtet ferner auf jegliche Schadensersatzforderungen aus dem Grunde, dass ein anderer Mieter innerhalb eines gleichen oder innerhalb eines anders gelagerten Sortiments die gleichen Artikel führt. Sofern sich nach Abschluß des Mietvertrages Änderungen in der Zusammensetzung der Mieter bzw. Branchen ergeben, erwachsen hieraus dem Mieter keine Schadensersatzforderungen an den Vermieter."

Mitte Februar 1998 nahmen in dem F.-Center, in ebenfalls angemieteten, unmittelbar an das Geschäft der Kläger angrenzenden Räumen die Führerschein- und die Kfz-Zulassungsstelle von K. ihre Tätigkeit auf. Gleichzeitig eröffnete die Streithelferin der Beklagten,

Urteil des BGH Kartellsenat

Konkurrenzschutz für Schilderpräger vom 08.04.2003

KZR 39/99

die inzwischen nach Ablehnung eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens kraft Gesetzes aufgelöste W. M. gesellschaft mbH, im Erdgeschoß des F.-Centers ein Ladenlokal, in dem sie von ihr hergestellte Kfz-Schilder und außerdem Malerbedarf verkaufte. Noch vor Abschluß eines Mietvertrages zwischen der Beklagten und der Streithelferin erwirkten die Kläger eine nach Widerspruch durch Urteil bestätigte einstweilige Verfügung, durch die der Beklagten aufgegeben wurde, der Streithelferin zu untersagen, in den von dieser benutzten Räumen Kfz-Kennzeichen herzustellen und zu vertreiben. Das Landgericht Potsdam hat den Klägern die Erhebung der Hauptsacheklage aufgegeben. Sie ist Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits, in dem die Kläger - gestützt auf § 1 Abs. 6 ihres mit der Beklagten geschlossenen Mietvertrages - der Beklagten sinngemäß verbieten lassen wollen, Räume im F.-Center an die Streithelferin oder Dritte zur Herstellung oder/und zum Vertrieb von Kfz-Kennzeichen zu überlassen oder die entsprechende Nutzung weiterhin zu gestatten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat zugunsten der Kläger erkannt. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet und führt zur Wiederherstellung des in erster Instanz ergangenen klageabweisenden Urteils.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, zwischen den Parteien sei zwar ein mietrechtlicher Konkurrenzschutz nicht vereinbart worden, weil die Regelungen in § 1 Abs. 6 und Abs. 7 des Mietvertrages zueinander in einem unlösbaren Widerspruch stünden; die Kläger könnten jedoch auch ohne ausdrückliche Regelung von der Beklagten verlangen, dass sie sie vor Wettbewerb im F.-Center schütze ("vertragsimmanenter Konkurrenzschutz"). Kartellrechtliche Gründe stünden dem schon deswegen nicht entgegen, weil die Beklagte - anders als in den vom Senat bisher entschiedenen Fällen - den Bedarf an zu prägenden Schildern nicht selbst geweckt habe, sondern nur als Vermieterin der Gewerberäume für den Landkreis und für die Kläger in Erscheinung getreten sei. Dies hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

2. Mit der Regelung in § 1 Abs. 6 des Mietvertrages hat die Beklagte die Verpflichtung übernommen, die Kläger davor zu bewahren, dass ihnen ein anderer Mieter oder Nutzer von Räumen im F.-Center Konkurrenz bei der Herstellung und dem Verkauf von amtlichen Kfz-Schildern macht. § 1 Abs. 7 des Vertrages steht diesem Verständnis der vertraglichen Abreden nicht entgegen. Die gegenteilige Auslegung des Berufungsgerichts beruht auf Rechtsirrtum. Denn sie setzt sich darüber hinweg, dass es für den "unlösbaren Widerspruch" eine naheliegende Erklärung gibt. Schon nach seinem Wortlaut regelt § 1 Abs. 7

Urteil des BGH Kartellsenat

Konkurrenzschutz für Schilderpräger vom 08.04.2003

KZR 39/99

nur den Ausschluß von Schadenersatzforderungen, behandelt aber nicht die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen. Vor allem aber übergeht das Berufungsgericht den unstreitigen Umstand, dass die Regelung des § 1 Abs. 7 Teil des Standard-Mietvertrages mit allen Mietern des F.-Centers ist, während die Konkurrenzschutzvereinbarung in § 1 Abs. 6 individuell aufgrund längerer Verhandlungen getroffen worden ist. Dies schließt es aus, beide Vertragsbestimmungen als gleichrangig anzusehen, was die Voraussetzung für den von dem Berufungsgericht angenommenen "unlösbaren Widerspruch" wäre. Vielmehr kann der Vertrag nur dahin verstanden werden, dass § 1 Abs. 6 des Mietvertrages Vorrang genießt und die Beklagte als Vermieterin hierin die - nach dem Standardmietvertrag, der die Art der Nutzung für jedes Objekt bindend festschreibt, ohne weiteres durchsetzbare - Verpflichtung gegenüber den Klägern übernommen hat, ihnen als einzigem Unternehmen die Herstellung und den Verkauf von amtlichen Kfz-Schildern in den Räumen des F.-Centers zu erlauben.

3. Mit dieser Auslegung, die im Ergebnis dem von dem Berufungsgericht bejahten "vertragsimmanenten Konkurrenzschutz" nahe kommt, begegnen die mietvertraglichen Abreden jedoch durchgreifenden kartellrechtlichen Bedenken. Der Vertrag verstößt insoweit gegen § 20 Abs. 1 GWB .

Das Berufungsgericht missversteht die bisherige Rechtsprechung des Senats zu den sog. "Schilderprägerfällen" (vgl. Urt. v. 14.7.1998 - KZR 1/97 , WuW/E DE-R 201 ff. - Schilderpräger im Landratsamt; v. 28.9.1999 - KZR 18/98 , WuW/E DE-R 395 ff. - Beteiligungsverbot für Schilderpräger I; v. 3.7.2001 - KZR 11/00 , juris KORE742842001 - Beteiligungsverbot für Schilderpräger II; v. 24.9.2002 - KZR 4/01 , WuW/E DE-R 1003 - Kommunalen Schilderprägebetrieb), wenn es annimmt, Normadressat des aus § 20 Abs. 1 GWB folgenden Verbots sei allein die Stelle der öffentlichen Verwaltung, welche den Bedarf an der Herstellung und dem Verkauf von amtlichen Kfz-Schildern hervorgerufen habe. Vielmehr richtet sich das Verbot, andere Schilderprägerunternehmen i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB unbillig zu behindern, gerade an die Beklagte als dasjenige Unternehmen, das die alleinige Verfügungsgewalt über die Überlassung von Gewerbeflächen für Schilderpräger auf dem hier in Rede stehenden relevanten Markt besitzt.

Der Markt, auf den hier abzustellen ist, umfaßt das Angebot von Gewerbeflächen, die sich für einen Schilderpräger zur Anmietung oder sonstigen Nutzung eignen, der den bei den Besuchern der Kfz-Zulassungsstelle anfallenden Bedarf an amtlichen Kfz-Schildern decken möchte. Wegen der Lage der Zulassungsstelle im Gebäude des F.-Centers, sind alle in demselben Komplex liegenden, erst recht aber die unmittelbar an die genannte Dienststelle angrenzenden Gewerbeflächen den Standorten für Schilderpräger vorzuziehen, die außerhalb des F.-Centers liegen und nur nach Zurücklegen einer größeren Strecke zu erreichen sind. Der Standortvorteil des Schilderprägers im Gebäude schlägt auf den vorgelegten Vermietermarkt durch und verschafft der Beklagten damit eine überragende Marktstellung. Mit der Vermietung der Räume an die Kläger zu dem festgelegten Zweck

Urteil des BGH Kartellsenat

Konkurrenzschutz für Schilderpräger vom 08.04.2003

KZR 39/99

der Herstellung und des Verkaufs von amtlichen Kfz-Kennzeichen hat die Beklagte einen Geschäftsverkehr eröffnet, der Schilderprägern üblicherweise zugänglich ist.

Nach der genannten Senatsrechtsprechung liegt ein Verstoß gegen das Verbot unbilliger Behinderung vor, wenn bei der Vermietung von für Schilderpräger geeigneten, nur in begrenzter Zahl bereitstehenden Räumen die Auswahl unter den in Frage kommenden Interessenten nicht unter angemessenen und fairen Bedingungen vorgenommen wird. Der marktbeherrschende Vermieter ist nicht nur verpflichtet, den aktuellen Bedarf auf dem Wege der Ausschreibung zu ermitteln, er darf, wenn er entsprechende Gewerbeflächen vermietet, den Marktzutritt für aktuelle und potentielle Wettbewerber des Mieters nicht für einen längeren Zeitraum als fünf Jahre blockieren, sondern muss die Räumlichkeiten in entsprechenden Abständen neu ausschreiben. Dem wird der hier zu beurteilende Vertrag schon deswegen nicht gerecht, weil er ohne Ausschreibung geschlossen worden ist und den Klägern ein exklusives Recht des Schilderverkaufs im F.-Center mit einer Erstlaufzeit von zehn Jahren eingeräumt hat. Obendrein ist den Mietern die einseitig von ihnen auszuübende Option einer zweimaligen Verlängerung des Vertrages eröffnet worden, so dass alle Wettbewerber der Kläger, falls diese das Optionsrecht ausüben, von der Anmietung der genannten Gebäudeflächen für die Dauer von dreißig Jahren ausgeschlossen und darauf verwiesen sind, ihre Leistung an anderen, weniger günstigen Standorten anzubieten.

Urteil des OLG Celle 13. Zivilsenat vom 20.02.2003

13 U 209/02

Norm: § 1 UWG

Wettbewerbsverstoß durch Schilderprägeunternehmen: Wettbewerbswidriges Ansprechen von Kunden vor dem Geschäft eines Mitbewerbers

Leitsatz

Maßnahmen, die dem Anlocken von Kunden dienen, sind wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG , wenn sie mit einer Belästigung des Kunden verbunden sind, die nach den Anschauungen des durchschnittlichen, verständigen Verkehrsteilnehmers das noch tragbare Maß überschreiten. Hierzu zählt das unaufgeforderte Ansprechen von Kunden vor dem Geschäft eines Mitbewerbers jedenfalls dann, wenn damit nach den Umständen des Falles eine nicht hinnehmbare Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Kunden verbunden ist.

Fundstellen

OLGR Celle 2003, 251-252 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Verden, 1. Oktober 2002, Az: 7 O 394/02, Urteil

Tenor

Auf die Berufung der Verfügungsklägerin wird das Urteil des Landgerichts Verden vom 1. Oktober 2002 geändert. Die Verfügungsbeklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, potenzielle Kunden der Verfügungsklägerin in die Geschäftsräume der Verfügungsbeklagten zu locken, indem die Inhaberin oder die Angestellten der Verfügungsbeklagten Kunden, die über die Straße auf die Schilderläden der Verfügungsklägerin und der Verfügungsbeklagten zugehen, gezielt auf der Straße ansprechen und/oder von der Straße in den Schilderladen der Verfügungsbeklagten hereinwinken.

Der Verfügungsbeklagten wird für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung gegen das Verbot ein Ordnungsgeld bis zu 25.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu insgesamt 2 Jahren, angedroht.

Die Verfügungsbeklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Gründe

I.

Die Parteien sind Unternehmen der Schilderprägebranche. Ihre Geschäfte befinden sich unmittelbar nebeneinander in der ... in ... Die Verfügungsklägerin (im Folgenden: Klägerin) hat geltend gemacht, die Verfügungsbeklagte (im Folgenden: Beklagte) winke Kunden, die von der nahe gelegenen Zulassungsstelle zu den Geschäften herüberkamen, zu ihrem Geschäft und spreche sie dahin an, dass es bei ihr Kfz-Nummernschilder zu erwerben gebe. Die Klägerin hat gemeint, hierbei handele es sich um ein wettbewerbswidriges Abfangen von Kunden. Sie hat die Beklagte im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Klägerin verfolgt mit der Berufung ihr Unterlassungsbegehren weiter. Sie hat zuletzt beantragt, der Beklagten bei Meidung der üblichen Ordnungsmittel zu untersagen, potenzielle Kunden der Klägerin in die Geschäftsräume der Beklagten zu locken, indem die Beklagte oder ihre Angestellten Kunden, die über die Straße auf die Schilderläden der Parteien zugehen, gezielt auf der Straße ansprechen und/oder von der Straße in den Schilderladen der Beklagten hereinwinken.

II.

Die Berufung ist begründet. Die beantragte einstweilige Verfügung ist zu erlassen.

1. Der geltend gemachte Verfügungsanspruch steht der Klägerin zu.

a) Das beanstandete Verhalten der Beklagten ist wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG .

Maßnahmen, die dem Anlocken von Kunden dienen, sind wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG , wenn sie mit einer Belästigung des Kunden verbunden sind, die nach den An-

schauungen des durchschnittlichen, verständigen Verkehrsteilnehmers das noch tragbare Maß überschreiten. Hierzu zählt das unaufgeforderte Ansprechen von Kunden vor dem Geschäft eines Mitbewerbers jedenfalls dann, wenn damit nach den Umständen des Falles eine nicht hinnehmbare Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Kunden verbunden ist (vgl. BGH, GRUR 1960, 431 - Kraftfahrzeugnummerschilder; Baumbach/Helffermehl, 21. Aufl., § 1 UWG Rdnr. 214; Köhler/Piper, 3. Aufl., § 1 UWG Rdnr. 109, 391 f.). So ist es hier:

Die Beklagte hat zum Zweck des Anwerbens von Kunden Personen, die von der Zulassungsstelle auf die Geschäftslokale der Parteien zugehen und sich noch nicht entschieden haben, welchen der Läden sie betreten sollen, heran gewinkt und dahin angesprochen, sie sollten in ihr Geschäft kommen. Diesen von der Klägerin dargelegten und durch eidesstattliche Versicherungen ihrer Angestellten glaubhaft gemachten Sachverhalt hat die Beklagte in erster Instanz nur dahin bestritten, sie habe die Kunden nie von der Straße aus angesprochen. Im Übrigen hat die Beklagte in der Klageerwiderung ausdrücklich eingeräumt, dass sie (von ihrem Laden aus) Personen darauf aufmerksam gemacht habe, dass es in ihrem Geschäft Kfz-Kennzeichen zu erwerben gebe, und dass sie "bei ihr richtig seien". In der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung hat die Beklagte erklärt, dass sie von ihrem Geschäft aus Kunden hereinwinke, weil Viele irritiert seien, dass zwei Geschäfte, die Kfz-Schilder vertrieben, nebeneinander lägen, und weil die Kunden daher nicht wüssten, welches Geschäft sie aufsuchen sollten; insoweit sei es richtig, dass sie aus ihrem Laden heraus Kunden angesprochen habe. Bei dieser Sachlage hält der Senat das Berufungsvorbringen der Beklagten für nicht überzeugend, sie habe niemanden angesprochen oder von sich aus in ihr Geschäft hereingerufen, vielmehr habe sie nur dann durch Gesten auf ihr Angebot hingewiesen, wenn Kunden "Blickkontakt aufgenommen" hätten. Die von der Beklagten zur Glaubhaftmachung dieses neuen Vortrags vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen sind auch nicht eindeutig. Die darin enthaltene Aussage, die Beklagte "spreche keine Kunden auf der Straße an" bzw. sie nehme "keinen Kontakt zu Leuten auf der Straße auf" ist möglicherweise so gemeint, dass die Beklagte die beanstandeten Handlungen nur aus ihrem Geschäft heraus vorgenommen habe. Darauf kommt es indes nicht an.

Nach der Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass ein erheblicher Teil der angesprochenen Kunden ein derartiges gezieltes Ansprechen vor den Geschäften zweier Mitbewerber als Belästigung empfindet, und zwar auch dann, wenn es in freundlicher Weise erfolgt. Die Personen, die von der Zulassungsstelle kommen und ein Nummernschild erwerben wollen, werden regelmäßig ein Interesse daran haben, sich die Schaufenster und die Werbetafeln beider Geschäfte anzusehen und ihre Entscheidung in Ruhe zu treffen. Das Verhalten der Beklagten ist geeignet, dieses zu verhindern. Die Beklagte hat selbst vorgebracht, dass sie solche Passanten angesprochen habe, die noch unentschieden gewesen seien, welches der Geschäfte sie aufsuchen sollten. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass hierdurch bei vielen der Angesprochenen ein Gefühl von Unbehagen oder Verlegenheit verursacht wird. Dieser Teil der Verkehrsteilnehmer wird häufig eine freundliche Bitte nicht ablehnen oder eine unangenehme Situation vermeiden wollen und sich daher "unter

Zugzwang" fühlen. Damit verhindert die Beklagte bei einem erheblichen Teil der Kunden, dass sie sich ungestört für eine der beiden Einkaufsmöglichkeiten entscheiden können.

Ein solches Werbeverhalten überschreitet das noch tragbare Maß. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass ohne ein Verbot die Klägerin zu derselben Werbemethode greifen müsste, um ihre Wettbewerbsposition zu behaupten. Gerade in der Schilderprägebranche würde das Zulassen eines gezielten Ansprechens von Kunden vor dem Geschäft des Mitbewerbers zu einer untragbaren Belästigung führen. Denn es kommt, wie der Senat aus anderen Verfahren weiß, sehr häufig vor, dass in der Nähe der Zulassungsstelle zwei oder mehrere Schilderpräge-Läden dicht beieinander oder sogar im selben Gebäude liegen.

Entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung spielt es für die Entscheidung keine Rolle, dass die Beklagte ihr Geschäft schon seit 50 Jahren in der ... betreibt, während die Klägerin erst vor kurzer Zeit eine Filiale neben dem Geschäft der Klägerin eröffnete. Der hierdurch aus Sicht der Klägerin möglicherweise verursachte scharfe Wettbewerb rechtfertigt es nicht, der Klägerin eine bevorzugte Stellung im Hinblick auf ihr Werbeverhalten einzuräumen.

Diese Beurteilung steht nicht im Widerspruch zu der vom OLG Frankfurt in dem Urteil vom 8. Februar 2001 (OLGR 2001, 115 = NJW-RR 2001, 554 = GRUR 2002, 639) vertretenen Ansicht, das gezielte Ansprechen von Passanten in öffentlichen Verkehrsräumen zu Werbezwecken sei heute nicht mehr ohne weiteres, sondern nur beim Vorliegen besonderer Umstände sittenwidrig. Denn im Streitfall liegen solche besonderen Umstände vor. Die angesprochenen Kunden befinden sich aus ihrer Sicht gerade nicht in einer Lage, in der sie der Ansprache durch die Beklagte ohne weiteres durch Nichtbeachtung oder eine kurze abweisende Bemerkung ausweichen können, wie dies beispielsweise der Fall sein mag, wenn Passanten auf öffentlichen Plätzen als Telefonkunden angeworben werden sollen. Sie haben kurz zuvor ihr Fahrzeug zugelassen und sind im Begriff das benötigte Nummernschild entweder bei der Beklagten oder bei dem benachbarten Konkurrenzunternehmen erwerben. **Die Freiheit, über die beiden am Ort vorhandenen Alternativen ungestört zu entscheiden, wird durch die beanstandete Werbemaßnahme der Beklagten in nicht hinnehmbarer Weise beeinträchtigt.**

b) Aufgrund des begangenen Wettbewerbsverstoßes besteht eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr.

c) Der Unterlassungsanspruch ist nicht verjährt, weil die Verjährung durch die Zustellung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung rechtzeitig gehemmt worden ist und die Hemmung andauert (§ 204 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 BGB).

2. Die für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderliche Eilbedürftigkeit liegt vor.

Die Dringlichkeit der Sache wird gemäß § 25 UWG vermutet. Die Verfügungsbeklagte hat die Dringlichkeitsvermutung nicht widerlegt. Ohne Erfolg verweist sie auf die Rechtspre-

chung, wonach die Dringlichkeitsvermutung des § 25 UWG entfällt, wenn der Verletzte nach Kenntnis des Wettbewerbsverstoßes längere Zeit weder abgemahnt hat noch gegen den Verletzer gerichtlich vorgegangen ist (Senat, OLG-Report 1999, 291 m. N.). Die von der Klägerin mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung geltend gemachten häufigen Verstöße sind bis auf einen Fall in der Zeit zwischen dem 25. Juli und dem 9. August 2002 geschehen. Am 9. August 2002 mahnte die Klägerin die Beklagte ab und forderte sie auf, bis zum 12. August 2002 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 12. August 2002 ab. Bereits am 19. August 2002 ging bei dem Landgericht Verden der Antrag der Klägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ein. Diesem Ablauf kann nicht entnommen werden, dass die Klägerin die Verfolgung des beanstandeten Verhaltens selbst als nicht eilig angesehen hat. Hierfür lässt sich auch nicht anführen, dass nach dem Vorbringen der Klägerin einer der Verstöße schon am 11. Juni 2002 erfolgte. Insoweit hat die Verfügungsklägerin in der mündlichen Verhandlung unbestritten vorgetragen, dass sie sich unmittelbar nach diesem Verstoß mit der Beklagten in Verbindung setzte und von der Beklagten die Zusage erhielt, weitere Verstöße zu unterlassen.

Der Verfügungsgrund entfällt auch nicht dadurch, dass die Beklagte die Rechtsmittelfristen bis auf wenige Tage ausgeschöpft hat. Nach der Rechtsprechung des Senats führt das Ausnutzen der Rechtsmittelfristen in aller Regel nicht zu einer Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung des § 25 UWG . Besondere Umstände, die hier ausnahmsweise eine andere Wertung rechtfertigen könnten, liegen nicht vor.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO .

Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes

8. Senat vom 15.10.2002

8 TG 2579/02

Normen: § 17a Abs 2 GVG, § 40 Abs 1 VwGO

Verweisung im Eilverfahren; Verwaltungsrechtsweg für Streit um Zulassung

Leitsatz

1. Die Verweisungsvorschrift des § 17 a Abs 2 GVG ist auch im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren anwendbar; das gilt allerdings nicht für die Vorschrift des § 17 a Abs 4 Sätze 4 bis 6 GVG über das weitere Beschwerdeverfahren.
2. Für das Rechtsschutzbegehren eines privaten Kfz-Schilderprägebetriebes gegen die Vergabe von Räumen im Gebäude einer Kfz-Zulassungsstelle durch den Landkreis an ein (gemeinnütziges) Konkurrenzunternehmen ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

Fundstellen

ESVGH 53, 128 (Leitsatz)
WRP 2003, 112-115 (red. Leitsatz und Gründe)
NVwZ 2003, 238-239 (Leitsatz und Gründe)
VRS 104, 461-465 (2003) (Leitsatz und Gründe)
VerkMitt 2003, Nr 59 (Leitsatz und Gründe)
GewArch 2003, 376-378 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend VG Kassel, 2. September 2002, Az: 3 G 2041/02

Tatbestand

I.

Die Antragstellerin ist Inhaberin einer in ... betriebenen Kfz-Schilderprägestelle, die sich unmittelbar gegenüber der Kfz-Zulassungsstelle des Landkreises ... befindet.

Im April 2002 wurde ihr bekannt, dass der Landkreis ..., d.h. der durch den Kreisausschuss vertretene Antragsgegner, beabsichtige, der überwiegend von kommunalen und kirchlichen Trägern betriebenen und als gemeinnützig anerkannten ...GmbH einen Raum für das Prägen und Verkaufen von Kfz-Schildern in dem Verwaltungsgebäude der Kfz-Zulassungsstelle ... zu vermieten, die im Zuge der für das Jahr 2003 geplanten Zusammenlegung des Kfz-Zulassungswesens des Landkreises und der Stadt ... erhalten bleiben soll. Die Antragstellerin wiederholte deshalb ihrerseits im Mai 2002 ein entsprechendes, bereits 1994 abgelehntes Mietgesuch und wandte sich wegen ihrer drohenden Existenzgefährdung u.a. an die IHK-..., das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung, den Bundesverband der Autoschilderfirmen und Fahrzeugdienstleister e.V., den Staatsminister ... und das RP ... In einem zusammengefassten Antwortschreiben vom 18. Juni 2002 hielt der Antragsgegner an seiner Absicht fest; das RP ... lehnte mit Schreiben vom 27. Juli 2002 ein kommunalaufsichtliches Einschreiten ab.

Am 28. August 2002 hat die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht Kassel einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt, mit der dem Antragsgegner untersagt werden soll, Räume im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle des Landkreises ... in ... zum Zwecke der Herstellung und des Vertriebs von Kfz-Kennzeichen entgeltlich oder unentgeltlich an Dritte, insbesondere an die ...GmbH, - hilfsweise: ohne vorherige Ausschreibung - zu überlassen. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen geltend gemacht, die ohne Ausschreibung erfolgte Vermietung der Räume in der Zulassungsstelle an die mit dem Antragsgegner eng verknüpfte ...GmbH werde dieser eine faktische Monopolstellung verschaffen und sie, die Antragstellerin, zur Aufgabe ihres Geschäftes zwingen. Sie leite dagegen Abwehransprüche aus kommunalrechtlichen Vorschriften bzw. dem Verfassungsrecht des Landes Hessen und der Bundesrepublik Deutschland ab, an die der Antragsgegner als Träger hoheitlicher Gewalt auch bei einer privatwirtschaftlichen Betätigung gebunden sei, zumal die Bereitstellung der Räumlichkeiten unmittelbar mit der hoheitlichen Aufgabe der Kfz-Zulassung zusammenhänge; diese Normen entfalteten auch Drittschutz zu ihren Gunsten. Kommunalrechtlich und nach der Landesverfassung sei dem Antragsgegner der Missbrauch seiner wirtschaftlichen Machtstellung verboten und müsse er das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht und das Gebot der Wirtschaftlichkeit beachten. Nach einem Landesgesetz und nach der Landesverfassung habe er kleine und mittlere Unternehmen zur Angebotsaufgabe aufzufordern und sie auch ansonsten besonders zu fördern. Schließlich begehre sie die Abwehr verfassungswidrigen, nämlich gegen Art. 12 Abs. 1,

Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes

8. Senat vom 15.10.2002

8 TG 2579/02

Art. 14 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG verstoßenden Verhaltens des Antragsgegners. Nur hilfsweise berufe sie sich auf § 33 und § 20 Abs. 1 GWB , über die das Verwaltungsgericht gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG ebenfalls zu entscheiden habe.

Das Verwaltungsgericht Kassel hat sich mit Beschluss vom 2. September 2002 - 3 G 2041/02 - für unzuständig erklärt und das Verfahren an das Landgericht Kassel - Kammer für Handelssachen - verwiesen, weil der geltend gemachte Anspruch wettbewerbsrechtlicher Natur sei und der Antragsgegner entgegen der Auffassung der Antragstellerin hier keinen sich aus dem öffentlichen Recht ergebenden Schranken unterliege. Die von ihr herangezogenen Vorschriften seien offensichtlich nicht einschlägig.

Gegen den ihr am 4. September 2002 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 16. September 2002 die vorliegende Beschwerde eingelegt, zu deren Begründung sie im Wesentlichen geltend macht: Sie wende sich nicht wettbewerbsrechtlich gegen unlauteres Verhalten des Antragsgegners auf dem Markt für Vermietungsleistungen, sondern gegen dessen drohenden Eingriff in den Wettbewerb auf dem Markt für Schilderprägungen, nämlich dagegen, dass der Antragsgegner unter Verstoß gegen kommunal- und verfassungsrechtliche Vorschriften und Grundsätze die ihm kraft hoheitlicher Stellung zukommende wirtschaftliche Macht in wettbewerbsschädigender Art und Weise missbrauche. Der Antragsgegner müsse sich an die vom Hessischen Gesetzgeber ihm - ausdrücklich oder zumindest auch im Interesse der privaten Wirtschaft - gesetzten Rahmenbedingungen für eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen halten, deren Verletzung sie hier geltend mache. Die streitgegenständlichen drohenden Verletzungen kommunalen Haushalts - sowie materiellen Verfassungsrechts seien vor den Verwaltungsgerichten zu verhandeln.

Demgegenüber trägt der Antragsgegner u.a. vor, er wolle rein fiskalisch tätig werden und eine privatrechtliche Vermietung zu einer über dem örtlichen Niveau liegenden Geschäftsraummiete vornehmen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Beteiligtenvorbringens wird auf den Inhalt der Streitakte und des beigezogenen Verwaltungsvorganges verwiesen.

Entscheidungsgründe

II.

Die gemäß § 17 a Abs. 4 Satz 3 GVG i.V.m. § 173, § 146 Abs. 1 und § 147 VwGO zulässige Beschwerde der Antragstellerin ist auch begründet.

Die Verweisungsvorschrift des § 17 a Abs. 2 GVG ist nach der mit der wohl überwiegenden obergerichtlichen Rechtsprechung übereinstimmenden Auffassung des Senats auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes entsprechend anwend-

Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes

8. Senat vom 15.10.2002

8 TG 2579/02

bar (vgl. u.a. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 26. März 1991 - 9 S 812/91 - BWVPr 1991 S. 162 ff. = juris; OVG Berlin, Beschlüsse vom 21. Februar 1992 - 4 S 38/91 - NVwZ 1992 S. 685 f. und vom 23. Januar 1997 - 2 S 2/97 - NVwZ-RR 1998 S. 464 f.; OVG NW, Beschlüsse vom 7. Juli 1993 - 22 B 1409/93 - NVwZ 1994 S. 178 f. und vom 23. Juli 1997 - 19 E 169/97 - NJW 1998 S. 1579 f.; Hess. VGH, Beschlüsse vom 18. Juli 1995 - 3 TG 1929/95 - NJW 1996 S. 474 f. und vom 30. April 1996 - 6 Q 1069/96 - NJW 1997 S. 211 ; OVG Greifswald, Beschluss vom 2. März 2000 - 2 M 105/99 - NVwZ 2001 S. 446 f.; a.A. OVG Koblenz, Beschluss vom 1. September 1992 - 7 E 11459/92 - NVwZ 1993 S. 381 f.; Hess. VGH, Beschluss vom 7. Mai 1993 - 11 TH 1563/92 - NJW 1994 S. 145).

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ist für die vorliegende Streitigkeit der von der Antragstellerin beschrittene Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO gegeben, so dass der verwaltungsgerichtliche Verweisungsbeschluss entsprechend abzuändern und vom Verwaltungsgericht über die beantragte einstweilige Anordnung in der Sache zu entscheiden ist (vgl. OVG NW, Beschluss vom 30. Juni 2000 - 21 E 472/00 - NJW 2001 S. 698 ff.).

Für die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs genügt es, wenn für das Rechtsschutzbegehren auf der Grundlage des Antrags und des zur Begründung vorgetragenen Sachverhalts auch eine öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage in Betracht kommt, was - unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung durch die Beteiligten selbst - nach der wirklichen Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses zu beurteilen ist. Wenn sich - wie hier die Antragstellerin - ein Rechtsmittelführer zur Begründung seines Begehrens auf ohne Weiteres als öffentlich-rechtlich zu kategorisierende Rechtsgrundlagen beruft, ist es nicht erforderlich, dass diese für das angestrebte Rechtsschutzziel primär in Frage kommen, sondern vielmehr ausreichend, dass ihre Anwendbarkeit nicht so offensichtlich verneint werden muss, dass kein Bedürfnis dafür besteht, sie in die Sachprüfung einzubeziehen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. Dezember 1992 - 5 B 144/91 - NVwZ 1993 S. 358 f.; Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl. 2000, Rdnr. 6 a zu § 40 m.w.N.).

Eine solche Aussage lässt sich hier aber nicht mit der vom Verwaltungsgericht vertretenen hinreichenden Bestimmtheit treffen. Es erscheint nämlich nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Antragsgegner bei der Vergabe eines Raumes im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle ... an die ...GmbH oder an einen anderen Schilderhersteller zum Zwecke der Prägung und Veräußerung von Kfz-Kennzeichenschildern kommunal- oder verfassungsrechtlichen Beschränkungen unterliegt, deren Verletzung einen öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch der Antragstellerin als Konkurrenzunternehmerin begründen könnte. Der Antragsgegner beabsichtigt zwar lediglich den Abschluss eines privatrechtlichen Mietvertrages. Ein Träger öffentlicher Verwaltung kann sich jedoch durch die Wahl privatrechtlicher Regelungs- und Gestaltungsformen nicht ohne Weiteres und uneingeschränkt öffentlich-rechtlichen Bindungen entziehen.

Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes

8. Senat vom 15.10.2002

8 TG 2579/02

So wird in der Literatur die "interessante" (vgl. Kopp/Schenke a.a.O. Rdnr. 12, Fn. 33 zu § 40) Auffassung vertreten, bei Verwaltungshandlungen, die auf eine Regelung in Form eines zivilrechtlichen Vertrages gerichtet seien, sei nach einem handlungsbezogenen Ansatz - wie etwa auch bei einem privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt - zu unterscheiden zwischen der auf den Vertragsschluss zielenden, den öffentlich-rechtlichen Vorschriften unterliegenden Willenserklärung der Verwaltung einerseits und den dadurch auf dem Gebiet des Privatrechts - zusammen mit der entsprechenden Willenserklärung des Vertragspartners - hervorgerufenen Rechtsfolgen in Form des wirksamen Zustandekommens des Vertrages und seiner Abwicklung andererseits. Ein Streit, der - wie hier - über die Rechtmäßigkeit eines solchen Verwaltungshandelns, also über die Befugnis der Verwaltung zur Abgabe einer privatrechtsgestaltenden Willenserklärung geführt wird, beurteilt sich danach nach öffentlichem Recht und ist vor den Verwaltungsgerichten auszutragen, während die Frage der Wirksamkeit und des Inhalts des Vertrages vor den Zivilgerichten zu klären ist (vgl. Röhl, VerwArch Bd. 86, 1995, S. 531 <535, 560 f.>). In einem ähnlichen Sinne wird etwa auch in der Kommentarliteratur bei einer gegen die wirtschaftliche Betätigung von Trägern öffentlicher Gewalt gerichteten Klage eines privaten Unternehmers nach der Rechtsnatur des von ihm geltend gemachten Abwehranspruchs differenziert. Wende er sich - wie hier die Antragstellerin - gegen das "Ob" der wirtschaftlichen Betätigung mit der Rüge, damit werde gegen öffentlich-rechtliche Bindungen, wie etwa ein kommunalrechtliches Verbot, verstoßen, sei der Verwaltungsrechtsweg gegeben, während nur bei einer Klage gegen das "Wie" zu unterscheiden sei, ob sich der Kläger auf die - allein diese Frage betreffenden (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 1974 - I ZR 8/73 - NJW 1974 S. 1333 f.) - kartell- oder wettbewerbsrechtlichen Vorschriften oder ob er sich auch hier auf öffentlich-rechtliche Normen berufe, die der öffentlichen Hand bei Art und Weise der Ausübung ihrer wirtschaftlichen Betätigung gerade wegen ihrer Zugehörigkeit zur öffentlichen Verwaltung besondere Beschränkungen oder Verpflichtungen auferlegen (vgl. v. Albedyll in Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 61 und 62 zu § 40; Meyer, NVwZ 2002 S. 1075 <1077>). In Anlehnung an die Lehre vom sog. Verwaltungsprivatrecht und an die sog. Zwei-Stufen-Theorie und auch in einer gewissen Übereinstimmung mit der obigen Literaturmeinung wird zudem in der Rechtsprechung vertreten, bei privatrechtlichen Grundstücksveräußerungen einer Gemeinde gehe der privatrechtlichen "Abwicklungsstufe" eine öffentlich-rechtlich zu beurteilende Entscheidungsstufe voraus, wenn mit der im Privatrecht abzuwickelnden Entscheidung öffentliche Zwecke verfolgt würden, wie etwa die Förderung ortsansässiger Gewerbebetriebe oder bestimmter Personengruppen oder die Verbesserung der Gemeindeinfrastruktur (vgl. OVG Koblenz, Beschluss vom 1. September 1992 a.a.O. S. 382; OVG NW, Beschluss vom 30. Juni 2000 a.a.O. S. 698 ff.).

Auch nach diesen, auf die öffentliche Aufgabenwahrnehmung abstellenden Grundsätzen der Rechtsprechung sprechen hier gewichtige Gesichtspunkte dafür, eine dem eigentlichen Vertragsschluss vorgelagerte und öffentlich-rechtlich und damit im Verwaltungsrechtsweg zu beurteilende Vergabeentscheidung anzunehmen. Die Überlassung eines weiteren Raumes im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle ... an einen privaten Schilderher-

Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes

8. Senat vom 15.10.2002

8 TG 2579/02

steller soll zum einen - wie im Schreiben der ... GmbH an den Landrat des Landkreises ... vom 7. September 2001 unter Nr. 1 aufgeführt - den Ablauf der hoheitlich durchgeführten Kfz-Zulassung verbessern und den Bedürfnissen des Publikums entgegenkommen. So hat der Bundesgerichtshof den Schilderverkauf durch die Zulassungsstelle selbst als Hilfstätigkeit zum hoheitlichen Handeln eingestuft und ihn deshalb wettbewerbsrechtlich nicht beanstandet und auch kartellrechtlich die Vermietung von Gewerbeflächen an einen privaten Schilderpräger nicht grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. BGH, Urteile vom 26. April 1974 a.a.O. und vom 14. Juli 1998 - KZR 1/97 - NJW 1998 S. 3778). Zwar wird der Landrat bei der Kfz-Zulassung gemäß § 1 Nr. 4 der ZuweisungsVO i.V.m. § 85 Abs. 1 Nr. 3 HSOG in seiner Eigenschaft als untere Landesordnungsbehörde und nicht gemäß §§ 44 ff. HKO als kommunales Verwaltungsorgan des Landkreises, also des Antragsgegners, tätig. Er ist aber (auch) in räumlicher Hinsicht auf den Antragsgegner angewiesen, der gemäß § 56 Abs. 3 HKO i.V.m. § 2 der DurchführungsVO die für die Erfüllung der Aufgaben des Landrates als Behörde der Landesverwaltung notwendigen Einrichtungen bereitzustellen hat, so dass der Antragsgegner in diesem Zusammenhang nicht nur eigene fiskalische Interessen verfolgt, sondern sich auch die aufgabenspezifischen Zielsetzungen seines Landrats zu eigen macht, wenn er dessen Vorstellungen umsetzt. Zum anderen will der Antragsgegner selbst mit der Vermietung der Räume gerade an die ...GmbH dem in deren Schreiben vom 7. September 2001 unter Nr. 3 und 4 angesprochenen öffentlichen Interesse an der Förderung und Integration schwerbehinderter Menschen dienen, wie er in seinem Schreiben vom 18. Juni 2002 auch nochmals ausdrücklich erklärt hat. Unabhängig von einer direkten, entsprechenden oder rechtsgrundsätzlichen Anwendbarkeit einzelner Vorschriften oder Grundsätze des Hessischen Kommunal (wirtschafts)- oder Verfassungsrechts dürfte sich die verwaltungsgerichtliche Sachprüfung deshalb jedenfalls auf einen aus der unmittelbaren Geltung der Grundrechte möglicherweise herzuleitenden Abwehranspruch der Antragstellerin gegen den Vertragsschluss des Antragsgegners mit der ...GmbH oder einem anderen Konkurrenzunternehmen erstrecken, während die Grundrechte wie auch andere öffentlich-rechtliche Vorschriften im Rahmen einer wettbewerbs- oder/und kartellrechtlichen Prüfung durch die Zivilgerichte lediglich als bloße Vorfragen geprüft werden und nur dann, also mittelbar, zum Tragen kommen, wenn durch einen Verstoß die Grenze der Sittenwidrigkeit, Unbilligkeit oder sachlich begründeten Ungleichbehandlung überschritten wird (vgl. Tettinger, NJW 1998 S. 3473 f.; BGH, Urteile vom 26. April 1974 und 14. Juli 1998 a.a.O. und vom 25. April 2002 - I ZR 250/00 - NVwZ 2002 S. 1141), was im Hinblick auf die umfassende Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gegen Handlungen der öffentlichen Gewalt und angesichts des drohenden endgültigen Rechtsverlust durch die Bindungswirkung eines abgeschlossenen Vertrages auch recht bedenklich erschiene.

Der von der Antragstellerin hilfsweise geltend gemachte Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften ist vom Verwaltungsgericht gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG gegebenenfalls ergänzend zu prüfen (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 15. August 1994 - 1 S 1613/93 - NJW 1995 S. 274 f.).

Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes

8. Senat vom 15.10.2002

8 TG 2579/02

Danach ist der Beschwerde mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO stattzugeben.

Einer Entscheidung über die Zulassung einer weiteren Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht bedarf es im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht, weil § 17 a Abs. 4 Sätze 4 bis 6 GVG nach Auffassung des Senats auf diese Verfahren keine entsprechende Anwendung findet (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 26. März 1991 a.a.O.; OVG NW, Beschluss vom 7. Juli 1993 a.a.O. und OVG Greifswald, Beschluss vom 2. März 2000 a.a.O.).

Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 20 Abs. 3, § 14 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 GKG und berücksichtigt durch die Zugrundelegung des Auffangstreitwertes, dass es nur um die Vorfrage des zutreffenden Rechtsweges geht, und durch dessen Halbierung, dass es sich um ein vorläufiges Rechtsschutzverfahren handelt.

Dieser Beschluss ist gemäß § 152 Abs. 1 VwGO und § 25 Abs. 3 Satz 2 GKG unanfechtbar.

Urteil des BGH 1. Zivilsenat vom 26.09.2002

Altautoverwertung

I ZR 293/99

Normen: § 1 UWG, § 107 GemO NW, § 823 Abs 2 BGB

Wettbewerbsverstoß: Erwerbswirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde bei der Altautoentsorgung - Altautoverwertung

Leitsatz

Altautoverwertung

1. Ein Verstoß gegen § 107 GO NW, der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten der Gemeinden Grenzen setzt, begründet keinen Anspruch privater Wettbewerber aus § 1 UWG . Die Vorschrift hat insofern eine den Wettbewerb regelnde Funktion, als sie - auch zum Schutz der privaten Wirtschaft - durch die Beschränkung des Marktzutritts der Gemeinden Rahmenbedingungen des Wettbewerbs festlegt. Sie dient jedoch nicht der Kontrolle der Lauterkeit des Marktverhaltens der Gemeinden.
2. Die Vorschrift des § 107 GO NW ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB .
3. Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Zusammenarbeit eines Straßenverkehrsamts mit einem gemeindewirtschaftlichen Unternehmen, das die Altautoverwertung und -entsorgung betreibt, bei der Entgegennahme von Altfahrzeugen.

Fundstellen

NJW 2003, 586-589 (Leitsatz und Gründe)

WRP 2003, 262-266 (Leitsatz und Gründe)

Urteil des BGH 1. Zivilsenat vom 26.09.2002

Altautoverwertung

I ZR 293/99

GRUR 2003, 164-167 (Leitsatz und Gründe)
NZV 2003, 81-83 (Leitsatz und Gründe)
NVwZ 2003, 246-248 (Leitsatz und Gründe)
DVBI 2003, 267-269 (Leitsatz und Gründe)
ZfSch 2003, 115-118 (Leitsatz und Gründe)
NWVBI 2003, 158-160 (Leitsatz und Gründe)
GewArch 2003, 160-162 (Leitsatz und Gründe)
NWVBI 2003, 190-192 (Leitsatz und Gründe)
WM 2003, 1182-1185 (Leitsatz und Gründe)
Magazindienst 2003, 137-142 (Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen ...

Verfahrensgang

vorgehend OLG Düsseldorf 2. Zivilsenat, 28. Oktober 1999, Az: 2 U 7/99, Urteil
vorgehend LG Wuppertal 12. Zivilkammer, 29. Oktober 1998, Az: 12 O 44/98, Urteil

Tenor

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 28. Oktober 1999 wird auf Kosten der Kläger zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger betreiben im Gebiet der Stadt W. Unternehmen zur Verwertung und Entsorgung alter Kraftfahrzeuge.

Die Beklagte zu 1, die ihren Sitz in W. hat, ist eine Tochtergesellschaft der B. Entsorgungsgesellschaft mbH, an der die W. Stadtwerke AG, die R. Stadtwerke GmbH und die V. Stadtwerke GmbH beteiligt sind. Sie nahm Anfang 1997 ihre Tätigkeit auf, zu der nach dem Gesellschaftsvertrag "die Behandlung, Verwertung und Entsorgung von Fahrzeugen,

Urteil des BGH 1. Zivilsenat vom 26.09.2002

Altautoverwertung

I ZR 293/99

Betriebsstoffen und Kfz-Teilen aller Art, insbesondere das Kraftfahrzeugrecycling, die Wiederverwertung und [der] Verkauf von Fahrzeugteilen im Rahmen zeitwertgerechter Reparaturen und die damit verbundenen Geschäfte" gehören. Der Betrieb der Beklagten zu 1 ist - vorbehaltlich einer entsprechenden technischen und personellen Ausstattung - darauf ausgerichtet, pro Jahr bis zu 13.000 Fahrzeuge zu verarbeiten. Nach dem Vortrag der Beklagten beträgt die derzeitige Kapazität etwa 3.000 Fahrzeuge im Jahr. Die Anlage ist ausreichend für den Einzugsbereich der Städte W., R. und V. Im Bereich W. sind jährlich etwa 7.000 bis 8.000 Altfahrzeuge zu verwerten und zu entsorgen.

Die Beklagte zu 2, die Stadt W., nahm bis zum 1. April 1998 über ihr Straßenverkehrsamt Altautos, die dort abgemeldet wurden, entgegen und führte diese der Beklagten zu 1 zur Entsorgung zu.

Die Kläger haben vorgebracht, die Beklagten handelten wettbewerbswidrig, weil ihre Betätigung bei der Altautoverwertung mit den Schranken, die § 107 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (im folgenden: GO NW) der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinden setze, nicht vereinbar sei. Die Beklagte zu 1 sei zudem wirtschaftlich nur lebensfähig, weil sie über ihre Muttergesellschaft von den Gemeinden W., R. und V. mit öffentlichen Mitteln unterstützt werde. Diese Unterstützung ermögliche es ihr, den Autohäusern in W. für jedes Altauto ohne Rücksicht auf dessen Recyclingwert und die Entsorgungskosten pauschal 250,-- DM zu zahlen, um so ihre Wettbewerber zu verdrängen. Die Kläger hätten demgegenüber früher in der Regel kein Entgelt für ein Altauto gezahlt. Wenn das Straßenverkehrsamt der Beklagten zu 2 Altautos bei deren Abmeldung für das Entsorgungsunternehmen der Beklagten zu 1 entgegennehme, würden hoheitliche Tätigkeiten unzulässig mit privaten vermischt.

Die Kläger haben beantragt,

I. die Beklagten zu verurteilen,

1. es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

a) privaten Auftraggebern das Recycling von Altautos anzubieten und/oder solche Arbeiten auszuführen;

b) Autohäusern in W. den Ankauf von zu recycelnden Altfahrzeugen zu einem Preis von 250,-- DM anzubieten und/oder Altfahrzeuge zu einem solchen Preis anzukaufen;

c) privaten Kunden anzubieten, gegen Zahlung eines Betrages in Höhe von 100,-- DM ihr Altfahrzeug bei der Kfz-Zulassungsstelle abzugeben, ihnen eine Abmelde- und Verwertungsbestätigung auszustellen und ihnen ein kostenloses VRR-Ticket für die Rückfahrt zur Verfügung zu stellen und/oder solche Geschäftstätigkeiten auszuführen.

Urteil des BGH 1. Zivilsenat vom 26.09.2002

Altautoverwertung

I ZR 293/99

2. den Klägern Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang die Beklagte zu 1 die vorstehend zu Ziffer 1 a bis c bezeichneten Handlungen begangen hat und welche Umsätze sie dabei erzielt hat.

II. festzustellen, dass die Beklagten den Klägern zum Schadensersatz wegen der aus den Ziffern I 1 a bis c bezeichneten Handlungen verpflichtet sind.

Die Beklagten haben entgegnet, die angegriffene Altautoverwertung der Beklagten zu 1 entspreche den Vorschriften über die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden. Altautos seien nur zum jeweiligen Marktpreis abgenommen worden. Die Klage gehe zudem zu Unrecht davon aus, dass jeweils beide Beklagten an den beanstandeten Handlungen beteiligt gewesen seien.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben (LG Wuppertal DVBl. 1999, 939).

Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen (OLG Düsseldorf NVwZ 2000, 111).

Gegen dieses Urteil wenden sich die Kläger mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat die Ansicht vertreten, dass der Klageantrag zu I 1 a, mit dem schlechthin die Unterlassung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Beklagten zu 1 bei der Altautoverwertung und -entsorgung sowie der Beteiligung der Beklagten zu 2 daran verlangt werde, unbegründet sei. Die Vorschrift des § 107 GO NW diene zwar auch dem Schutz der privaten Wirtschaft gegen eine unzulässige privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, so dass ihre Nichtbeachtung wettbewerbswidrig sei. Das mit dem Klageantrag zu I 1 a beanstandete Handeln der Beklagten werde aber von dieser Vorschrift nicht erfaßt, weil es der Abfallentsorgung im Sinne des § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NW (§ 107 Abs. 2 Nr. 3 GO NW a.F.) diene und deshalb nicht als wirtschaftliche Betätigung im Sinne des § 107 GO NW gelte. Eine solche Tätigkeit sei demgemäß trotz der Vorteile, die ein Hoheitsträger im Wettbewerb gegenüber privaten Wettbewerbern habe (insbesondere durch seine Finanzierung durch Steuern und Abgaben), grundsätzlich auch wettbewerbsrechtlich zulässig.

Besondere Umstände, aus denen sich hier die wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit der angegriffenen Handlungen ergeben könnte, lägen nicht vor. Es könne nicht festgestellt werden, dass der Betrieb der Beklagten zu 1 darauf angelegt sei, den Bestand oder die

Grundlagen des Leistungswettbewerbs zu gefährden. Dies ergebe sich nicht schon aus der Kapazität des Betriebes, die ausreichen könnte, den gesamten Anfall von Altautos im Gebiet der Beklagten zu 2 und der Städte R. und V. zu bewältigen.

Auch der Klageantrag zu I 1 b sei unbegründet. Es könne nicht angenommen werden, dass die Beklagten wettbewerbswidrig gehandelt hätten, weil verschiedenen Autohäusern in W. für Altautos ein pauschaler Abnahmepreis gezahlt worden sei. Die Kläger äußerten insoweit nur Vermutungen. Sie räumten selbst ein, dass der zu zahlende Preis jeweils grundsätzlich am konkreten Recyclingwert ausgerichtet werde. Dies bedeute, dass es Fälle gegeben habe, in denen auch die Kläger ein Altauto nicht unentgeltlich übernehmen konnten. Es lasse sich deshalb nicht feststellen, in welchem Ausmaß die Beklagte zu 2 wirtschaftlich unvernünftig und wettbewerbswidrig gehandelt haben könnte, indem sie der Beklagten zu 1 das beanstandete Preisgebaren ermöglicht habe. Auch der Wirtschaftsbetrieb einer Gemeinde sei in seiner Preisgestaltung grundsätzlich frei. Es sei nicht substantiiert dargetan, dass die Beklagte zu 1 in Vernichtungs- oder Verdrängungsabsicht gehandelt habe oder dass öffentliche Mittel zweckentfremdet worden seien.

Der Klageantrag zu I 1 c sei ebenfalls unbegründet. Für die Annahme der Sittenwidrigkeit genüge nicht die Behauptung, dass die Beklagte zu 2 durch ihr Straßenverkehrsamt hoheitliche Leistungen erbracht habe und durch dieselben Personen Altautos entgegengenommen habe. Es fehle dazu eine eingehende Darstellung der konkreten Handlungs- und Organisationsabläufe. Ebenso hätte es näherer Angaben bedurft, warum das Straßenverkehrsamt wettbewerbswidrig handele, wenn es - was grundsätzlich zulässig sei - kostenlos Fahrkarten für die Rückfahrt mit öffentlichen Nahverkehrsmitteln abgebe.

21

Ein Unterlassungsanspruch sei jedenfalls mangels einer Wiederholungsgefahr nicht gegeben. Die Beklagten hätten in der mündlichen Verhandlung verbindlich erklärt, das mit dem Klageantrag zu I 1 c angegriffene Verhalten, das am 1. April 1998 eingestellt worden sei, werde nicht wieder aufgenommen werden. Diese Zusicherung der Beklagten zu 2, die vornehmlich als Hoheitsträger gehandelt habe, sei hier ausnahmsweise ausreichend.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Revisionsangriffe bleiben ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht entschieden, dass der mit dem Klageantrag zu I 1 a geltend gemachte Unterlassungsanspruch, mit dem die Kläger ein vollständiges Verbot der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Beklagten zu 1 bei der Altautoverwertung und -entsorgung sowie der Beteiligung der Beklagten zu 2 daran begehren, unbegründet ist.

a) Der Klageantrag zu I 1 a könnte nach § 1 UWG nur begründet sein, wenn es schlechthin - auch ohne Hinzutreten besonderer Umstände - als wettbewerbswidrig anzusehen

wäre, dass die Beklagte zu 1 privaten Auftraggebern die umweltverträgliche Entsorgung von Altautos anbietet und solche Arbeiten ausführt. Dies ist jedoch nicht der Fall.

(1) Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung kann offenbleiben, ob die Verwertung und Entsorgung von Altautos durch die Beklagte zu 1 gegen die Vorschrift des § 107 GO NW über die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden verstößt. Eine Verletzung dieser Vorschrift hätte nicht zur Folge, dass das beanstandete Handeln wettbewerbsrechtlich als unlauter anzusehen wäre.

Wie der Senat - nach Erlaß des Berufungsurteils - entschieden hat (Urt. v. 25.4.2002 - I ZR 250/00, GRUR 2002, 825, 826 = WRP 2002, 943 - Elektroarbeiten, für BGHZ vorgesehen; vgl. auch Köhler, NJW 2002, 2761, 2762; a.A. Dreher, ZIP 2002, 1648), ist ein Anspruch aus § 1 UWG nicht immer schon dann gegeben, wenn ein Wettbewerber Vorschriften verletzt, bei deren Einhaltung er aus dem Markt ausscheiden müßte. Auch bei der Verletzung von Vorschriften über den Marktzutritt muss anhand einer am Schutzzweck des § 1 UWG auszurichtenden Würdigung des Gesamtcharakters des Verhaltens geprüft werden, ob dieses durch den Gesetzesverstoß das Gepräge eines wettbewerbsrechtlich unlauteren Verhaltens erhält. Der Gesetzesverstoß kann dazu allein nicht genügen, wenn die verletzte Norm nicht zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene, d.h. - entsprechend dem Normzweck des § 1 UWG - eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion hat (BGH GRUR 2002, 825, 826 - Elektroarbeiten). Eine solche Schutzfunktion fehlt der Vorschrift des § 107 GO NW ebenso wie der ihr entsprechenden Bestimmung des Art. 87 BayGO, die Gegenstand der Entscheidung "Elektroarbeiten" war (vgl. BGH GRUR 2002, 825, 826 f.; a.A. Dreher, ZIP 2002, 1648 ff.). Diese Vorschrift soll allerdings - wie u.a. aus § 107 Abs. 5 GO NW hervorgeht - auch die private Wirtschaft schützen, indem sie der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden Schranken setzt (vgl. die Begründung zu Art. 1 Nr. 8 des Gesetzentwurfs der Landesregierung für ein Erstes Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen [Erstes Modernisierungsgesetz - 1. ModernG NRW], LT-Drucks. 12/3730 S. 106). Sie hat auch insofern eine den Wettbewerb regelnde Funktion, als sie durch die Beschränkung des Marktzutritts der Gemeinden Rahmenbedingungen des Wettbewerbs festlegt. Sie dient jedoch nicht der Kontrolle der Lauterkeit des Marktverhaltens der Gemeinden. Auf Umstände, aus denen sich die wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit der mit dem Klageantrag zu I 1 a angegriffenen Tätigkeit ergeben könnte, stellt § 107 GO NW nicht ab.

(2) Für die Entscheidung über den Klageantrag zu I 1 a ist es auch unerheblich, ob die Altautoverwertung durch die Beklagte zu 1 mit den Vorschriften des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (Krw-/AbfG) vereinbar ist. Selbst wenn davon auszugehen sein sollte, dass die Abfallverwertung durch dieses Gesetz materiell privatisiert und damit der Aufgabenwahrnehmung durch kommunale Einrichtungen entzogen ist, wie die Revision unter Berufung auf Weidemann (VerwArch 1999, 533, 546 f.) vorträgt, könnte ein Verstoß ge-

gen eine derartige gesetzliche Schranke aus denselben Gründen keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche von Wettbewerbern begründen wie ein Verstoß gegen § 107 GO NW.

(3) Wie das Berufungsgericht zutreffend entschieden hat, kann der Klageantrag zu I 1 a auch nicht darauf gestützt werden, dass die Beklagte zu 2 zusammen mit den Städten R. und V. wirtschaftlich Träger der Beklagten zu 1 ist. Die beanstandete Tätigkeit der Beklagten zu 1 wird nicht dadurch als solche wettbewerbsrechtlich unlauter, dass die öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften, die ihre Träger sind, zu ihrer Finanzierung mit Mitteln beitragen können, die ihnen durch Steuern und Abgaben zugeflossen sind (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 19.6.1986 - I ZR 54/84, GRUR 1987, 116 , 118 = WRP 1987, 22 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I; Köhler, NJW 2002, 2761 , 2762). Wäre die Verwendung solcher Mittel (oder bereits die Möglichkeit ihrer Verwendung) als wettbewerbswidrig anzusehen, wäre der öffentlichen Hand durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs jede erwerbswirtschaftliche Tätigkeit untersagt. Anders wäre es allerdings zu beurteilen, wenn diese Finanzmittel in unlauterer Weise eingesetzt würden (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 24.9.2002 - KZR 4/01 , Umdruck S. 10 - Kommunaler Schilderprägebetrieb; Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 1 Rdn. 562 ff. m.w.N.).

(4) Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht entschieden, dass die mit dem Klageantrag zu I 1 a angegriffene Tätigkeit der Beklagten zu 1 als solche selbst dann nicht wettbewerbswidrig wäre, wenn die Kapazität der dafür errichteten Anlagen so ausgelegt sein sollte, dass sämtliche im Gebiet der beteiligten Städte anfallenden Altautos verwertet und entsorgt werden könnten. Auch wenn dies bedeuten sollte, dass die Anlagen nur bei einer Verdrängung der privaten Wettbewerber wirtschaftlich sein könnten, würde daraus nicht folgen, dass jedwede Nutzung der Anlagen wettbewerbsrechtlich unlauter wäre. Schafft die öffentliche Hand Überkapazitäten, beeinträchtigt sie dadurch allein nicht den lautereren Wettbewerb.

b) Der Klageantrag zu I 1 a ist auch nicht auf der Grundlage eines quasinegatorischen Unterlassungsanspruchs wegen Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 1004 BGB analog i.V. mit § 823 Abs. 2 BGB) begründet, da § 107 GO NW kein Schutzgesetz im Sinne dieser Bestimmung ist (vgl. Rehn/Cronauge/von Lennep, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Stand Mai 2000, § 107 Anm. I 4 m.w.N.). Eine Vorschrift ist nicht schon dann ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB , wenn sie nach ihrem Inhalt und Zweck die Belange eines anderen fördert. Erforderlich ist vielmehr, dass sie in der Weise einem gezielten Individualschutz gegen eine näher bestimmte Art der Schädigung dienen soll, dass an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht des Verletzers geknüpft wird. Bei § 107 GO NW ist dies nicht anzunehmen. Die Vorschrift beschränkt zwar die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden auch deshalb, weil sich diese zu Lasten der Privatwirtschaft auswirken kann. Sie hat aber nicht den Zweck, die einzelnen Unternehmen dadurch vor einem Wettbewerb durch gemeindliche Unternehmen zu schützen, dass ein Verstoß Individualansprüche auf Scha-

Urteil des BGH 1. Zivilsenat vom 26.09.2002

Altautoverwertung

I ZR 293/99

densersatz und Unterlassung begründen kann (vgl. - zu Art. 87 BayGO - BGH GRUR 2002, 825, 828 - Elektroarbeiten, m.w.N.).

2. Der Klageantrag zu I 1 b ist nach der rechtsfehlerfreien Entscheidung des Berufungsgerichts ebenfalls unbegründet. Nach diesem Antrag soll den Beklagten verboten werden, Autohäusern in W. den Ankauf von Altautos zu einem Pauschalpreis von 250,-- DM anzubieten und/oder Altautos zu einem solchen Preis anzukaufen.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts, es sei nicht substantiiert dargelegt, dass mit Pauschalzahlungen in dieser Höhe unlauterer Verdrängungswettbewerb zu Lasten der privaten Wettbewerber betrieben werde (§ 1 UWG), greift die Revision ohne Erfolg an. Ein Verdrängungswettbewerb könnte nur angenommen werden, wenn für Altautos ein Pauschalpreis von 250,-- DM unangemessen wäre. Die Revision trägt dies zwar vor, hat jedoch dazu in ihrer Revisionsbegründung nicht auf übergangenen Sachvortrag Bezug genommen, sondern sich lediglich in unzulässiger Weise auf die Lebenserfahrung berufen. Auch wenn ihr späteres Vorbringen bei der revisionsrechtlichen Würdigung berücksichtigt werden könnte, wäre es jedenfalls - was jedoch unerörtert bleiben kann - im Ergebnis unbehelflich.

Für ihr Vorbringen, der Klageantrag zu I 1 b sei jedenfalls auch aus § 20 Abs. 4 GWB begründet, kann die Revision nicht auf Vorbringen in den Vorinstanzen verweisen, aus dem sich ergibt, dass die Beklagte zu 1 Normadressatin ist.

3. Auch den Klageantrag zu I 1 c (Entgegennahme von Altfahrzeugen in der Kfz-Zulassungsstelle) hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei als unbegründet erachtet, weil eine wettbewerbswidrige Vermischung hoheitlicher und erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit nicht dargetan ist. Es ist nicht ohne weiteres wettbewerbswidrig, dass die Beklagte zu 2 in ihrem Straßenverkehrsamt Altautos, die dort abgemeldet wurden, gegen Zahlung von 100,-- DM entgegengenommen und der Beklagten zu 1 zur Entsorgung zugeführt hat.

Der öffentlichen Hand ist es allerdings grundsätzlich untersagt, amtliche Beziehungen zur Werbung oder zum Abschluß von Verträgen auszunutzen, um sich oder einem Dritten auf diese Weise Vorteile im Wettbewerb zu verschaffen. In einem solchen Vorgehen kann ein Mißbrauch der amtlichen Stellung und der Einrichtungen der Verwaltung liegen, der im Sinne des § 1 UWG sittenwidrig ist. Eine andere Beurteilung kann aber dann geboten sein, wenn ein enger Zusammenhang zwischen der hoheitlichen Tätigkeit und der Teilnahme am Wirtschaftsleben besteht und die Handlung der Erfüllung amtlicher Aufgaben in der Weise dient, dass sie nur als eine Art Hilfstätigkeit der öffentlichen Verwaltung erscheint. Unter solchen Umständen kann die gebotene Interessenabwägung dazu führen, dass wettbewerbsrechtliche Bedenken zurückzutreten haben. Allerdings wird die öffentliche Hand in solchen Fällen das jeweils schonendste Mittel zu wählen haben, das einerseits den zu wahren öffentlichen Interessen genügt, andererseits aber auch die Belange des privaten Gewerbes so wenig wie möglich beeinträchtigt (vgl. BGH, Urt. v.

Urteil des BGH 1. Zivilsenat vom 26.09.2002

Altautoverwertung

I ZR 293/99

26.4.1974 - I ZR 8/73, GRUR 1974, 733 , 735 = WRP 1974, 397 - Schilderverkauf, m.w.N.; vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 24.9.2002 - KZR 4/01 , Umdruck S. 10 f. - Kommunaler Schilderprägebetrieb).

Nach dem Sachverhalt, von dem im Revisionsverfahren auszugehen ist, kann kein wettbewerbswidriges Verhalten der Beklagten zu 2 angenommen werden. Die Beklagte zu 2 hat der Beklagten zu 1 allerdings einen nicht geringen Wettbewerbsvorteil verschafft, indem sie ermöglicht hat, Altautos zugleich mit der Abmeldung bei der Zulassungsstelle gegen Entgelt zur Entsorgung abzugeben. Zwischen der - auch im öffentlichen Interesse liegenden - Möglichkeit, auf diese Weise Altautos rasch, gefahrlos und für die Bürger besonders bequem aus dem Verkehr zu ziehen, und dem öffentlichen Zweck einer Zulassungsstelle besteht aber ein sehr enger Zusammenhang. Es kann daher nicht angenommen werden, dass es ohne Hinzutreten weiterer Umstände wettbewerbswidrig war, wenn im Straßenverkehrsamt der Beklagten zu 2 bis zum 1. April 1998, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Altauto-Verordnung (Verordnung über die Entsorgung von Altautos und die Anpassung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften vom 4. Juli 1997, AltautoV, BGBl. I S. 1666), Altautos zur Entsorgung entgegengenommen wurden. Solche Umstände haben die Kläger, wie bereits das Berufungsgericht ausgeführt hat, nicht dargelegt. Sie haben auch nicht vorgetragen, dass sie sich um eine Zusammenarbeit mit dem Straßenverkehrsamt bei der Entgegennahme von Altautos bemüht hätten, aber aus unsachlichen Gründen davon ausgeschlossen worden seien (vgl. dazu BGH, Urt. v. 14.7.1998 - KZR 1/97, GRUR 1999, 278 , 280 f. = WRP 1999, 105 - Schilderpräger im Landratsamt; Urt. v. 14.7.1998 - KZR 15/97 , Umdruck S. 10).

4. Aus den vorstehend dargelegten Gründen können die Kläger mit ihren - auf die Anträge zu I 1 a bis c bezogenen - Ansprüchen auf Verurteilung der Beklagten zur Auskunftserteilung (Klageantrag I 2) und Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht (Klageantrag zu II) ebenfalls nicht durchdringen.

Die Kläger können Schadensersatz und Auskunftserteilung auch nicht für die Zeit vor Inkrafttreten der Neufassung des § 107 GO NW (vgl. Art. 1 Nr. 8 des 1. ModernG vom 15. Juni 1999, GVBl. NW 1999, 386) verlangen. Nach der zuvor geltenden Fassung des § 107 GO NW war zwar eine erwerbswirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde grundsätzlich nur zulässig, wenn ein dringender öffentlicher Zweck sie erforderte (§ 107 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a GO NW a.F.). Auch diese engeren Schranken für eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit waren aber nicht im Interesse der Lauterkeit des Wettbewerbs gesetzt, so dass ein Verstoß gegen sie nicht zugleich wettbewerbswidrig war.

III. Die Revision gegen das Berufungsurteil war danach auf Kosten der Kläger zurückzuweisen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002

Vorleistungspflicht

KZR 38/99

Normen: § 9 AGBG, § 307 BGB, § 20 Abs 1 GWB

Wettbewerbsbeschränkung: Unangemessene Benachteiligung durch eine in AGB festgelegte Vorleistungspflicht; Diskriminierung durch Ungleichbehandlung von eigenen Kunden gegenüber den Kunden eines Tochterunternehmens

Leitsatz

Vorleistungspflicht

1. Ein Normadressat, der seine Leistungen nicht ausschließlich durch Tochterunternehmen anbietet, darf die über sein Tochterunternehmen geworbenen Kunden im Verhältnis zu anderen Kunden grundsätzlich nicht ungleich behandeln.

2. Eine in AGB festgelegte Vorleistungspflicht benachteiligt dann unangemessen, wenn mit ihr nicht lediglich sichergestellt werden soll, dass der Unternehmer sein Entgelt erhält, ehe er unwiederbringlich seine Leistung erbracht und jedes Druckmittel verloren hat.

Fundstellen

WuW/E DE-R 1051-1055 (Leitsatz und Gründe)
BGHReport 2003, 446-448 (Leitsatz und Gründe)
GRUR 2003, 542-544 (Leitsatz und Gründe)
NJW-RR 2003, 834-836 (Leitsatz und Gründe)
WRP 2003, 1244-1248 (Leitsatz und Gründe)
WM 2003, 2012-2016 (Leitsatz und Gründe)

vorgehend Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg 3. Zivilsenat, 18. November 1999, Az: 3 U 33/99, Urteil

vorgehend LG Hamburg, 13. Januar 1999, Az: 315 O 232/98, Urteil

Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 18. November 1999 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts als Kartellsenat zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist eine Werbeagentur, die insbesondere auch in Telefonbüchern und Branchenverzeichnissen Werbetexte plaziert. Die Beklagte verlegt Telefonbücher für den norddeutschen Raum und vertreibt dort auch die "Gelben Seiten", ein nach Branchen geordnetes Telefonbuch. Wenn die Klägerin für ihre Kunden Anzeigen schaltet, schließt sie mit der Beklagten im eigenen Namen Verträge ab. Diesen Verträgen liegen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten zugrunde. Ziffer 16 dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen lautet unter anderem wie folgt:

Zahlungsbedingungen: Der Rechnungsbetrag ist vor Erscheinen innerhalb 30 Tagen nach Rechnungserhalt ohne Abzug fällig, zahlbar unter Angabe der Auftragsnummer. ...

Die Beklagte, die zunächst - wie andere Telefonbuchverlage auch - jedenfalls bei Werbeagenturen ihre Rechnungen erst bei Erscheinen des Telefonbuches fällig gestellt hatte, änderte ihre Praxis im Laufe des Rechtsstreits dergestalt, dass sie nunmehr gegenüber sämtlichen Kunden entsprechend der Regelung in Ziffer 16 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen verfährt. Zwischen der frühestmöglichen Bestellung einer Anzeige und dem Redaktionsschluß liegen 5 ½ bis 6 ½ Monate; das jeweilige Telefonbuch erscheint 2 ½ bis 4 ½ Monate später. Die Tochtergesellschaft der Beklagten, die Werbeagentur T., wirbt da-

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002

Vorleistungspflicht

KZR 38/99

mit und praktiziert dies auch so, dass ihre Kunden erst nach Erscheinen der Telefonbücher eine Rechnung erhalten.

Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage die Feststellung, dass sie berechtigt sei, die Vergütung erst bei Erscheinen der Telefonbücher, hilfsweise einen Monat nach dem von der Klägerin angegebenen Redaktionsschluß zu bezahlen. Sie hält die ihr von der Beklagten abverlangte Vorleistungspflicht für unzulässig. Eine Vorleistungspflicht verstoße gegen § 9 AGBG, weil diese mit dem Werkvertragsrecht nicht vereinbar sei. Die Praxis der Beklagten bedeute auch eine kartellrechtswidrige Behinderung, da die Tochtergesellschaft der Beklagten ihren Kunden erst nach Erscheinen der Telefonbücher eine Rechnung stelle. Dieses Verhalten verstoße gegen § 20 Abs. 1 GWB.

Das Landgericht hat die Klage - mit Ausnahme mittlerweile erledigter Teilanträge - abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben (OLG Hamburg WuW/E DE-R 424). Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie ihre Feststellungsanträge weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat die Fälligkeitsregelung in Ziffer 16 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht nach § 9 AGBG als unwirksam angesehen und gleichfalls kartellrechtliche Ansprüche nach § 20 Abs. 1 GWB verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Die Beklagte habe ein berechtigtes Interesse an einer Vorleistungsverpflichtung. Allein der Umstand, dass die Klausel bei frühzeitiger Auftragserteilung zu einer ganz erheblichen zeitlichen Vorleistung, nämlich bis zu acht Monaten vor Erscheinen des Telefonbuchs, führen könne, rechtfertige keine andere Betrachtung. In diesen Fällen habe es nämlich der Auftraggeber in der Hand, den Auftrag möglichst spät zu erteilen. Soweit die Beklagte in Schreiben um eine möglichst frühe Auftragserteilung unter Hinweis auf eine einwandfreie Abwicklung werbe, sei damit keine Verpflichtung für die Kunden verbunden. Vielmehr diene dies dazu, den Risiken und den fehlenden Korrekturmöglichkeiten bei einer späten Auftragserteilung entgegenzutreten. Die Klägerin behaupte demgegenüber selber nicht, dass spät erteilte Aufträge nicht mehr angenommen würden.

Eine kartellrechtswidrige Diskriminierung nach § 20 Abs. 1 GWB bestehe nicht. Die Klägerin habe nicht einmal substantiiert vorgetragen, wie sich die Beklagte im Hinblick auf ihr Tochterunternehmen selbst verhalte. So könne dem Vortrag der Klägerin nicht entnommen

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002

Vorleistungspflicht

KZR 38/99

werden, dass gerade die Beklagte den späten Zahlungszeitpunkt ermögliche und dies nicht nur eine Serviceleistung der Werbeagentur T. darstelle. Im übrigen sei es nicht unbillig, wenn ein Konzernunternehmen von der Konzernmutter gegenüber anderen Wettbewerbern bevorzugt werde. Sähe man die Beklagte und die Werbeagentur T. als unternehmerische Einheit an, dann handele die Werbeagentur T. in mittelbarer Stellvertretung für die Beklagte. Da die Kunden an die Werbeagentur T. direkt heranträten, stünden ihre Kunden nicht den Kunden der Klägerin gleich, weil diese sich durch die Klägerin mittelbar vertreten ließen. Es fehle dann an der Gleichartigkeit. Es sei nämlich ein grundlegender Unterschied, ob die unternehmerische Einheit in direkter Kundenbeziehung stehe oder ob die Kunden verdeckt über die Klägerin an die Beklagte heranträten. Zu berücksichtigen sei aber vor allem, dass, wenn man bei den von der Werbeagentur T. vermittelten Kunden mit der Fälligkeit warte, die Beklagte ein wirtschaftliches Risiko trage. Für sie bestehe dann die Gefahr, den Telefonbucheintrag zu bewirken, andererseits aber den Vergütungsanspruch nicht realisieren zu können. Es sei im Wettbewerb ein legitimes Mittel, durch günstige Fälligkeitsbedingungen um Kunden zu werben. Im Verhältnis zu ihren Kunden könne die Klägerin in gleicher Weise vorgehen.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat einen kartellrechtlichen Anspruch nach § 20 Abs. 1 GWB nicht rechtsfehlerfrei ausgeschlossen.

a) Zutreffend und auch von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen, geht das Berufungsgericht von einer Normadressatenstellung der Beklagten im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB aus. Die Beklagte ist dieser Bewertung des Berufungsgerichts in der Revisionsinstanz mit Recht nicht entgegengetreten. Die Beklagte verlegt für einen umgrenzten räumlichen Bereich ausschließlich die so genannten amtlichen Telefonbücher, wozu die "Gelben Seiten" zählen. Dieses Medium ist durch andere Werbemittel nicht zu ersetzen, weil es eine umfassende Gliederung nach Branchen enthält und praktisch in jedem Haushalt vorhanden ist. Es dient für den von ihm erfaßten Bereich einer vollständigen Gesamtübersicht über die Branchenmitglieder und stellt eine umfassende Auflistung der entsprechenden Fax- und Telefonnummern der Branchenangehörigen dar. Für die Sicherstellung der Ansprechbarkeit durch potentielle Kunden sind Telefonbücher von besonderer Bedeutung, weil sie in den einzelnen Haushalten - im Gegensatz zu anderen Werbemitteln - aufbewahrt und für den Bedarfsfall griffbereit gehalten werden. Auf diesem Markt für Werbebeiträge in Telefonbücher stehen sich die Beklagte als Anbieterin und die Klägerin als Nachfragerin gegenüber.

b) Durchgreifenden Bedenken begegnen jedoch die Ausführungen des Berufungsgerichts zu den - häufig nebeneinander vorliegenden (vgl. BGH, Urt. v. 14.7.1998 - KZR 1/97, WuW/E DE-R 201, 203 - Schilderpräger im Landratsamt) - Tatbestandsvarianten der Diskriminierung und der unbilligen Behinderungen. Zu Unrecht hat es das Berufungsgericht in

diesem Zusammenhang offengelassen, ob die Beklagte und die Werbeagentur T. als unternehmerische Einheit anzusehen sind. Die Klägerin hat schon im landgerichtlichen Verfahren unwidersprochen vorgetragen, dass die Werbeagentur T. - mit der Gelbe Seiten S. D. & Co. GmbH als persönlich haftender Gesellschafterin - eine Tochtergesellschaft der Beklagten ist. Die Prozeßbevollmächtigte der Beklagten hat auf Nachfrage des Senats in der Revisionsverhandlung ausdrücklich bestätigt, dass die Beklagte Komplementärin der Werbeagentur T. ist. Allein die mit dieser Stellung der Beklagten verbundene Einflußmöglichkeit auf die Werbeagentur T. rechtfertigt die Annahme einer unternehmerischen Einheit zwischen der Beklagten und ihrem Tochterunternehmen.

aa) Diese aus der Beklagten und der Werbeagentur T. bestehende unternehmerische Einheit behandelt die Klägerin unterschiedlich im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB . Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es dabei nicht auf einen Vergleich zwischen den Kunden der Klägerin und solchen der Werbeagentur T. an. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Klägerin selbst gegenüber den über die Werbeagentur T. akquirierten Kunden ungleich behandelt wird. Die Klägerin beauftragt nämlich die Telefonbucheinträge nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im eigenen Namen; ihr gegenüber wird Rechnung erteilt. Insoweit befindet sich die Klägerin auf derselben Handelsstufe wie andere Kunden der Beklagten auch, selbst wenn diese über die Werbeagentur T. als unselbständigen Unternehmensbestandteil der Beklagten die Telefonbucheinträge in Auftrag gegeben haben sollten. Deshalb bilden diese auf derselben Nachfragerebene angesiedelten Kunden der Werbeagentur T. im Verhältnis zur Klägerin die relevante Bezugsgruppe bei der Prüfung des Diskriminierungstatbestandes. Vergleicht man diese Kunden mit der Klägerin, zeigt sich die Ungleichbehandlung. Während die Beklagte gegenüber der Klägerin nämlich entsprechend der Regelung in Ziffer 16 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ihre Rechnung fällig stellt, erhalten die über die Werbeagentur T. gebundenen Inserenten überhaupt erst nach Erscheinen des Telefonbuches eine Rechnung. Die aus der Beklagten und ihrem Tochterunternehmen bestehende unternehmerische Einheit bevorzugt diese Kunden im Hinblick auf die Fälligkeit der Vergütung im Verhältnis zur Klägerin. Hierin liegt eine Diskriminierung der Klägerin im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB .

bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann hier auch nicht das Merkmal der fehlenden Gleichartigkeit im Geschäftsverkehr ausgeschlossen werden. An dieses Erfordernis, wonach es sich um einen gleichartigen Unternehmen zugänglichen Geschäftsverkehr handeln muss, dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden (BGH, Urt. v. 13.11.1990 - KZR 25/89 , WUW/E 2683, 2686 - Zuckerrübenanlieferungsrecht). Es ist erfüllt, wenn die zum Vergleich herangezogenen Unternehmen im wesentlichen gleiche Funktionen ausüben (BGH, Urt. v. 19.3.1996 - KZR 1/95 , WUW/E 3058, 3063 - Pay-TV-Durchleitung). Die Aufträge für die Telefonbucheinträge werden von verschiedenen Unternehmen erteilt. Dies reicht aus, um die Gleichartigkeit im Sinne dieses Merkmals zu bejahen. Die Vielzahl von nachfragenden Unternehmen belegt, dass es sich hier um einen gleichartigen Unternehmen zugänglichen Geschäftsverkehr handelt. Dies gilt unabhängig

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002

Vorleistungspflicht

KZR 38/99

davon, ob ein Teil der Nachfrager über das Tochterunternehmen der Beklagten vermittelt wurde. Die Beklagte schließt daneben nämlich mit anderen Unternehmen - wie im übrigen auch mit der Klägerin - unmittelbar Verträge über Telefonbucheintragungen ab.

cc) Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB ist den Urteilsfeststellungen nicht zu entnehmen. Soweit das Berufungsgericht sich auf den Gesichtspunkt stützt, die Bevorzugung des eigenen Tochterunternehmens stelle einen solchen Rechtfertigungsgrund dar, erweist sich diese Begründung nicht als tragfähig.

Allerdings hindert das Diskriminierungsverbot den Normadressaten grundsätzlich nicht daran, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie er dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig erachtet (BGH, Urt. v. 17.3.1998 - KZR 30/96 , WuW/E DE-R 134, 136 - Bahnhofsbuchhandel; Beschl. v. 25.10.1988 - KVR 1/87 , WuW/E 2535, 2539 f. - Lüsterbehangsteine; Urt. v. 10.2.1987 - KZR 6/86 , WuW/E 2360, 2366 - Freundschaftswerbung). Dies umfaßt grundsätzlich das Recht des Normadressaten, seinen Vertrieb auch über unternehmenseigene Tochtergesellschaften zu organisieren. Entschließt sich der Normadressat jedoch prinzipiell, seine Leistungen nicht nur durch von ihm beherrschte Tochterunternehmen anzubieten, trifft ihn die grundsätzliche Pflicht zur Gleichbehandlung gleichartiger Unternehmen. Eine Benachteiligung einzelner Abnehmer ist dann nur bei dem Vorliegen besonderer rechtfertigender Umstände möglich (vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 20 Rdn. 153).

Hier bietet die Beklagte Telefonbuchinserate sowohl selbst als auch - verbunden mit einer werblichen Beratung - über ihre Tochtergesellschaft, die Werbeagentur T., an. Maßgeblich ist mithin, ob ein sachlicher Grund dafür besteht, die Kunden, die über diese - mit der Beklagten zu einer unternehmerischen Einheit verbundenen Werbeagentur - inserieren, gegenüber der Klägerin besser zu stellen. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung anhand einer umfassenden Interessenabwägung der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzungen des Kartellgesetzes zu bestimmen (BGH WuW/E DE-R 134, 135 - Bahnhofsbuchhandel).

Die hierfür angeführten Gründe des Berufungsgerichts überzeugen schon deshalb nicht, weil das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang allein darauf abgestellt hat, dass die Klägerin als Werbeagentur tätig ist. Dieser Gesichtspunkt ist nicht tragfähig, weil - wie ausgeführt - die Klägerin selbst Vertragspartei geworden ist. Es geht deshalb nicht um die Frage, inwieweit die Beklagte ihre eigene Werbeagentur gegenüber anderen Werbeagenturen - zu denen die Klägerin zählt - bevorzugen darf.

Maßgeblich ist vielmehr, ob die Klägerin als Beteiligte eines auf Telefonbuchinserate gerichteten Vertrages im Verhältnis zu anderen Kunden deshalb schlechter gestellt werden darf, weil sie eine Werbeagentur ist und hinter ihr die von den Telefonbucheinträgen tatsächlich Betroffenen stehen. Eine solche Diskriminierung wäre mit den Zielsetzungen des Kartellrechts nicht vereinbar. Sie würde darauf hinauslaufen, dass der Normadressat in

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002

Vorleistungspflicht

KZR 38/99

seiner Konditionengestaltung danach unterscheidet, mit welchen Personen seine Vertragspartner wiederum kontrahieren bzw. welche Leistungen sie diesem gegenüber erbringen. Für einen derartigen Durchgriff auf die in den nachgelagerten Märkten tätigen Unternehmen ist ein sachlich gerechtfertigter Grund nicht ersichtlich.

Aus diesen Gründen kann der weitere vom Berufungsgericht angeführte Gesichtspunkt gleichfalls keine Rechtfertigung bilden, wonach die Beklagte ein legitimes Interesse daran habe, in Kontakt zu den hinter der Klägerin stehenden Unternehmen zu kommen, um so deren Bonität einschätzen und daran individuelle Fälligkeitsregelungen knüpfen zu können. Maßgeblich kann für die Beklagte nur die Bonität ihres Vertragspartners sein. Dies ist aber die Klägerin. Nur wenn hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit der Klägerin selbst Zweifel bestünden, könnte die Beklagte zur Sicherung des Erhalts der Gegenleistung den Fälligkeitszeitpunkt vor verlagern. Solche Sicherungsmaßnahmen bildeten dann auch einen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung gegenüber solchen Kunden, bei denen entsprechende Bonitätsprobleme nicht bestehen. Ob hier Anhaltspunkte bei der Klägerin vorhanden sind, war zwar Gegenstand von streitigen Erörterungen im landgerichtlichen Verfahren, wurde dann aber wegen des anderen rechtlichen Ausgangspunktes im Berufungsverfahren nicht weiterverfolgt. Der Beklagten, die als Normadressatin die Voraussetzungen eines sachlich gerechtfertigten Grundes darlegen muss und hierfür auch die Beweislast trägt (BGH WuW/E 2683, 2687 - Zuckerrübenanlieferungsrecht), ist insoweit Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag zu geben.

2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu § 9 AGBG - jetzt ohne inhaltliche Änderung § 307 BGB n.F. - begegnen gleichfalls durchgreifenden Bedenken. Auch insoweit bedarf der Rechtsstreit weiterer Aufklärung.

a) Ohne Rechtsverstoß geht das Berufungsgericht zunächst davon aus, dass solche Vorleistungsklauseln nicht schlechthin unzulässig sind. Die hier zu beurteilenden Vereinbarungen über die Aufnahme einer Werbeanzeige in ein Telefonbuch hat es dabei zutreffend als Werkvertrag qualifiziert (vgl. BGH, Urt. v. 5.11.1991 - X ZR 91/90, NJW 1992, 1450 , 1451). Bei Werkverträgen besteht allerdings nach der gesetzlichen Regelung (§ 641 Abs. 1 , § 646 BGB) eine Vorleistungspflicht des Unternehmers. Damit liegt zwar eine Abweichung von einer gesetzlichen Leitbestimmung vor. Nicht jede Abweichung von einer gesetzlichen Leitbestimmung führt aber zur Unwirksamkeit der Klausel. Diese kann durch höherrangige Interessen des Verwenders, die in der Natur des konkreten Schuldverhältnisses liegen, gerechtfertigt sein (vgl. BGH, Urt. v. 9.7.1992 - VII ZR 7/92, NJW 1992, 3158 , 3161 m.w.N.). So hat die Rechtsprechung die Festlegung einer Vorleistungspflicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sogar gegenüber einem Verbraucher dann als zulässig angesehen, wenn für sie ein sachlich gerechtfertigter Grund besteht (BGHZ 141, 108 , 114 f.) und die Erbringung der Gegenleistung gesichert ist.

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002

Vorleistungspflicht

KZR 38/99

Ob es bei der Verwendung von solchen Klauseln gegenüber einem Unternehmen auch eines sachlich gerechtfertigten Grundes bedarf, kann der Senat hier offen lassen. Ein solcher besteht nämlich in den Besonderheiten des Vertragsverhältnisses, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat. Mit ihrer Aufnahme in das Telefonbuch entfaltet die Anzeige ihre Werbewirkung bis zur Auflage eines neuen Telefonbuches. Damit erreicht der Besteller wirtschaftlich sein Ziel, das er mit der Aufgabe des Inserates verfolgt hat. Im Falle seiner späteren Nichtzahlung verfügt der Verlag über kein Druckmittel mehr. Während ansonsten bei einem Werkvertrag im Falle der Nichtzahlung dem Werkunternehmer verschiedene Möglichkeiten zur Sicherung seines Vermögensanspruchs eingeräumt sind und er im Verzugsfalle in die Lage versetzt wird, die erbrachte Werkleistung rückgängig zu machen (§ 323 Abs. 1 , § 346 Abs. 1 BGB n.F.), ist dem Telefonbuchverleger diese Möglichkeit aus tatsächlichen Gründen verschlossen. Ihm verbleibt letztlich nur die mühevollen, zudem kostenintensive und häufig erfolglose Beitreibung der Inseratskosten. Das in der Praxis wesentlich effektivere Mittel der Drohung mit dem Entzug des für kleinere Betriebe häufig wichtigen Werbeträgers kann der Telefonbuchverlag nicht einsetzen. Andererseits muss er seine Leistung vollumfänglich erbringen, also den Druck- bzw. Fotosatz der Anzeige erstellen.

Entgegen der Auffassung der Revision reicht die in § 321 BGB n.F. vorgesehene Unsicherheitsrede nicht aus, um in der Praxis die Rechtsstellung des Telefonbuchverlegers durchgreifend zu verbessern. Er wird nämlich faktisch nicht über die Möglichkeit verfügen, jeweils die finanzielle Situation bei der großen Menge seiner Anzeigenkunden zu beobachten, um gegebenenfalls Maßnahmen nach § 321 BGB n.F. ergreifen zu können. Da dem Telefonbuchverleger auch keine anderen gleichwertigen Sicherungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, rechtfertigen die aufgezeigten, von der Typik eines Werkvertrages abweichenden Besonderheiten bei einem Inseratsauftrag für ein Telefonbuch grundsätzlich eine Vorleistungspflicht des Auftraggebers.

b) Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen lässt sich jedoch nicht abschließend beurteilen, ob die Klausel in Ziffer 16 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die an sich sachlich gerechtfertigte Vorleistungspflicht angemessen regelt. Bei der Überprüfung solcher Klauseln gilt auch im Individualprozess ein überindividuell generalisierender Maßstab (BGH, Urt. v. 23.6.1988 - VII ZR 117/87, NJW 1988, 2536 , 2537).

Bei dieser Betrachtung kommt es auf die Verhältnisse des Einzelfalles nicht an; maßgeblich ist vielmehr, dass eine unangemessene Benachteiligung des Geschäftspartners von vornherein ausgeschlossen ist (BGH, Urt. v. 7.7.1992 - XI ZR 274/91, NJW 1992, 2626).

Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen lässt sich allerdings nicht abschließend klären, ob eine gegebenenfalls bis zu acht Monaten vor Erscheinen des Telefonbuches liegende Fälligkeit noch angemessen ist. Eine solche nach vorn geschobene Fälligkeitsregelung kann - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts -

grundsätzlich nicht mit der Erwägung gerechtfertigt werden, dass der Kunde ja entsprechend lange mit der Anzeigenaufgabe zuwarten könne. Vielmehr wird - was bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Regel ist - der Kunde die Geschäftsbedingung nicht kennen; deshalb wird er seine Auftragserteilung auch nicht daran ausrichten. Maßgebend für die Beurteilung der Zeitspanne bis zum Erscheinen des Telefonbuchs unter dem Gesichtspunkt des § 9 AGBG ist daher, in welchem Maße das Sicherheitsbedürfnis der Beklagten als Verwenderin der Allgemeinen Geschäftsbedingungen berücksichtigt werden durfte, und ob umgekehrt die jeweilige Klausel die Interessen der Auftraggeber schon unangemessen beeinträchtigt.

Die besondere Interessenlage bei Telefonbucheinträgen bedingt, dass die Beklagte bis zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Leistung nicht mehr rückgängig machen kann, die Vergütung vereinnahmt haben will. Der insoweit relevante Stichtag wird regelmäßig der Redaktionsschluss sein, bis zu dem die Beklagte in die Struktur des Telefonbuches redaktionell eingreifen und nicht bezahlte Inserate auch wieder herausnehmen kann. Nach dem Redaktionsschluss verliert sie jegliches Druckmittel gegenüber den Inseratskunden. Vom zeitlichen Ablauf her betrachtet, muss es der Beklagten deshalb möglich sein, die Fälligkeit schon erheblich vor diesem Zeitpunkt festzulegen. Dabei ist zugunsten der Beklagten folgender Zeitbedarf zu berücksichtigen: Nach Eintritt der Fälligkeit muss ihr zugebilligt werden, zunächst den Zahlungseingang zu überprüfen und im Falle der Nichtzahlung die Rücktrittsmöglichkeit nach § 323 Abs. 1 BGB n.F. zu ergreifen, die wiederum grundsätzlich eine angemessene Fristsetzung verlangt. Auch nach Ablauf dieser Frist ist der Beklagten eine weitere Überlegungsfrist einzuräumen, innerhalb deren sie einen Rücktritt gegebenenfalls prüfen kann.

Welche Fristen hier im einzelnen anzunehmen sein werden, hängt von noch tatrichterlich zu klärenden Vorfragen ab. So fehlen bislang Feststellungen zu der - die Länge der Fristen beeinflussenden - Größenordnung der im Raum stehenden Inseratskosten ebenso wie zu abrechnungstechnischen oder buchhalterischen Gesichtspunkten. Diese letztgenannten Umstände spielen nicht nur eine Rolle für die Bemessung der Überprüfungsfristen. Kann nur mit erheblichem abrechnungstechnischem Zusatzaufwand bei solchen Auftraggebern, die sehr frühzeitig den Inseratsauftrag erteilen, die Werklohnforderung zu einem bestimmten Zeitpunkt fällig gestellt werden, kann dies dazu führen, die Fälligkeitsregelung in Ziffer 16 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen insgesamt als angemessen anzusehen, selbst wenn ein wenige Wochen später liegender Fälligkeitszeitpunkt an sich die Interessen der Beklagten noch ausreichend wahren könnte. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die vorfinanzierten Gelder ausreichend gesichert sind und für den Vorleistenden kein Insolvenzrisiko besteht (vgl. BGH NJW 1992, 3158, 3163).

III. Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben (§ 564 Abs. 1 ZPO a.F.). Es ist daher aufzuheben und der Rechtsstreit im Hinblick auf die vorgenannten Gesichtspunkte zur weiteren Aufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Damit besteht für

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002

Vorleistungspflicht

KZR 38/99

die Parteien auch Gelegenheit, noch zu dem erstmals in der Revisionsinstanz von der Klägerin geltend gemachten Anspruch nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB vorzutragen, für dessen Prüfung bislang eine ausreichende tatsächliche Grundlage fehlt.

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002

Kommunaler Schilderprägebetrieb

KZR 4/01

Normen: § 20 Abs 1 GWB, § 1 UWG

Wettbewerbsverstoß und Wettbewerbsbeschränkung seitens einer Gemeinde: Unbillige Behinderung privater Wettbewerber bei Vergabe von Geschäftsräumen in einer Kfz-Zulassungsstelle an ein gemeindeeigenes Schilderprägeunternehmen - Kommunaler Schilderprägebetrieb

Leitsatz

Kommunaler Schilderprägebetrieb

1. Nutzt eine Gemeinde die durch die Hoheitsverwaltung bewirkte marktbeherrschende Stellung dadurch aus, dass sie die durch die Verwaltungstätigkeit erzeugte Nachfrage nach Gütern unter Verdrängung leistungsbereiter privater Wettbewerber befriedigt, um auf diese Weise für sich den größten wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, kann darin eine unzulässige Verquickung der öffentlich-rechtlichen Aufgabe mit einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit liegen.
2. Es stellt eine unbillige Behinderung dar, wenn eine Gemeinde im selben Gebäude, in dem sie die Kfz-Zulassungsstelle eingerichtet hat, mehrere Räume an Schilderpräger vermietet und dabei einen der Räume an ein eigenes Schilderprägeunternehmen vergibt, das sich nicht an dem für die anderen Räume durchgeführten Ausschreibungsverfahren beteiligen muss.

Fundstellen

BGHReport 2003, 78-79 (Leitsatz und Gründe)
WRP 2003, 73-76 (Leitsatz und Gründe)
GRUR 2003, 167-169 (Leitsatz und Gründe)
GewArch 2003, 86-88 (Leitsatz und Gründe)
WuW/E DE-R 1003-1006 (Leitsatz und Gründe)
NJW 2003, 752-754 (Leitsatz und Gründe)
DÖV 2003, 249-251 (Leitsatz und Gründe)
BGHR GWB § 19 Abs 2 S 1 Marktabgrenzung 2 (Leitsatz und Gründe)
BGHR GWB § 20 Abs 1 Behinderung 4 (Gründe)
BGHR GWB § 20 Abs 1 Öffentliche Hand 1 (Leitsatz und Gründe)
Magazindienst 2003, 44-48 (Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen

ZAP EN-Nr 56/2003 (Leitsatz)
DVBI 2003, 287 (Leitsatz)
MDR 2003, 345 (Leitsatz)
EWiR 2003, 373 (red. Leitsatz)
AbfallR 2003, 42 (Leitsatz)

Verfahrensgang

vorgehend OLG Düsseldorf, 31. Januar 2001, Az: U (Kart) 16/00, Urteil
vorgehend LG Düsseldorf, 1. März 2000, Az: 12 O 319/99 (Kart), Urteil

Tenor

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 31. Januar 2001 wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin 2/7, die Beklagte 5/7 zu tragen.

Tatbestand

Die beklagte Stadt hat in dem Gebäude Ludwig-Krohne-Straße 6 in Duisburg ihr Straßenverkehrsamt eingerichtet. Im zweiten Obergeschoß des im Eigentum der Beklagten und des Rheinisch-Westfälischen TÜV stehenden Gebäudes befindet sich die Zulassungsstelle für Kraftfahrzeuge.

Die Klägerin ist ein bundesweit tätiges Unternehmen der Schilderprägebranche. Sie unterhält seit etwa 1985 in einem Bürocontainer unmittelbar an der Einfahrt zum Straßenverkehrsamt der Beklagten auf demselben Grundstück eine Schilderpräge- und -verkaufsstelle. Den Standplatz hat sie vom TÜV gemietet (monatlicher Mietzins: 4.500 DM zzgl. MwSt.). Vor den Räumen der Zulassungsstelle weisen Tafeln auf ihr Angebot und auf das anderer Schilderpräger hin. Außer der Klägerin bieten noch vier weitere Betriebe Kfz-Schilder an. Zum einen befindet sich auf der anderen Seite der Ludwig-Krohne-Straße eine Verkaufsstelle des Schilderprägers M. Zum anderen hat die Beklagte in dem Gebäude des Straßenverkehrsamts im ersten Obergeschoß, in dem sich auch ein Parkdeck befindet, drei Räume an Schilderpräger vermietet. Die Klägerin wendet sich mit ihrer Klage dagegen, dass sie bei der Vergabe dieser Räume Anfang 1999 nicht berücksichtigt worden ist.

Bei der Vermietung der drei Räume ging die Beklagte wie folgt vor: Raum 1 überließ sie vorab der Duisburg Agentur GmbH, an der sie selbst sämtliche Geschäftsanteile hält. Für die Räume 2 und 3 führte sie im Februar 1999 ein Bewerbungsverfahren durch, an dem sich neben 33 weiteren Schilderprägeunternehmen auch die Klägerin beteiligte. Unter den von ihr als geeignet ausgewählten Bewerbern ließ die Beklagte das Los entscheiden. Die Klägerin wurde abschlägig beschieden; im Laufe des Rechtsstreits stellte sich jedoch heraus, dass es sich bei dem einen der beiden erfolgreichen Bewerber um ein Tochterunternehmen der Klägerin handelt. Die Mietverträge für die Räume 1 bis 3 sind bis 30. Juni 2003 befristet; sie sehen jeweils eine Festmiete von 3.000 DM (zzgl. Nebenkosten) sowie eine Umsatzbeteiligung von 20 % (für Raum 1) bzw. 18 % (Räume 2 und 3) vor.

Die Klägerin beanstandet mit ihrer Klage, dass für die Vermietung des Raumes 1 unter Ausschaltung des Wettbewerbs keine Ausschreibung stattgefunden habe und dass dieser Raum an ein der beklagten Stadt gehörendes Unternehmen vermietet worden sei. Hinsichtlich der Räume 2 und 3 hat sie bemängelt, dass die Mieter durch Los und nicht durch ein Höchstgebot ermittelt worden seien. Sie hat die Ansicht vertreten, die Beklagte verfüge über eine marktbeherrschende Stellung; in ihrem Verhalten liege eine unbillige Behinderung der Klägerin.

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002

Kommunaler Schilderprägebetrieb

KZR 4/01

Soweit sich die Klage mit den Anträgen zu 2 und 3 gegen die Art und Weise der Vermietung der Räume 2 und 3 richtet, ist sie vom Landgericht abgewiesen worden; das Berufungsgericht hat die Klageabweisung bestätigt. Die Revision der Klägerin, die sich hiergegen wendet, hat der Senat nicht angenommen.

Was die Vermietung des Raumes 1 angeht (Klageantrag zu 1), hat die Klägerin zuletzt beantragt,

a) der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen, die in dem - näher bezeichneten - Grundriß mit "Raum 1" gekennzeichneten Räumlichkeiten im Gebäude des Straßenverkehrsamtes, Ludwig-Krohne-Straße 6, Duisburg, ohne Ausschreibung der Duisburg Agentur GmbH zu überlassen;

b) hilfsweise:

festzustellen, dass die Beklagte dem Grunde nach verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Vermietung dieser Räumlichkeiten an die Duisburg Agentur GmbH entstehen wird.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten.

Das Landgericht hat der Klage insoweit mit dem Hauptantrag stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten (im folgenden: Revision), mit der sie ihren auf Klageabweisung gerichteten Antrag weiterverfolgt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch der Klägerin aus §§ 33 , 20 Abs. 1 GWB bejaht und zur Begründung ausgeführt:

Die Beklagte sei in ihrer hier angesprochenen Eigenschaft als Vermieterin von Räumen, die sich zur Vermietung an Schilderprägebetriebe eignen, Normadressatin des kartellrechtlichen Diskriminierungs- und Behinderungsverbots, da sie auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Es handele sich auch um einen Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen wie der Klägerin üblicherweise zugänglich sei. Die Klägerin sei dadurch objektiv behindert und ungleich behandelt worden, dass die Beklagte den fraglichen Raum nicht an die Klägerin, sondern an ein anderes Unterneh-

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002

Kommunaler Schilderprägebetrieb

KZR 4/01

men, die Duisburg Agentur GmbH, vermietet habe. Anders als die Klägerin habe die Duisburg Agentur GmbH kein Losverfahren durchlaufen müssen.

Diese Behinderung sei unbillig, für die Ungleichbehandlung gebe es keinen sachlichen Grund. Die Privilegierung, die die Beklagte ihrem eigenen Tochterunternehmen zukommen lasse, sei mit § 107 der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung (GO NW) nicht zu vereinbaren. Diese Bestimmung regle die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und unterwerfe sie gewissen Schranken. Die Vorschrift diene unter anderem dem Zweck, die Angehörigen der privaten Wirtschaft vor einer drohenden Beeinträchtigung durch den Wettbewerb gemeindlicher Unternehmen zu schützen. Es handele sich daher um eine wettbewerbsbezogene Norm mit der Folge, dass ein gegen dieses Verbot verstoßendes Verhalten nicht nur nach § 1 UWG wettbewerbswidrig, sondern stets auch unbillig und sachlich nicht gerechtfertigt sei. Die Bevorzugung der Duisburg Agentur GmbH verstoße schon deshalb gegen § 107 GO NW, weil ein öffentlicher Zweck, der nach dieser Bestimmung für die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Beklagten oder ihres Tochterunternehmens erforderlich sei, nicht vorliege. Es gebe genügend private Unternehmen, die den Bedarf an Kfz-Schildern befriedigen könnten.

Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch hänge schließlich nicht davon ab, ob der geschlossene Mietvertrag nichtig sei. Da die Beklagte ihren Vertragspartner beherrsche, könne sie ihm gegenüber eine einvernehmliche Aufhebung des Mietvertrages durch einen entsprechenden Antrag und einen Gesellschafterbeschluss durchsetzen.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis mit Recht einen Unterlassungsanspruch der Klägerin aus §§ 33 , 20 Abs. 1 GWB bejaht.

1. Entgegen der Auffassung der Revision kann das rechtliche Interesse der Klägerin an der Untersagung des beanstandeten Verhaltens nicht verneint werden. Die Revision meint, es fehle an einem berechtigten Interesse der Klägerin an dem Verbot, weil bei der letzten Vergabe bereits ein mit der Klägerin konzernmäßig verbundenes Unternehmen zum Zuge gekommen sei; wirtschaftlich seien dieses Unternehmen und die Klägerin als eine Einheit zu betrachten. Nach den - nicht beanstandeten - Ausschreibungsbedingungen der Beklagten könne an ein Unternehmen nur einer der Räume vergeben werden; da ein einmal ausgewähltes Unternehmen nach Ablauf der vierjährigen Mietzeit nicht erneut zum Zuge kommen könne, sei die Klägerin auch bei der nächsten Ausschreibung ausgeschlossen. Dem kann nicht beigetreten werden. Stellt die Bevorzugung des stadteigenen Schilderprägebetriebs einen Verstoß gegen das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot dar, kann das rechtliche Interesse der Klägerin an der Untersagung nicht verneint werden. Ob die Klägerin - wie die Revision meint - bei der nächsten Ausschreibung ausgeschlossen ist, bedarf dabei keiner Klärung; denn ein berechtigtes Interesse an der bean-

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002

Kommunaler Schilderprägebetrieb

KZR 4/01

tragten Untersagung bestünde auch, wenn die Klägerin sich erst an späteren Ausschreibungen wieder beteiligen dürfte.

2. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Normadressateneigenschaft der Beklagten bejaht. Die Beklagte verfügt auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung. Der Markt, auf den hier abzustellen ist, umfasst das Angebot von Gewerbeflächen, die sich für einen Schilderträger zur Anmietung oder sonstigen Nutzung eignen, der den bei den Besuchern der Zulassungsstelle anfallenden Bedarf an Kfz-Schildern decken möchte (vgl. BGH, Urt. v. 14.7.1998 - KZR 1/97 , WuW/E DE-R 201, 202 - Schilderträger im Landratsamt; Urt. v. 3.7.2001 - KZR 11/00 , BGH-Rep. 2001, 972 - Beteiligungsverbot für Schilderträger II). Auch wenn hierzu Gewerbeflächen außerhalb des Gebäudes des Straßenverkehrsamts zählen, steht doch - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - die überragende Stellung der Beklagten auf dem relevanten Markt nicht in Zweifel.

Ebenfalls zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte mit der Vermietung der Räume für Schilderträger einen Geschäftsverkehr eröffnet hat, der Unternehmen wie dem der Klägerin üblicherweise zugänglich ist.

3. Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht das Verhalten der beklagten Stadt als unbillige Behinderung der Klägerin angesehen hat.

a) In der Nichtberücksichtigung der Klägerin liegt eine objektive Behinderung. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, dass auch eine Ungleichbehandlung vorliege. Bei der bevorzugten Duisburg Agentur GmbH handelt es sich nicht um ein gegenüber der Klägerin gleichartiges Unternehmen. Denn Konzernunternehmen - die Beklagte hält sämtliche Geschäftsanteile der Duisburg Agentur GmbH - können im Hinblick auf die wirtschaftliche Einheit nicht als gleichartige Unternehmen angesehen werden (vgl. BGH, Beschl. v. 29.6.1982 - KVR 5/81, WuW/E 1947, 1949 - Stuttgarter Wochenblatt; Urt. v. 10.2.1987 - KZR 6/86 , WuW/E 2360, 2365 - Freundschaftswerbung; Schultz in Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl., § 20 GWB Rdn. 112; Rixen in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 20 GWB 1999 Rdn. 144).

b) Das Berufungsgericht hat seine Annahme, die Behinderung sei unbillig, entscheidend darauf gestützt, dass sich das Verhalten der Beklagten zugleich als ein Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG darstelle. Die Erwägung, ob das beanstandete Verhalten schon lauterkeitsrechtlich Bedenken begegnet, ist im Grundsatz berechtigt; denn ein lauterkeitsrechtlich unzulässiges Verhalten verdient auch im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB keinen Schutz (vgl. BGH, Beschl. v. 25.10.1988 - KVR 1/87, WuW/E 2535, 2541 - Lüsterbehangsteine). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist jedoch zweifelhaft, ob allein der vom Berufungsgericht festgestellte Verstoß gegen eine Bestimmung der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung den Vorwurf der Unlauterkeit begründen kann.

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002

Kommunaler Schilderprägebetrieb

KZR 4/01

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in einer neueren Entscheidung einen Verstoß gegen die entsprechende Bestimmung der bayerischen Gemeindeordnung (Art. 87 BayGO) nicht als Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG gewertet (BGH, Urt. v. 25.4.2002 - I ZR 250/00, GRUR 2002, 825, 826 f. = WRP 2002, 943 - Elektroarbeiten, zum Abdruck in BGHZ bestimmt). Ob für einen Verstoß gegen § 107 GO NW dasselbe gilt, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Ebenfalls kann offenbleiben, ob ein Verstoß gegen das kommunalrechtliche Verbot der erwerbswirtschaftlichen Betätigung die kartellrechtliche Interessenabwägung unmittelbar in der Weise beeinflusst, dass ein entsprechendes Verhalten stets als unbillig anzusehen ist. Denn der geltend gemachte Anspruch besteht auch unabhängig von dem vom Berufungsgericht in den Mittelpunkt gestellten Verstoß gegen kommunalrechtliche Bestimmungen.

c) Die Behinderung, die darin liegt, dass die Beklagte als marktbeherrschende Vermieterin von Gewerbeflächen für Schilderpräger ihr Tochterunternehmen bevorzugt hat, ist allerdings für sich genommen nicht unbillig. Denn das mit dem Normadressaten konzernmäßig verbundene Unternehmen ist im Hinblick auf die bestehende wirtschaftliche Einheit nicht als gleichartiges Unternehmen anzusehen (vgl. BGH, Urt. v. 12.11.1991 - KZR 2/90, WuW/E 2755, 2759 - Aktionsbeträge; Schultz in Langen/Bunte aaO § 20 GWB Rdn. 153). Auch dem marktbeherrschenden Vermieter von Gewerberäumen, die sich für Schilderpräger eignen, steht es grundsätzlich frei, alle vorhandenen Räume zu vermieten oder aber einen oder mehrere Räume selbst zu nutzen, um dort ein eigenes Schilderprägegeschäft zu betreiben. Überträgt er dieses Geschäft einem Tochterunternehmen, bleibt es ihm unbenommen, diesem günstigere Konditionen als den konzernfremden Mietern zu gewähren.

d) Der Streitfall zeichnet sich jedoch dadurch aus, dass es sich bei der Beklagten nicht allein um eine marktbeherrschende Vermieterin handelt; vielmehr leitet sich die überragende Stellung, über die die Beklagte auf dem fraglichen Markt verfügt, unmittelbar aus ihrer öffentlichen Aufgabe ab. Die öffentliche Hand, die sich privatwirtschaftlich betätigt, darf sich bei der Wahrnehmung ihrer erwerbswirtschaftlichen Betätigung nicht dadurch einen unsachlichen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen, dass sie ihre hoheitlichen Befugnisse zur Durchsetzung ihrer privatwirtschaftlichen Interessen und zur Förderung ihres Wettbewerbs einsetzt oder die privaten Mitbewerber mit Mitteln verdrängt, die diesen nicht zugänglich sind, ihr dagegen aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen, etwa indem sie eine öffentlich-rechtliche Monopolstellung ausnutzt (vgl. BGH, Urt. v. 19.6.1986 - I ZR 54/84, GRUR 1987, 116, 118 = WRP 1987, 22 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I; Urt. v. 26.3.1998 - I ZR 222/95, GRUR 1999, 256, 257 = WRP 1998, 857 - 1.000 DM Umwelt-Bonus; Urt. v. 9.7.2002 - KZR 30/00, Umdr. S. 8 - Fernwärme für Börsen).

Die gebündelte Nachfrage nach Kfz-Schildern ist allein darauf zurückzuführen, dass die Beklagte in dem fraglichen Gebäude in Erfüllung hoheitlicher Aufgaben ihre Kraftfahrzeugzulassungsstelle betreibt. Es stellt eine unzulässige Verquickung der öffentlich-rechtlichen

Urteil des BGH Kartellsenat vom 24.09.2002

Kommunaler Schilderprägebetrieb

KZR 4/01

Aufgaben mit einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit dar, wenn ein Träger öffentlicher Gewalt die beherrschende Stellung, über die er in dem durch die Hoheitsverwaltung eröffneten Markt verfügt, in der Weise ausnutzt, dass er die durch die Verwaltungstätigkeit erzeugte Nachfrage nach Gütern unter Verdrängung leistungsbereiter privater Wettbewerber nur deswegen selbst befriedigt, um auf diese Weise für sich den größten wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Unbedenklich ist eine solche, private Anbieter verdrängende Erwerbstätigkeit dann, wenn es sich um eine bloße Hilfstätigkeit zur öffentlich-rechtlichen Aufgabe handelt und die Versorgung der Bürger durch private Anbieter auf längere Sicht nicht zuverlässig gewährleistet erscheint (vgl. BGH, Urt. v. 26.4.1974 - I ZR 8/73, GRUR 1974, 733 , 735 = WRP 1974, 397 - Schilderverkauf; OLG Karlsruhe WRP 1995, 857 , 859 - Schilderverkauf im Bürgeramt). Dabei kann offen bleiben, ob es der Beklagten lediglich untersagt ist, das eigene Tochterunternehmen gegenüber Mitbewerbern zu bevorzugen, oder ob sie sich - weitergehend - in der gegebenen Konstellation der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit vollständig enthalten muss. Denn nach dem Klageantrag soll der Beklagten lediglich verboten werden, die fraglichen Räumlichkeiten dem eigenen Tochterunternehmen ohne Ausschreibung zu überlassen.

Diese Beurteilung steht mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Einklang. In dem der Entscheidung "Schilderpräger im Landratsamt" zugrundeliegenden Fall hatte die Klägerin generell die in der Vermietung von Gewerbeflächen an Schilderpräger liegende erwerbswirtschaftliche Betätigung einer Gebietskörperschaft beanstandet. Eine solche Vermietung hat der Senat für kartellrechtlich unbedenklich gehalten; der dort beklagte Landkreis hatte nicht allein das fiskalische Interesse verfolgt, zusätzliche Einnahmen zu erwirtschaften, sondern versucht, den Kunden der Zulassungsstelle die Möglichkeit einzuräumen, einen Schilderpräger im selben Gebäude aufzusuchen (BGH WuW/E DE-R 201, 204 - Schilderpräger im Landratsamt). In der Entscheidung "Schilderverkauf" stand ebenfalls die Versorgung der Kunden mit Kfz-Schildern im Vordergrund; im übrigen ging es dort allein um die lauterkeitsrechtliche Beurteilung (BGH GRUR 1974, 733 , 735 - Schilderverkauf).

III. Die Revision der Beklagten ist nach alldem zurückzuweisen, weil sich das angefochtene Urteil jedenfalls im Ergebnis als zutreffend erweist. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 , § 97 Abs. 1 ZPO .

Urteil des BGH Kartellsenat vom 09.07.2002

Fernwärme für Börnsen

KZR 30/00

Normen: § 1 UWG, § 19 Abs 2 GWB, § 20 Abs 1 GWB, § 20 Abs 4 GWB

Wettbewerbsverstoß und Wettbewerbsbeschränkung: Kopplung eines gemeindlichen Grundstücksverkaufs an die Pflicht für die Grundstückserwerber zum Bezug von Heizenergie von einem gemeindeeigenen Unternehmen - Fernwärme für Börnsen

Leitsatz

Fernwärme für Börnsen

1. Verknüpft eine Gemeinde den Verkauf von Grundstücken in einem Neubaugebiet mit der Verpflichtung, den Heizenergiebedarf durch ein von einer gemeindeeigenen Gesellschaft betriebenes Blockheizkraftwerk zu decken, liegt darin weder unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs der öffentlichen Hand noch unter dem der Kopplung verschiedener Waren oder Leistungen ein Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG .

2. Bei einer solchen Verknüpfung handelt es sich um eine Kopplung in einem Austauschvertrag, die nicht von vornherein kartellrechtlichen Bedenken begegnet. Eine unbillige Behinderung der Anbieter anderer Energiequellen, die aufgrund der Kopplungsklausel vom Wettbewerb in dem fraglichen Neubaugebiet ausgeschlossen werden, liegt darin nicht.

Fundstellen

BGHZ 151, 274-286 (Leitsatz und Gründe)

NJW 2002, 3779-3782 (Leitsatz und Gründe)

WRP 2002, 1426-1430 (Leitsatz und Gründe)

BWGZ 2002, 960-962 (Leitsatz und Gründe)

Urteil des BGH Kartellsenat vom 09.07.2002

Fernwärme für Börsen

KZR 30/00

NZM 2002, 1039-1042 (Leitsatz und Gründe)
BGHReport 2003, 30-32 (Leitsatz und Gründe)
ZfIR 2002, 1004-1008 (Leitsatz und Gründe)
GRUR 2003, 77-80 (Leitsatz und Gründe)
ZNER 2002, Nr 4, 311-313 (Leitsatz und Gründe)
GWF/Recht und Steuern 2003, 4-6 (Leitsatz und Gründe)
RdE 2003, 35-39 (Leitsatz und Gründe)
GewArch 2003, 84-86 (Leitsatz und Gründe)
WuW/E DE-R 1006-1011 (Leitsatz und Gründe)
MittBayNot 2003, 181-164 (Leitsatz und Gründe)
ZUR 2003, 90-92 (Leitsatz und Gründe)
VersorgW 2003, 107-111 (Leitsatz und Gründe)
DNotZ 2003, 333-335 (Leitsatz und Gründe)
WM 2003, 1196-1199 (Leitsatz und Gründe)
EWiR 2003, 601 (Leitsatz und Gründe)
BGHR GWB § 20 Abs 4 Behinderung, unbillige 1 (Leitsatz und Gründe)
BGHR UWG § 1 Kopplungsangebote 4 (Leitsatz und Gründe)
BGHR UWG § 1 Öffentliche Hand 9 (Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen

DWW 2002, 274 (red. Leitsatz)
EBE/BGH 2002, BGH-Ls 646/02 (Leitsatz)
DB 2003, 87 (Leitsatz)
MDR 2003, 167 (Leitsatz)
NVwZ-RR 2003, 207 (Leitsatz)
ET 2003, 272-274 (Kurzwiedergabe)
LMK 2003, 93 (Leitsatz)
DVP 2005, 478 (Kurzwiedergabe)

Verfahrensgang

vorgehend Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht Kartellsenat, 11. Juli 2000,
Az: 6 U Kart 78/99, Urteil
vorgehend LG Kiel, 10. November 1999, Az: 14 O Kart 125/99, Urteil

Tenor

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 11. Juli 2000 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der Kammer für Handelssachen I des Landgerichts Kiel vom 10. November 1999 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte ist die Gemeinde Börnsen mit etwa 3.300 Einwohnern, die im Osten von Hamburg liegt; sie ist Trägerin der Bauleitplanung im Gemeindegebiet. Als Mehrheitsgesellschafterin ist sie zusammen mit den Hamburger Gaswerken Gesellschafterin eines Energieverteilungsunternehmens - der Gas- und Wärmedienst Börnsen GmbH -, das die Gemeinde Börnsen mit Erdgas versorgt. Seit 1998 unterhält der Gas- und Wärmedienst Börnsen ein eigenes auf dem Prinzip der Kraft-Wärme-Kopplung beruhendes gasbetriebenes Blockheizkraftwerk.

Dieses Blockheizkraftwerk, dessen Bau rund 1 Mio. DM gekostet hat, soll ein Neubaugebiet in Börnsen mit Fernwärme versorgen. Ein Teil der Grundstücke in dem Neubaugebiet steht im Eigentum der Beklagten und wird von ihr an bauwillige Interessenten verkauft. Beim Verkauf verpflichtet sie die Käufer zur Abnahme der Fernwärme des Gas- und Wärmedienstes Börnsen und läßt sich diese Verpflichtung durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit sichern. Die entsprechende Bestimmung in den Kaufverträgen hat folgenden Wortlaut:

Der Käufer verpflichtet sich, den Energiebedarf für Raumheizung und Warmwasserbereitung in dem auf dem Grundstück zu errichtenden Wohngebäude ausschließlich durch das im Bebauungsplan Nr. 11 vorgesehene Blockheizkraftwerk (Gas- und Wärmedienst Börnsen GmbH) zu decken. Die Gemeinde kann Ausnahmen genehmigen. Der Käufer verpflichtet sich darüber hinaus, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ... eintragen zu lassen.

Außerdem macht die Beklagte die Vergabe von Aufträgen für die Erschließung des Neubaugebiets davon abhängig, dass der Erschließungsträger eigene Grundstücke in diesem

Gebiet ebenfalls nur mit einer entsprechenden dinglich abgesicherten Verpflichtung zur Abnahme von Fernwärme des Gas- und Wärmedienstes Börnsen verkauft.

Der Kläger, der als Verband die Interessen der angeschlossenen Brennstoff- und Mineralölhändler vertritt, hat dieses Verhalten der Gemeinde als wettbewerbswidrig nach § 1 UWG beanstandet. Die Beklagte beeinträchtigt den Wettbewerb auf diesem Markt in erheblicher und unzulässiger Weise dadurch, dass sie ihre Stellung dazu mißbrauche, die Nachfrage der Bauplatzerwerber in den Neubaugebieten gezielt auf das in ihrem Mehrheitsbesitz stehende Fernwärmeversorgungsunternehmen zu lenken. Von den etwa 100 Wohneinheiten in dem fraglichen Neubaugebiet stünden fast alle im Eigentum entweder der Beklagten oder der Erschließungsträgerin. In dem Neubaugebiet finde daher kaum noch Wettbewerb zwischen den Anbietern fossiler Brennstoffe und dem Gas- und Wärmedienst statt, zumal die Beklagte zugunsten fossiler Brennstoffe auch keine Ausnahmen vom Anschluß- und Benutzungszwang genehmige.

Der Kläger hat die Beklagte auf Unterlassung des beanstandeten Verhaltens in Anspruch genommen. Ferner hat er beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die in der Vergangenheit gebundenen Erwerber aus dieser Verpflichtung zu entlassen.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat behauptet, von den im Gemeindegebiet belegenen 80 Baugrundstücken stünden lediglich 26 in ihrem Eigentum. Sie hat darauf hingewiesen, dass sie mit der Kopplung des Verkaufs an den Bezug der Fernwärme übergeordnete kommunale Ziele verfolge. Denn die Belange des Klima- und Umweltschutzes ließen es als geboten erscheinen, dass bei der Schaffung von Neubaugebieten der Zuwachs umweltschädlicher Emissionen auf ein Minimum reduziert werde.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung und Beseitigung verurteilt. Die Berufung hatte keinen Erfolg (OLG Schleswig NJWE-WettbR 2000, 253 = ZfIR 2000, 956 mit krit. Anm. Jaeger).

Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat das Verhalten der Beklagten in Übereinstimmung mit dem Landgericht als nach § 1 UWG wettbewerbswidrig und als nach § 20 Abs. 4 und 5 GWB kartellrechtswidrig eingestuft. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Die Beklagte handele bei dem beanstandeten Verhalten im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs. Zum Nachteil der Mitglieder des Klägers fördere sie objektiv den Wettbewerb des Blockheizkraftwerks, und dies entspreche auch ihrer Absicht; denn es sei ihr daran gelegen, andere Energielieferanten vom Markt fernzuhalten, damit das Blockheizkraftwerk rentabel betrieben werden könne.

Das Verhalten der Beklagten verstoße auch gegen die guten Sitten i.S. von § 1 UWG . Die Beklagte schließe durch ihr Verhalten den Leistungswettbewerb unter Ausnutzung ihrer öffentlich-rechtlichen Vorteile zu Lasten der Mineralölhändler aus. Zwar seien die Kommunen nicht gehindert, sich wirtschaftlich zu betätigen. Dabei dürften sie sich aber nur der Wettbewerbsmittel bedienen, die auch privaten Mitbewerbern zur Verfügung stünden. Wettbewerbswidrig sei dagegen der mißbräuchliche Einsatz ihrer Sonderstellung. Danach erweise sich die Kopplung eines Grundstücksverkaufs mit einem privatrechtlichen Anschluß- und Benutzungszwang als eine unter Mißbrauch ihrer hoheitlichen Sonderstellung bewirkte Behinderung des freien Leistungswettbewerbs; denn der Gas- und Wärmedienst Börnsen erziele ohne echte eigene Leistung Vorteile am Markt, insbesondere müsse er sich weder einem Preis- noch einem Leistungswettbewerb mit den Anbietern fossiler Brennstoffe stellen. Diese vorteilhafte Stellung könne die Beklagte dem Gas- und Wärmedienst Börnsen nur deswegen verschaffen, weil sie aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung gezielt Neubaugebiete ausweise, über die Vergabeentscheidung Einfluß auf die Erschließungsträger nehme, Grundstücke günstig kaufen und verkaufen könne, über vielfältige Kontakte zu bauwilligen Interessenten verfüge und schließlich keinen Gewinn erzielen müsse.

Die Verknüpfung zwischen dem Verkauf gemeindeeigener Grundstücke und dem privatrechtlichen Anschluß- und Benutzungszwang könne auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass die Gemeinde auf diese Weise ihre öffentlichen Aufgaben erfülle. Denn Klimaschutz und Energieversorgung gehörten nicht zu den Aufgaben kommunaler Daseinsvorsorge. Im übrigen könne die Beklagte, soweit sie am Wettbewerb teilnehme, unter Berufung auf ihre hoheitlichen Befugnisse für sich keine Sonderstellung in Anspruch nehmen. Daher sei durch das Verbot der Verwendung fossiler Brennstoffe im Bebauungsplan (§ 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB), das von der Gemeindevertretung der Beklagten inzwischen beschlossen worden sei, keine Erledigung des Rechtsstreits eingetreten.

Der Unterlassungsanspruch des Klägers sei darüber hinaus auch aus §§ 33 , 20 Abs. 4 GWB begründet. Im Rahmen der Prüfung der Unbilligkeit kämen dieselben Erwägungen zum Zuge, die bereits bei § 1 UWG angestellt worden seien.

Neben Unterlassung könne der Kläger auch Beseitigung beanspruchen, und zwar in der Form, dass der durch die Kopplung bewirkte, noch fortdauernde Störungszustand zu beseitigen sei, was im Streitfall dadurch geschehen könne, dass die Beklagte die Käufer der

Grundstücke aus der übernommenen Verpflichtung entlasse und in die Löschung der eingetragenen Dienstbarkeit einwillige.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage.

1. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ist die von der Beklagten praktizierte Kopplung des Verkaufs gemeindeeigener Grundstücke mit der Bezugsverpflichtung zugunsten des Gas- und Wärmedienstes Börnsen weder wettbewerbsrechtlich noch kartellrechtlich zu beanstanden.

a) Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Anspruch aus § 13 Abs. 2 Nr. 2 i.V. mit § 1 UWG zu.

aa) Das Handeln der Beklagten im geschäftlichen Verkehr ist nicht zweifelhaft. Die Revision wendet sich jedoch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe zu Zwecken des Wettbewerbs gehandelt. Mit dieser Rüge dringt sie indessen nicht durch.

Das Merkmal des Handelns zu Zwecken des Wettbewerbs ist nicht abstrakt, sondern in Bezug auf denjenigen zu beurteilen, der den wettbewerbsrechtlichen Anspruch geltend macht (vgl. BGH, Urt. v. 30.4.1997 - I ZR 154/95, GRUR 1997, 914, 915 = WRP 1997, 1051 - Die Besten II; Urt. v. 20.2.1997 - I ZR 12/95, GRUR 1997, 907, 908 = WRP 1997, 843 - Emil-Grünbär-Klub). Danach ist im Streitfall maßgeblich, dass die Beklagte durch ihr Verhalten den Wettbewerb des Gas- und Wärmedienstes Börnsen zu Lasten anderer Energielieferanten - so auch zu Lasten der Mineralölhändler, deren Interessen der Kläger vertritt - fördert. Dies wird auch von einer entsprechenden Absicht getragen. Dabei muss noch nicht einmal mit dem Berufungsgericht darauf abgestellt werden, dass die Beklagte durch ihr Verhalten andere Energielieferanten vom Markt fernhalten möchte, damit das Blockheizkraftwerk des Gas- und Wärmedienstes rentabel betrieben werden kann. Es reicht aus, dass die Beklagte durch die Vereinbarung einer Bezugsverpflichtung den Wettbewerb des Blockheizkraftwerks fördern möchte. Dass sie dabei auch umweltpolitische Ziele verfolgt, steht dieser Beurteilung in keiner Weise entgegen.

bb) Den Wettbewerbsverstoß hat das Berufungsgericht darin gesehen, dass die Beklagte unter Ausnutzung der Vorteile, die ihr aus ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung erwachsen, mit ihrem Verhalten den Leistungswettbewerb unter den Energielieferanten zu Lasten der Mineralölhändler ausschließt. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Prüfung nicht stand. Weder die öffentlich-rechtliche Stellung der Beklagten noch die beanstandete Kopplung des Baugrundstücks mit der Bezugsverpflichtung hinsichtlich der Fernwärme rechtfertigen die Annahme eines Wettbewerbsverstoßes nach § 1 UWG. Auch ein Verstoß unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs kommt nicht in Betracht.

(1) Auch das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass allein der Umstand, dass die beklagte Gemeinde in ihrem Eigentum stehende Grundstücke verkauft und sich als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft über eine Beteiligungsgesellschaft am Wettbewerb der Energieversorger beteiligt, ihr Verhalten noch nicht wettbewerbswidrig macht. Durch ihre Beteiligung an einem zur Erzeugung von Fernwärme bestimmten Blockheizkraftwerk nimmt die Beklagte in privatwirtschaftlicher Form eine Aufgabe der Daseinsvorsorge wahr, auch wenn sie zur Erfüllung dieser Aufgabe öffentliche Sach- oder Finanzmittel einsetzt (BGH, Urte. v. 19.6.1986 - I ZR 54/84, GRUR 1987, 116 , 118 = WRP 1987, 22 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I; Urte. v. 26.3.1998 - I ZR 222/95 , GRUR 1999, 256 , 257 = WRP 1998, 857 - 1.000 DM Umwelt-Bonus). Entsprechendes gilt für ihre Tätigkeit als Grundstückseigentümerin. Sie hat dabei im Wettbewerb grundsätzlich keine Vorzugsstellung, ist aber auch nicht generell strengeren Verhaltensregeln unterworfen als ein privater Grundstückseigentümer und ein privates Energieversorgungsunternehmen in gleicher Lage (Köhler in Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 1 Rdn. 560).

Die für öffentlich-rechtliche Verträge geltenden Beschränkungen (vgl. §§ 56 , 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG , § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB) finden danach im Streitfall ebensowenig Anwendung wie die Grundsätze, nach denen unter Ausnutzung einer hoheitlichen Stellung geschlossene Kopplungsgeschäfte nach § 138 BGB unter bestimmten Voraussetzungen nichtig sein können (dazu BGH, Urte. v. 2.10.1998 - V ZR 45/98, NJW 1999, 208 ; Mayer-Maly/Armbrüster in MünchKomm.BGB, 4. Aufl., § 138 Rdn. 88). Die öffentliche Hand, die sich privatwirtschaftlich betätigt, darf sich allerdings bei der Wahrnehmung ihrer erwerbswirtschaftlichen Betätigung nicht dadurch einen unsachlichen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen, dass sie ihre hoheitlichen Befugnisse zur Verbesserung ihrer privatwirtschaftlichen Interessen und zur Förderung ihres Wettbewerbs einsetzt oder die privaten Mitbewerber mit Mitteln verdrängt, die diesen nicht zugänglich sind, ihr dagegen aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen, etwa indem sie eine öffentlich-rechtliche Monopolstellung ausnutzt (vgl. BGH GRUR 1987, 116 , 118 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I; GRUR 1999, 256 , 257 - 1.000 DM Umwelt-Bonus).

Derartige Umstände sind im Streitfall entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht gegeben. Die Beklagte macht lediglich von Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch, über die ein privater Grundstückseigentümer ebenso verfügt. Sie unterscheidet sich insofern nicht von einem privaten Erschließungsunternehmen, das für ein Neubaugebiet eine Fernwärmeversorgung vorsieht und - damit sich die für eine Fernwärmeversorgung erforderlichen Infrastrukturmaßnahmen rentieren - in die Grundstückskaufverträge eine entsprechende Bezugsverpflichtung aufnimmt. Soweit die Beklagte aufgrund ihrer hoheitlichen Befugnisse in der Lage ist, eine solche Maßnahme durch eine entsprechende Gestaltung der Bauleitplanung zu unterstützen (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB), liegt darin für sich genommen kein Mißbrauch hoheitlicher Befugnisse. Vielmehr bietet es sich an, dass eine Gemeinde, die die Verwendung fossiler Brennstoffe in einem bestimmten Gebiet durch eine Bestim-

Urteil des BGH Kartellsenat vom 09.07.2002

Fernwärme für Börnsen

KZR 30/00

mung des Bebauungsplans untersagt, für alternative Energiequellen Sorge trägt. Die Beklagte mißbraucht ihre Stellung auch nicht dadurch, dass sie - wie die Revisionserweiterung geltend macht - Grundstücke günstig erwerben kann und über vielfältige Kontakte zu bauwilligen Käufern verfügt.

(2) Die Unlauterkeit des beanstandeten Verhaltens liegt auch nicht in dem gekoppelten Angebot von zwei verschiedenen Wirtschaftsgütern: dem Baugrundstück auf der einen und der Versorgung mit Fernwärme auf der anderen Seite. Dass ein Anbieter ein kombiniertes Angebot unterbreitet, indem er eine bestimmte Ware oder Leistung nur gekoppelt mit einer anderen Ware oder Leistung abgibt, ist für sich genommen lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden. Lauterkeitsrechtlich von Bedeutung ist bei derartigen Vertragsgestaltungen im allgemeinen nicht das Geschäft selbst, sondern die Werbung für das Angebot, und zwar immer dann, wenn die Gefahr besteht, dass die Verbraucher über den Wert des tatsächlichen Angebots, namentlich über den Wert der Teilleistungen, getäuscht oder sonst unzureichend informiert werden (vgl. BGH, Urt. v. 13.6.2002 - I ZR 173/01, Umdruck S. 10 ff. - Kopplungsangebot I, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Ob die gekoppelte Abgabe selbst zulässig ist, richtet sich dagegen in erster Linie nach den kartellrechtlichen Bestimmungen, insbesondere bei Verträgen nach § 16 GWB. Danach unterliegen Kopplungsgeschäfte zwischen Unternehmen einer kartellrechtlichen Mißbrauchskontrolle und können unter bestimmten Voraussetzungen für unwirksam erklärt werden; Ansprüche Dritter können sich in diesem Fall aber erst ergeben, nachdem die Kartellbehörde eingeschritten ist. Darüber hinaus kann in der Verwendung solcher Vertragsklauseln - etwa dann, wenn sie nicht diskriminierungsfrei verwendet werden - der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder ein Verstoß gegen das kartellrechtliche Diskriminierungs- und Behinderungsverbot liegen (§§ 19, 20 GWB). Schließlich kann eine Kopplung aufgrund des - hier nicht einschlägigen - Verbots der Kopplung von Grundstückskaufverträgen mit Ingenieur- und Architektenverträgen nach Art. 10 § 3 MRVerbG verboten sein (dazu Hesse, BauR 1985, 30 ff.).

(3) Verstößt die Vereinbarung gegen ein derartiges gesetzliches Verbot -hier kommt ohnehin nur eine Zuwiderhandlung gegen ein kartellrechtliches Verbot in Betracht -, kann darin unter dem Gesichtspunkt eines Rechtsbruchs gleichzeitig auch ein Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG liegen. Wie sich aus den nachstehenden Ausführungen ergibt, scheidet ein solcher Verstoß im Streitfall aus.

b) Kartellrechtliche Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte sind nicht gegeben.

aa) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts steht dem Kläger kein Anspruch aus §§ 33, 20 Abs. 4 GWB zu.

(1) § 20 Abs. 4 Satz 1 GWB enthält ein Behinderungsverbot, das - anders als § 20 Abs. 1 GWB - nur zwischen Wettbewerbern, also im Horizontalverhältnis, gilt. Bei § 20 Abs. 4 GWB müssen daher das behindernde und das behinderte Unternehmen im selben Markt

Urteil des BGH Kartellsenat vom 09.07.2002

Fernwärme für Börnsen

KZR 30/00

tätig sein (vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 20 Rdn. 282 f.; Schultz in Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl., § 20 GWB Rdn. 229). In ihrer Eigenschaft als Verkäuferin von Bauland tritt die Beklagte nicht in demselben Markt auf, in dem die Mitglieder des Klägers tätig sind. Ein einheitlicher Markt für Wärmeenergie - unterstellt, die Beklagte wäre in einem solchen Markt tätig - besteht nicht, weil für die Marktgegenseite, also die Hausbesitzer, die sich entweder für Fernwärme oder für eine Ölheizung entschieden haben, die beiden Formen der Wärmeenergie nicht austauschbar sind. In den Blick zu fassen wäre allenfalls der Markt, in dem sich die verschiedenen Anbieter von Heizsystemen um die Bauherren und um die Hauseigentümer bemühen, die sich erstmals oder im Zuge einer fälligen Neuinstallation für eine bestimmte Wärmequelle entscheiden müssen. Auf diesem allgemeinen Markt der Heizsysteme verfügt die Beklagte oder der mit ihr verbundene Gas- und Wärmedienst Börnsen im Verhältnis zu den Mitgliedern des Klägers jedoch nicht über eine überlegene Marktmacht im Sinne von § 20 Abs. 4 Satz 1 GWB .

Das Bundeskartellamt hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zu Bedenken gegeben, ob nicht von einem räumlich eng begrenzten Markt auszugehen sei, der sich auf die Installation von Heizsystemen in dem fraglichen Neubaugebiet beschränke. Eine solche Marktabgrenzung kommt indessen nicht in Betracht. Denn die Nachfrage nach einem Heizsystem ist im Streitfall dem Grundstückserwerb nicht nachgeschaltet. Vielmehr entscheidet sich die Marktgegenseite mit dem Erwerb des Grundstücks für ein bestimmtes Heizsystem. Die von der Beklagten und dem Gas- und Wärmedienst Börnsen angebotenen Leistungen sind für diese Nachfrager mit einer Fülle anderer Grundstücksangebote im Osten Hamburgs und in anderen Nachbargemeinden austauschbar. Für eine überlegene Marktmacht der Beklagten oder des Gas- und Wärmedienstes Börnsen auf diesem Markt ist nichts ersichtlich.

(2) Aber auch wenn die Normadressateneigenschaft der Beklagten zu bejahen wäre, kann das Verhalten der Beklagten nicht als eine unbillige Behinderung angesehen werden. Auch im Rahmen des § 20 Abs. 4 GWB ist für das Merkmal der Billigkeit auf eine Interessenabwägung abzustellen. Hierbei kommen dieselben Erwägungen zum Tragen, die für die Verneinung eines lauterkeitsrechtlichen Anspruchs maßgeblich sind. Insbesondere ist von einem berechtigten Interesse der Beklagten auszugehen, in die Grundstückskaufverträge eine Bezugspflicht zugunsten des Gas- und Wärmedienstes Börnsen aufzunehmen.

bb) Einen Boykott nach § 21 Abs. 1 GWB hat das Berufungsgericht zu Recht verneint. Wie bereits dargelegt, sind Kopplungen in Austauschverträgen grundsätzlich kartellrechtlich zulässig (§ 16 Nr. 4 GWB). Die mit solchen Vereinbarungen notwendig verbundenen Nachteile für andere Unternehmen fallen nicht unter § 21 Abs. 1 GWB ; denn die jeder Ausschließlichkeitsbindung immanente Folge des Ausschlusses anderer Unternehmen nimmt das Gesetz hin und unterwirft sie lediglich einer Mißbrauchskontrolle durch die Kartellbehörden (vgl. BGH, Beschl. v. 5.7.1973 - KVR 3/72, WuW/E 1269, 1275 f. - Fernost-Schiffahrtskonferenz). Die restriktive Anwendung des § 21 Abs. 1 GWB auf wettbewerbs-

Urteil des BGH Kartellsenat vom 09.07.2002

Fernwärme für Börnsen

KZR 30/00

beschränkende Vereinbarungen in Vertikalverträgen findet jedoch dort ihre Grenze, wo die Beschränkung eine gegen bestimmte Dritte gerichtete Zielsetzung aufweist und wo mit ihrer Hilfe bestimmte, individualisierbare Unternehmen getroffen oder sogar vom Markt verdrängt oder ferngehalten werden sollen (vgl. BGH, Urt. v. 28.9.1999 - KZR 18/98 , WuW/E DE-R 395, 396 - Beteiligungsverbot für Schilderträger, m.w.N.). Die Bezugsverpflichtung, die die Beklagte zugunsten des Gas- und Wärmedienstes Börnsen mit den Grundstückskäufern vereinbart, zeichnet sich nicht durch eine solche Zielrichtung aus.

2. Auch soweit die Beklagte in Verträgen mit Erschließungsträgern diese verpflichtet, ebenfalls eine Bezugsverpflichtung zugunsten des Gas- und Wärmedienstes Börnsen zu vereinbaren, wenn sie Grundstücke in dem fraglichen Neubaugebiet verkaufen, stehen dem Kläger keine lauterkeits- oder kartellrechtlichen Ansprüche zu.

a) Das beanstandete Verhalten der Beklagten stellt auch insofern keinen Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG dar.

Gleichgültig, ob es sich bei den Vereinbarungen mit Erschließungsträgern um öffentlich-rechtliche Verträge i.S. von § 124 BauGB handelt oder ob die Beklagte - was ebenfalls denkbar ist - insofern privatrechtliche Vereinbarungen trifft, gilt hier ein strengerer Maßstab. Handelte es sich bei der Beteiligung der Beklagten an dem Gas- und Wärmedienst Börnsen um eine bloße erwerbswirtschaftliche Betätigung der Beklagten, wäre es ihr verwehrt, diese Tätigkeit mit ihren öffentlichen Aufgaben zu verknüpfen und die Vergabe von Erschließungsaufträgen davon abhängig zu machen, dass der Erschließungsträger dem kommunalen Beteiligungsunternehmen Kunden zuführt. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes darf die öffentliche Hand die staatliche Autorität und die damit verbundene Vertrauensstellung nicht zur Erreichung von Wettbewerbsvorteilen mißbräuchlich nutzen. Auch eine Verquickung amtlicher und erwerbswirtschaftlicher Interessen, die zur Interessenkollision bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben führen kann, ist unlauter (st. Rspr.; BGH, Urt. v. 30.10.1963 - Ib ZR 72/62, GRUR 1964, 210 , 213 = WRP 1964, 85 - Landwirtschaftsausstellung; Urt. v. 4.12.1970 - I ZR 96/69 , GRUR 1971, 168 , 169 = WRP 1971, 219 - Ärztekammer; Urt. v. 12.11.1998 - I ZR 173/96 , GRUR 1999, 594 , 597 = WRP 1999, 650 - Holsteiner Pferd; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., § 1 UWG Rdn. 937 ff.; Köhler in Köhler/Piper aaO § 1 Rdn. 572). Darüber hinaus ergibt sich aus § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB , dass sich die Beklagte in Erschließungsverträgen nur Leistungen versprechen lassen darf, die "den gesamten Umständen nach angemessen (sind) und in sachlichem Zusammenhang mit der Erschließung stehen". Dieses spezielle Kopplungsverbot (vgl. auch § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG ; ferner Jaeger, ZfIR 2000, 960 , 961) gilt unabhängig davon, ob die Verträge, die die Beklagte mit Erschließungsträgern schließt, öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind (vgl. dazu Jaeger, ZfIR 2000, 960 , 962).

Urteil des BGH Kartellsenat vom 09.07.2002

Fernwärme für Börnsen

KZR 30/00

Die Verpflichtung, die die Beklagte den Erschließungsträgern auferlegt, stellt sich auch bei Beachtung dieses strengeren Maßstabs nicht als wettbewerbswidrig dar. Denn die Beklagte verfolgt mit den Bezugsverpflichtungen zugunsten des Gas- und Wärmedienstes Börnsen ein berechtigtes öffentliches Interesse. Unstreitig dient es dem Klima- und Umweltschutz, wenn die Häuser in dem fraglichen Neubaugebiet mit Fernwärme aus dem Blockheizkraftwerk versorgt werden und die erforderliche Wärme nicht dezentral durch Verwendung fossiler Brennstoffe erzeugt wird. Die Beachtung derartiger Belange des Klima- und Umweltschutzes fügt sich ohne weiteres in die sonstige Erschließung des Neubaugebietes ein (vgl. § 127 Abs. 4 Satz 2 BauGB ; Jaeger, ZfIR 2000, 960 , 961). Ihre Durchsetzung mit Hilfe von dinglich gesicherten Bezugsverpflichtungen, die den Erwerbenden von Bauland entweder unmittelbar oder mittelbar über die Erschließungsträger auferlegt werden, ist sachlich gerechtfertigt. Sie begegnet auch keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

b) Auch kartellrechtliche Ansprüche stehen dem Kläger gegen die Beklagte nicht zu. Insbesondere kann sich der Kläger nicht auf § 33 i.V. mit § 20 Abs. 1 GWB stützen. Fraglich ist bereits die Normadressateneigenschaft der Beklagten. Denn es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte auf dem Markt für die Vergabe von Erschließungsarbeiten eine marktbeherrschende Stellung hätte oder die Erschließungsträger zumindest i.S. von § 20 Abs. 2 GWB von der Beklagten abhängig wären. Im übrigen ergibt sich aus den Ausführungen zu § 1 UWG, dass eine mögliche Behinderung der Mitglieder des Klägers im Hinblick auf die von der Beklagten verfolgten Zwecke nicht unbillig wäre. Aus denselben Gründen scheidet auch ein Anspruch des Klägers aus § 33 i.V. mit § 20 Abs. 4 Satz 1 GWB aus.

III. Danach ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Klage ist abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO .

Urteil des OLG Düsseldorf Kartellsenat vom 12.12.2001

U (Kart) 4/01

Normen: § 19 Abs 2 Nr 2 Halbs 1 WettbewG, § 20 Abs 1 WettbewG, § 33 S 1 Halbs 1 WettbewG

Bevorzugung einheimischer Schilderpräger gegenüber auswärtigen Konkurrenten zur regionalen Wirtschaftsförderung bei der Vermietung von Räumen in der Kfz-Zulassungsstelle

Leitsatz

Das durch die Bekanntmachung einer Absicht der Vermietung von Räumen im Gebäude der Kraftfahrzeugzulassungsstelle an Schilderprägeunternehmen zur Geltung gebrachte Interesse eines Landkreises daran, unter dem Gesichtspunkt einer Förderung der regionalen Wirtschaft bei der Vermietungsentscheidung einheimische Schilderpräger zu Lasten auswärtiger Konkurrenten zu bevorzugen oder leichter zum Zuge kommen zu lassen, ist dann zu einer Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung nicht geeignet und stellt eine unbillige Behinderung auswärtiger Schilderprägeunternehmen dar, wenn der betreffende Landkreis als Normadressat des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots zur Gleichbehandlung verpflichtet ist (im Anschluss an BGH, 28. September 1999, KZR 18/98, NJW 2000, 809, 811 - "Beteiligungsverbot für Schilderpräger").

Fundstellen

OLGR Düsseldorf 2002, 186-189 (Leitsatz und Gründe)

GRUR 2002, 831-832 (Leitsatz und Gründe)

NJW-RR 2002, 1404-1405 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Dortmund, kein Datum verfügbar, Az: 13 O 99/00 (Kart)

Urteil des OLG Düsseldorf Kartellsenat vom 12.12.2001 U (Kart) 4/01

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Anschluß BGH Kartellsenat, 28. September 1999, Az: KZR 18/98

Beschluss des OLG München Kartellsenat vom 22.11.2001

Kart 1/00

Normen: § 19 GWB, § 20 GWB, § 32 GWB

Wettbewerbsbeschränkung durch ein Stromversorgungsunternehmen: Erhebung einer Wechselgebühr bei Lieferantenwechsel

Orientierungssatz

Ein integriertes Stromversorgungsunternehmen ist nicht berechtigt, im Falle des Wechsels zu einem anderen Stromlieferanten von dem neuen Stromlieferanten pro Kunde eine Wechselgebühr in Höhe von 95,12 DM brutto zu verlangen, sofern der Strompreis des Kunden allein nach geleisteter Arbeit abgerechnet wird (Lastprofilkunde) und solange die Quote der Wechselvorgänge jener Kunden pro Geschäftsjahr 5% (bezogen auf die Gesamtzahl der aus dem Niederspannungsnetz versorgten Kunden) nicht überschreitet.

Fundstellen

ZNER 2001, Nr 4, 263-269 (red. Leitsatz und Gründe)

RdE 2002, 69-75 (red. Leitsatz und Gründe)

VersorgW 2002, 156-161 (red. Leitsatz und Gründe)

OLGR München 2002, 381-387 (Leitsatz und Gründe)

Tenor

1. Die Beschwerde der Betroffenen gegen die Verfügung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Technologie vom 10.11.2000 -- Nr. 555d5 -- W/1b -- 36409 -- wird insoweit zurückgewiesen, als der Betroffenen untersagt wurde, ein gesondertes Entgelt in Höhe von DM 95,12 brutto von dem neuen Lieferanten dafür zu fordern oder zu

vereinbaren, dass der Stromkunde den Lieferanten wechselt, wenn der Strompreis dieses Kunden allein nach geleisteter Arbeit abgerechnet wird (Lastprofilkunden) und solange die Quote der Wechselvorgänge dieser Kunden pro Geschäftsjahr 5 % -- bezogen auf die Gesamtzahl der niederspannungsseitig versorgten Kunden -- nicht übersteigt.

Im Übrigen wird die Verfügung aufgehoben.

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

3. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

A. Die Betroffene betreibt im Gebiet der Stadt Bad T das Stromnetz, wobei sie auch selbst Strom liefert. Von den insgesamt 10.161 Tarifkunden vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts am 29.4.1998 (BGBl. I S. 370) schieden 4.369 Tarifkunden (43 %) aus der Tarifversorgung aus. Diese werden nunmehr vom Geschäftsbereich "Handel" der Betroffenen zu den Konditionen des Angebots "T 2000" beliefert. Etwa 1 % der Kunden wechselte zu anderen Stromlieferanten.

Bei einer durchschnittlichen Abgabemenge im Netzgebiet der Betroffenen von durchschnittlich 5.430 kWh jährlich pro niederspannungsseitig versorgtem Kunden ergeben sich nach dem Allgemeinen Tarif der Betroffenen ein Betrag von ca. DM 1.560,-- pro Jahr, nach den Konditionen "T 2000" ein Betrag von ca. DM 1.304,-- pro Jahr sowie nach dem Tarif eines neuen Stromanbieters (AGB in Anlage Bf 1) ein Betrag von ca. 1.260,-- pro Jahr..

Veranlasst durch Beschwerden von neuen Stromanbietern wegen der Geltendmachung von Entgelten beim Wechsel des Stromlieferanten bei Lastprofilkunden, d.h. bei aus dem Niederspannungsnetz versorgten Kunden, bei denen aus wirtschaftlichen Gründen eine registrierende Leistungsmessung nicht durchgeführt wird und das Entgelt für den Strombezug allein nach geleisteter Arbeit abgerechnet wird (gelieferte kWh), wandte sich die Landeskartellbehörde mit Schreiben vom 14.6.2000 an alle Netzbetreiber in Bayern (Band I Bl. 62/89).

Mit Schreiben vom 20.6.2000 (Band II, Bl. 1) teilte die Betroffene mit, dass sie ein "Transaktionsentgelt" von DM 82,-- zuzüglich Umsatzsteuer berechnet habe. Für die bisherigen Tarifkunden, die nunmehr mit dem Sondervertrag T-Strom 2000 versorgt werden, werde kein Transaktionsentgelt erhoben, da der schriftliche Aufwand gering sei.

Am 17.8.2000 leitete die Landeskartellbehörde gegen die Betroffene (und sechs weitere Unternehmen) ein förmliches Mißbrauchsverfahren ein und erbat weitere Auskünfte (Band II, Bl. 2/12). Hierauf teilte die Betroffene mit Schreiben vom 5.9.2000 mit, dass 97 Kunden aus dem Niederspannungsbereich zu einem anderen Lieferanten gewechselt seien, der

Durchschnittsverbrauch niederspannungsseitig versorgter Kunden bei 5.430 kWh pro Jahr liege, die Abnahmemenge des größten niederspannungsseitig versorgten Kunden 1,2 Millionen kWh pro Jahr betrage und eine "Wechselgebühr" nicht erhoben werde. Es werde pauschal der anfallende Aufwand beim Lieferantenwechsel berechnet. Dieser Aufwand sei gemäß ihrem Stromhändler-Rahmenvertrag vom neuen Lieferanten zu vergüten.

In ihrer Stellungnahme vom 24.10.2000 (Band II, Bl. 21/38) trat die Betroffene der von der Landeskartellbehörde vertretenen Auffassung, wonach der Wettbewerb durch die Erhebung einer Wechselgebühr unbillig behindert werde, entgegen.

Am 10.11.2000, zugestellt am 17.11.2000, erließ das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Verkehr und Technologie als Landeskartellbehörde, gestützt auf §§ 32 , § 20 Abs. 1 GWB folgende Verfügung (Band II, Bl. 94/115; abgedruckt WUW/E DE-V 347):

Der Betroffenen wird untersagt, ein gesondertes Entgelt dafür zu fordern oder zu vereinbaren, dass der Stromkunde den Lieferanten wechselt, wenn der Strompreis dieses Kunden allein nach geleisteter Arbeit abgerechnet wird (Lastprofilkunden) und solange die Quote der Wechselvorgänge dieser Kunden pro Geschäftsjahr 5 % -- bezogen auf die Gesamtzahl der niederspannungsseitig versorgten Kunden -- nicht übersteigt.

Hiergegen wendet sich die Betroffene mit ihrer am 18.12.2000 beim Oberlandesgericht München eingelegten und nach entsprechender Verlängerung der Frist am 7.3.2001 begründeten Beschwerde.

In tatsächlicher Hinsicht verweist sie darauf, dass im Falle des Kundenwechsels in ihrem Geschäftsbereich Netz ein erheblicher Aufwand anfallt (auf die Aufstellung auf Seite 2 f der Beschwerdebegründung, die 19 Vorgänge umfasst, wird Bezug genommen). Das Wechselentgelt, das die Umstellungskosten abdecke, werde dem neuen Lieferanten in Rechnung gestellt. Alle Stromhändler, die Kunden im Netzgebiet der Betroffene belieferten, böten diesen einen Inklusiv-Preis an, der eine Stromlieferung frei Hausanschluss zum Gegenstand habe (beispielhaft die AGB der ares Energie-direkt GmbH, Anlage Bf 1). Folglich würden alle Kosten der Belieferung frei Haus vom Lieferanten getragen. Die Wechselaufwendungen entstünden unabhängig davon, ob die Kunden von dem Geschäftsbereich "Vertrieb" der Betroffenen als bisherigem Lieferanten zu einem zweiten Lieferanten oder von einem zweiten Lieferanten zu einem dritten Lieferanten wechselten.

In rechtlicher Hinsicht ist sie der Auffassung, dass die Inrechnungstellung von Wechselentgelten keine unbillige Behinderung im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB darstelle. Es fehle bereits an einer Behinderung. Denn das Wechselentgelt werde vom Kunden bei der Wahl seines neuen Lieferanten nicht wahrgenommen. Der Preisvergleich werde anhand des leistungsabhängigen Grundpreises und des arbeits- oder mengenmäßigen Verbrauchspreises durchgeführt. Wenn damit schon keine unmittelbare Behinderung des wechselwilligen Kunden, der ohnehin nicht zu den Schutzadressaten von § 20 Abs. 1 GWB gehöre, verbunden sei, könne auch keine mittelbare Behinderung des von ihm mit der Abwicklung

des Wechselvorgangs beauftragten Unternehmens gegeben sein. Denn dieser verfolge mit der Abwicklung des Wechselvorgangs keine eigenständigen geschäftlichen Interessen. Im übrigen fehle es bereits begrifflich an einer Behinderung, da das Wechselentgelt jedem Lieferanten in Rechnung gestellt werde, der den Wechsel eines Kunden vom bisherigen Lieferanten zum anmeldenden, neuen Lieferanten bekanntgebe. Auch ihrem eigenen Geschäftsbereich "Handel" stelle sie beginnend ab diesem Geschäftsjahr den Wechselaufwand in Rechnung, der anfalle, wenn der Kunde von der Tarifversorgung in die Belieferung als Produktkunde wechsele.

Unabhängig hiervon könne in der Forderung einer Gegenleistung für eine Leistung per se schon keine Behinderung liegen, wie sich auch aus der Regelung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ergebe. Diese Bestimmung garantiere auch einem Monopol-Unternehmen, dass es den Zugang zu seinem Netz nur gegen angemessenes Entgelt zu gewähren habe. Diese spezialgesetzliche gesetzgeberische Wertentscheidung könne nicht durch die Anwendung des allgemeinen Behinderungsverbots unterlaufen werden. Dem könne auch nicht entgegen gehalten werden, dass als angemessen nur ein Entgelt angesehen werden könne, dass nicht gegen das Behinderungsverbot verstoße, da es in vorliegendem Verfahren nicht um die Höhe des Entgelts gehe, sondern darum, ob überhaupt ein Entgelt verlangt werden könne.

Werde eine Behinderung unterstellt, so fehle es an der Kausalität der Marktstellung als Netzmonopolist für die behauptete Behinderung. Zur Benutzung des Netzes gehörten auch die mit der Netznutzung verbundenen Dienstleistungen (z.B. Erfassung des Zählerstandes bei Beginn bzw. am Ende eines Belieferungszeitraums). Es sei daher unzutreffend, den Wechselvorgang, also die Anlage und die Erfassung des Kunden als Kunde des Durchleitungsnetzes, von der Netznutzung gedanklich zu trennen. Nicht anders stelle sich die Sachlage bei der Nutzung eines Mobiltelefonanschlusses dar. Im Falle des Wechsels der Teilnehmeranschlussleitung sei das Wechselentgelt, das bei ca. DM 200,- liege, von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post geprüft und genehmigt worden. Vorliegend werde ein Wechselentgelt nur deshalb verlangt, weil ein ausscheidbarer Wechselaufwand entstehe. Dieser Aufwand sei völlig unabhängig davon, welche Marktstellung das den Aufwand betreibende Unternehmen habe.

Ebenso fehle es bei der gebotenen Abwägung der berücksichtigungsfähigen Interessen an der Unbilligkeit einer Behinderung. Da der Wechselkunde nach der derzeitigen Praxis kein Wechselentgelt bezahlen müsse, da dieses von dem neuen Stromlieferanten übernommen und auch nicht direkt weiterberechnet werde, seien dessen Interessen nicht betroffen. Die Interessen der nicht wechselnden Kunden gingen dahin, nicht mit von Dritten verursachten Kosten belastet zu werden. Wenn die Landeskartellbehörde die Auffassung vertrete, alle niederspannungsseitig versorgten Kunden hätten einen Vorteil von der Umlage, weil sie von etwaigen Strompreissenkungen des Gebietsversorgers profitierten, treffe diese These nicht zu. Hierbei müsse zunächst zwischen der Tarifversorgung und der Belieferung von privaten Produktkunden unterschieden werden. Selbst bei einem Wettbewerb der

Stromanbieter mit Inklusivpreisen müsse der Wechsel eines oder mehrerer Kunden vom bisherigen Anbieter zu einem neuen Stromanbieter nicht die Folge haben, dass der bisherige Stromanbieter die Preise senke, etwa wenn die Nachfrage ihn aus anderen Gründen präferiere. Es sei nicht zu erwarten, dass geringfügige Unterschiede in der Preisgestaltung eine große Kundenwanderung auslösen würden. Dies gelte um so mehr als in dem Bereich der Lastprofilkunden auch nach Ansicht der Beschwerdegegnerin kaum mehr ein Spielraum für weitere Preissenkungen bestehe. Die Ansicht, wonach die Wechselquote gering sei, werde durch die Tatsache widerlegt, dass 43 % der Kunden von der Tarifversorgung in die Produktkundenbelieferung gewechselt seien. Dies belege, dass die Wettbewerbsintensität hoch sei, der Markterfolg der neuen Anbieter aber vergleichsweise gering. Ebenso sei die These, der Vorteil durch eine vom abwandernden Kunden erzwungene Preissenkung halte sich die Waage mit der Belastung durch die sozialisierten Wechselgebühren, nicht haltbar. Wäre der Wechsel völlig kostenfrei und würde beim Publikum die von der Beschwerdegegnerin gewünschte Wechselfreiheit hergestellt, würden die Kunden ohne Rücksicht darauf wechseln, ob für sie noch ein Vorteil verbleibe. Die von der Beschwerdegegnerin errechnete durchschnittliche Mehrbelastung von rund DM 0,95 pro Jahr würde danach auf mehr als DM 40,-- pro Kunde wachsen, wenn man unterstelle, die bisher wechselwilligen 44 % würden auch in der Zukunft die Konditionen ihres Strombezuges regelmäßig überprüfen und gegebenenfalls ändern.

Weiter vertritt die Betroffene die Auffassung, dass die Bedingung, wonach die Verfügung außer Kraft trete, wenn die Zahl der Wechselvorgänge der Lastprofilkunden 5 % pro Jahr übersteige, bei Berücksichtigung der Tarifwechselkunden bereits jetzt zur Unanwendbarkeit der Verfügung führe. Die Größe von 5 % lasse sich rechtlich unter keinem Gesichtspunkt aus dem Gesetz entnehmen. Kein Gericht und keine Behörde könne das zukünftige Wechsel- und Verbrauchsverhalten wegen behaupteter Vorteile im Preiswettbewerb durch Sozialisierung der Wechselkosten begünstigen, da die hierfür erforderlichen Kenntnisse nicht vorhanden seien.

Der neue Stromanbieter könne aufgrund der ihm vorliegenden Daten feststellen, bei welchen Kundengruppen sich die Übernahme des Wechselentgelts lohne. Der Fall liege nicht anders als bei der Betrachtung der Werbekosten des neuen Anbieters. In seiner Kommunikation mit dem umworbenen Kunden werde der neue Anbieter nicht behindert, solange der Netzbetreiber vom Kunden die Wechselgebühr nicht direkt anfordere.

In Bezug auf die Interessen des Netzbetreibers sei zu berücksichtigen, dass dieser weder der derzeitige Stromlieferant sein müsse noch überhaupt Strom anbieten müsse. Aufgrund der künftigen Gegebenheiten, wonach Netzbetrieb und Stromhandel künftig vermehrt von selbstständigen Anbietern durchgeführt werden würden, müsse zwischen den Interessen eines Netzbetreibers und den Interessen eines Stromanbieters strikt getrennt werden. Dies werde auch durch § 6 Abs. 1 EnWG belegt. Der Netzbetreiber habe folglich ein legitimes Interesse daran, ihm tatsächlich entstehende Kosten verursachungsgerecht weiterzuberechnen. Hierbei müsse auch berücksichtigt werden, dass die Betroffene erheblichen

Druck zu erwarten hätte, wenn bekannt werde, dass nicht wechselnde Kunden mit Aufwendungen belastet würden, die durch wechselnde Kunden verursacht würden. Der Netzbetreiber könne sich ferner nicht dem Vorwurf aussetzen, er betreibe entgegen § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB einen Ausbeutungsmißbrauch.

Unabhängig von der Frage, ob der bisherige Stromlieferant selber ein Netz betreibe, liege es in dessen Interesse, dass seine nicht wechselnden Kunden nicht mit Wechselkosten belastet würden.

Es liege im Interesse der Allgemeinheit, dass Netzbetreiber nicht mit Kosten belastet würden, die von den Verursachern nicht übernommen werden müssten und die auf Dritte aus rechtlichen oder politischen Gründen nicht weitergewälzt werden könnten. Folge wäre die Verschlechterung des Netzzustandes.

Unter Berücksichtigung der auf die Wettbewerbsfreiheit gerichteten Zielsetzung des Gesetzes seien die Interessen der wechselbereiten Kunden, mit dem wechselbedingten Aufwand verschont zu bleiben, nicht höher zu bewerten als das Interesse der nicht wechselbereiten Kunden in Bezug auf einen nicht von ihnen verursachten Aufwand. Bei zunehmender Wechselhäufigkeit könne die Sozialisierung der Aufwendungen zu einer spürbaren Erhöhung der Netznutzungskosten für alle aus dem Netz Versorgten führen. Da die "Umlage" nicht durch Preisvorteile ausgeglichen werde, verdiene die verursachungsgerechte Belastung den Vorrang. Auch das Interesse des neuen Lieferanten sei nicht als schutzwürdiger zu bewerten. Die Sozialisierung von Wechselkosten komme auch nicht ausschließlich dem neuen Anbieter zugute, sondern könne von jedem Anbieter ausgenutzt werden.

Die Betroffene beantragt:

I. Die Verfügung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Technologie vom 10.11.2000 wird aufgehoben.

II. Der Freistaat Bayern trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der aussergerichtlichen Kosten der Betroffene.

Die Beschwerdegegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen und der Betroffenen die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Sie verweist darauf, dass laut einem Pressebericht nur vier Lastprofilkunden (Anlage BG 1) von der Betroffenen zu einem anderen Stromlieferanten gewechselt seien.

Das untersagte Verhalten stelle sich als Behinderung dar, da ein Wechselentgelt die Kosten beim neuen Anbieter erhöhe, falls dieser das Wechselentgelt nicht vom Kunden zurückfordere, was nach den Gegebenheiten des Marktes nicht der Fall sei. Bei ihrer Beur-

teilung verkenne die Betroffene, dass sie selbst als Wettbewerberin bei Stromlieferungen auftrete und über einen Kundenstamm aus der Zeit vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts verfüge, den sie faktisch ohne Zahlung von Wechselentgelten versorgen könne. Nach ihrem eigenen Vortrag beliefe sie 56 % ihrer Kunden auf der Basis allgemeiner Tarife weiter. Hinsichtlich der übrigen 43 % berufe sie sich ebenfalls zu Unrecht auf eine Chancengleichheit.

Eine Behinderung scheide auch nicht deshalb aus, weil hiermit eine Gegenleistung vergütet werde. Die Nutzung des Netzes könne nicht künstlich in zwei Leistungen aufgespalten werden, die jeweils gesondert zu vergüten seien, nämlich in ein Entgelt für den Wechsel, zum anderen in ein Entgelt für die Netznutzung. Dies stehe im Widerspruch zu dem mit § 6 Abs. 1 EnWG und § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB verfolgten gesetzgeberischen Zielvorstellungen. Auch die Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie vom 13.12.1999 (Verbändevereinigung Strom II) verfolge das Ziel, den Wettbewerb zwischen Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft um die Belieferung von Elektrizitätskunden zu fördern. Diese Vereinbarung gehe von einer einheitlichen wirtschaftlichen Leistung "Bereitstellung des Netzes" aus. In der Verbändevereinbarung II werde ausdrücklich bestimmt, dass die Kosten der für die zur Netznutzung erforderlichen Systemdienstleistungen im Netznutzungsentgelt enthalten sein sollten. Dass der wettbewerbliche Netzzugang von den betroffenen Wirtschaftskreisen als einheitliche Leistung angesehen werde, zeige auch Nr. 1 der dem Abschluss der Verbändevereinbarung II vorausgegangen "Vereinbarung über Eckpunkte einer weiterentwickelten Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie" vom 28.9.1999 (VIK-Mitteilungen 6-1999). Die vom Verband Kommunalen Unternehmen e.V.(VKU), in dem die Betroffene Mitglied sei, abgegebene Protokollerklärung zur Verbändevereinbarung II, wonach die Wechselkosten separat in Rechnung gestellt werden könnten, werde nicht von der vertraglichen Einigung der Verbände erfasst.

Soweit § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB für den Netzzugang ein angemessenes Entgelt voraussetze, könne hiermit nur ein Entgelt für alle mit dem Netzzugang ursächlich zusammenhängenden Leistungen verstanden werden. Die Argumentation der Betroffene zur "Sperrwirkung" des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB gehe davon aus, dass ihre Netznutzungsentgelte einschließlich Wechselentgelt angemessen seien. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff müsse anhand der Wertungen anderer Rechtsvorschriften und des gesetzgeberischen Ziels ausgelegt werden. Deshalb seien die Auswirkungen eines Verhaltens auf die Wettbewerber der vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe immer in die Betrachtung einzubeziehen. Folglich scheide ein rein kostenorientierter Maßstab aus. Der Maßstab müsse (auch) wettbewerbsbezogen sein. Dies schließe die Betrachtung mit ein, ob ein Entgelt im konkreten Einzelfall (wettbewerbs-) behindernd sei.

Soweit die Betroffene die Kausalität der Marktstellung für die Behinderung bestreite, sei darauf hinzuweisen, dass sie das Wechselentgelt nur aufgrund ihrer Monopolstellung durchsetzen könne. Denn die neuen Anbieter und/oder Stromkunden wären ansonsten

nicht bereit, zusätzliche finanzielle Belastungen zu übernehmen. Aus tatsächlichen Gründen könnten diese jedoch auf keinen anderen Vertragspartner ausweichen, der kein Wechselentgelt erhebe. Im übrigen komme es nicht darauf an, ob einem nicht marktbeherrschenden Unternehmen ein gleiches Verhalten ebenfalls möglich wäre. Es reichten vielmehr die qualifizierten Folgen des beanstandeten Verhaltens aus, die sich daraus ergäben, dass gerade ein marktbeherrschendes Unternehmen zu diesen Praktiken greife.

Hinsichtlich der bei der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Interessen gingen die Interessen der Wechselkunden dahin, dass kein Wechselentgelt erhoben werde. Auch wenn der neue Anbieter diese Kosten übernehme, würden diese hierdurch jedenfalls auf mittlere Sicht mit höheren Strompreisen belastet.

Für die nicht wechselnden Kunden sei allein die Höhe des Gesamtstrompreises von Bedeutung. Neben den staatlichen Abgaben seien hierfür zwei Faktoren entscheidend: Der Preis für die Netznutzung und der Preis für die Stromlieferung. Solange der Gesamtpreis möglichst niedrig sei, sei es für den Kunden irrelevant, wie sich jener zusammensetze. Zwar führe eine Umlage der wechselbedingten Mehraufwendungen auf die allgemeinen Netznutzungsentgelte zu einer gewissen Erhöhung der Netznutzungsentgelte. Soweit allerdings der Strombezug insgesamt günstiger werde, hätten alle Stromkunden hieran auch dann ein Interesse, wenn sich einzelne Bestandteile des Gesamtstrompreises -- vorliegend das Nutzungsentgelt -- verteuerten. Dies sei bei einem uneingeschränkten Wettbewerb -- ohne Marktzutrittsschranken in Form eines Wechselentgelts -- der Fall, da hierdurch der Gebietsversorger gezwungen werde, sich dem allgemeinen Preisniveau anzupassen. Dies werde durch die Preisentwicklung seit der Marktöffnung zum 29.4.1998 belegt. Sondervertragskunden würden bis zu 50 % günstiger versorgt, Tarifkunden hätten Preisvorteile von rund 15 % (Anlage AG 2). Dies ergebe sich auch aus der Preisgestaltung der Betroffene. Neben den zu Monopolzeiten allein maßgeblichen Allgemeinen Tarifen werde jetzt auch das Produktangebot "T 2000" angeboten. Auch Kunden, die noch nach Allgemeinen Tarifen versorgt würden, profitierten von den durch Wettbewerb ermöglichten Preissenkungen, weil nach der Genehmigungspraxis die Preisunterschiede zwischen Allgemeinen Tarifen und den alternativ angebotenen Normsonderverträgen nicht zu groß sein dürften.

Wechselentgelte erhöhten den Preisgestaltungsspielraum des derzeitigen Versorgers. Trage der neue Lieferant das Wechselentgelt, werde er es -- zumindest mittelfristig -- in seine Kalkulation einbeziehen. Der Druck auf die Strompreise durch den (potentiellen) Wettbewerb werde geringer. Dass derzeit auf dem Strommarkt keine Preisgleichheit bestehe, sondern die Gebietsversorger etwas teurer seien als neu hinzugekommene Wettbewerber, stehe dem nicht entgegen. Denn die Gebietsversorger verfügten über eine Reihe von Wettbewerbsvorteilen, wie die Betroffene zutreffend ausführe. Dies bedeute aber nicht, dass die aktuellen Preise der Gebietsversorger unabhängig von Wettbewerbspreisen gebildet werden könnten. Neuen Anbietern sei es angesichts des von der Betroffene

geschilderten Kundenverhaltens, insbesondere der vorhandenen "Wechselträgheit" nur möglich, über erhebliche günstigere Preise Kunden zu werben.

Die für nicht wechselwillige Kunden durch ein Wechselentgelt bei den Netznutzungsentgelten erzielbare Kostenersparnis liege im Regelfall deutlich unter den Mehrkosten, die getragen werden müssten, wenn der bisherige Versorger den wechselentgeltbedingten Preisgestaltungsspielraum ausnutze. Die Belastung des einzelnen Stromkunden hänge -- neben der Höhe des Wechselentgelts -- hauptsächlich von der Wechselquote und der Abnahmemenge des Kunden ab. Bei dem von der Betroffene erhobenen Wechselentgelt komme es hierdurch pro Prozent Wechselvorgänge -- bezogen auf die Gesamtzahl der Niederspannungskunden -- im Durchschnitt zu einer Mehrbelastung pro Niederspannungskunde bei einem Durchschnittsverbrauch von 5.430 kWh pro Jahr von ca. 0,0175 Pfennig pro kWh. Bei 5 % Wechselvorgängen würde sich das Netznutzungsentgelt um ca. 0,0876 Pfennig pro kWh erhöhen.

Auch wenn die angegriffene Verfügung auf eine Wechselquote von 5 % beschränkt sei und folglich höhere Belastungen nicht entstehen könnten, sei die tatsächliche Belastung aus der Umlage der Wechselkosten erheblich geringer. Bei der Einschätzung der Marktentwicklung gehe man davon aus, dass die Wechselquote aus einer Vielzahl von Gründen zumindest in nächster Zeit gering bleiben werde (Beschwerdebegründung S. 13 = Bl. 53). Trotz aufwändiger Werbekampagnen und teilweise erheblich günstigerer Preise sei es neuen Stromanbietern nicht gelungen, in größerem Umfang Kunden zum Wechseln zu bewegen. Die Angaben zur Wechselquote im Haushaltskundenbereich bewegten sich nach den meisten Angaben in der Größenordnung von 1 %. Fast alle ehemaligen Monopolisten hätten ihre Strompreise zumindest an das niedrigere Preisniveau angenähert, so dass Einsparungen durch einen Lieferantenwechsel noch geringer ausfielen. Nach Schätzungen der Marktteilnehmer liege die Quote der insgesamt abgewanderten Lastprofilkunden bundesweit noch immer unter 3 %. Auch die Angaben der Betroffene belegten, dass die Wechselquote auf absehbare Zeit gering bleiben werde. Für mindestens 44 % ihrer Kunden sei der Preis ein entscheidendes Argument. Dennoch hätten nur 1 % den Anbieter gewechselt. 56 % ihrer Kunden hätten noch nicht einmal das Preissystem gewechselt, obwohl hiermit keinerlei (vermeintliche) Nachteile verbunden seien.

Vergleiche mit der Wechselbereitschaft in anderen Märkten seien aufgrund der gegebenen Unterschiede in den Marktgegebenheiten wenig geeignet, zu allgemein gültigen Aussagen zu gelangen. Der Vergleich mit dem Gesundheitsmarkt sei verfehlt. Für ein befürchtetes "Lieferantenhopping" gebe es aufgrund des bisher gezeigten Kundenverhalten keinerlei Anhaltspunkte.

Soweit die Betroffene eine Wechselquote von 44 % zugrundelege, werde ein solcher Sachverhalt von der angegriffenen Verfügung nicht erfasst. Die maximale Erhöhung der Netznutzungsentgelte liege bei einer Wechselquote von 5 % für den Durchschnittskunden bei DM 4,75 pro Jahr. Die bloße Änderung des Preissystems, auf das die Betroffene ab-

stelle, sei ohne rechtliche Relevanz. Wenn die Betroffene nunmehr auch in diesen Fällen ein Wechselentgelt verbuche, könne dies ihre Rechtsposition nicht verbessern. Wirtschaftlich gesehen handele es sich beim Wechsel des Lieferanten und bei der Einführung einer neuen Preisregelung um völlig unterschiedliche Sachverhalte. Zudem sei eine Umbuchung im betrieblichen Rechnungswesen mit einer tatsächlichen Zahlungsverpflichtung, wie sie Drittlieferanten auferlegt werde, nicht vergleichbar. Zudem fielen bei einem Kundenwechsel innerhalb des eigenen Vertriebs nahezu ausschließlich Vertriebskosten, jedoch keine Netzkosten an. Das Problem der Belastung nicht wechselwilliger Kunden durch umzulegenden Aufwand im Netzbetrieb stelle sich hier also nicht. Im Ergebnis sei es für die Betroffene nicht von Nachteil, wenn ihre Vertriebsabteilung ein Wechselentgelt an den Netzbereich zu bezahlen habe, da den Kosten der Vertriebspartei Einnahme des Netzbereichs gegenüber stünden.

Die Betroffene beanstande auch zu Unrecht, dass die angegriffene Entscheidung auf der Basis von nicht einschätzbaren Marktentwicklungen getroffen worden sei. Vielmehr rechtfertige gerade die Betroffene die Erhebung von Wechselentgelten damit, eine unzumutbare Mehrbelastung von der Gesamtheit der Nutzer abzuwenden. Die Landeskartellbehörde habe ihrer Entscheidung die tatsächlichen, aktuellen Marktbedingungen zugrunde gelegt. Die 5 %-Schwelle sei nicht gesetzlich vorgegeben, sondern Ausdruck der Überzeugung der Landeskartellbehörde, dass jedenfalls bis zu dieser Grenze die Interessen der neuen Anbieter, der wechselnden Kunden und der Allgemeinheit an einem unbeschränkten Wettbewerb vorrangig vor den Interessen aller Beteiligten seien.

Ein wirtschaftliches Interesse des Netzbetreibers, wechselbedingte Aufwendungen dem neuen Lieferanten für jeden wechselnden Kunden in Rechnung zu stellen, bestehe nicht. Das gleiche wirtschaftliche Ergebnis -- volle Kostendeckung -- lasse sich erzielen, indem die Mehraufwendung in das Netznutzungsentgelt der jeweiligen Spannungsebene eingerechnet und auf alle Nutzer dieser Spannungsebene -- bei Kleinkunden damit die niederspannungsseitig versorgten Stromverbraucher -- oder auf die Netznutzungsentgelte der Lastprofilkunden umgelegt würden. Darin liege unter den gegenwärtigen Marktbedingungen auch kein Ausbeutungsmißbrauch im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, denn bei einer ohnehin nur geringen Erhöhung der Netzkosten könne dies durch den in der Praxis üblichen Vergleich mit Preisen anderer Netzbetreiber nicht festgestellt werden. Es treffe auch nicht zu, dass der Wettbewerb eine verursachungsgerechte Kostenzuordnung erzwingen.

Auch der Einwand, eine Umlage sei im Ergebnis rechtlich oder politisch nicht durchsetzbar, greife nicht durch (Beschwerdeerwiderung S. 21 f = Bl. 61 f)

Ein Wechselentgelt widerspreche den Interessen des neuen Anbieters. Es stelle für gebietsfremde Anbieter eine erhebliche Marktzutrittsschranke dar. Er müsse das Wechselentgelt selbst tragen oder in dieser Höhe günstiger anbieten. Entscheidend sei allein, dass der neue Anbieter Kosten zu tragen habe, die seinem (Haupt-) Wettbewerber nicht

entstünden. Eine Beispielsrechnung (Beschwerdeerwiderung S. 23 = Bl. 63) belege, dass der Preiswettbewerb bei Kleinkunden durch ein Wechselentgelt faktisch zum Erliegen komme. Die Notwendigkeit für den neuen Anbieter, ohne Kostennachteile in den Preiswettbewerb mit dem alteingesessenen Versorger treten zu können, sei um so größer, als die Wechselbereitschaft auch ohne Wechselentgelt gering sei. Bei den gegebenen Marktverhältnissen -- 99 %-iger Marktanteil im Gebiet der Betroffene -- wirke sich das Wechselentgelt als Schutzzaun zugunsten des ehemaligen Monopolisten aus. Dieses Interesse des bisherigen Lieferanten sei jedoch angesichts der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes nicht berücksichtigungsfähig.

Mit dem Allgemeininteresse an leistungsfähigen Stromnetzen lasse sich ein Wechselentgelt nicht rechtfertigen, da die Kosten des Wechsels über das allgemeine Netznutzungsentgelt erwirtschaftet werden könnten. Die Allgemeinheit habe ein Interesse daran, dass sich die ehemaligen Monopolisten einem Wettbewerb stellen müssten, der nicht durch Marktzutrittsschranken behindert sei. Der Wechsel von den Allgemeinen Tarifen in den günstigeren Produktbereich belege nicht, dass der Wettbewerb funktioniere, wie die Betroffene meine.

Bei der Interessenabwägung sei vor allem zu berücksichtigen, dass in Anbetracht der geringen Preisgestaltungsspielräume wegen der Belastung durch Netznutzungspreise, Konzessionsabgabe, Mehrwert- und Ökosteuern und der geringen Wechselbereitschaft der Kunden auch mittelfristig nicht damit zu rechnen sei, dass die ehemaligen Monopolisten ihre beherrschende Stellung im Kleinkundenbereich verlören. Die marktstrukturellen Voraussetzungen für Wettbewerb würden durch Marktzutrittsschranken in Form eines Wechselentgelts weiter verschlechtert. Soweit man demgegenüber überhaupt abwägungsrelevante Belange des Netzbetreibers anerkenne, müssten diese bei Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung hinter die schwerer wiegenden Interessen des neuen Lieferanten sowie der wechselunwilligen und der wechselwilligen Kunden zurücktreten. Soweit überhaupt Kunden vorhanden sein sollten, die infolge der Umlage der Wechselkosten durch die höheren Netzkosten stärker belastet würden, als sie durch im funktionierenden Wettbewerb entlastet würden, hätten auch deren Belange im gegenwärtigen Stadium der Marktöffnung hinter die Interessen der anderen Kunden, der neuen Anbieter und die Freiheit des Wettbewerbs zurückzutreten. Auch wenn unterstellt werde, dass die Wechselentgelte für den Lieferantenwechsel einer verursachungsgerechten Kostenzuordnung entsprächen, könne der von der Betroffene herangezogene Regelung des § 6 Abs. 1 EnWG kein Maßstab für die Kostenermittlung entnommen werden. Die Bestimmung regule nur, dass das Netz zu Bedingungen zur Verfügung zu stellen sei, die nicht ungünstiger als für verbundene und assoziierte Unternehmen seien. Unter den vorliegenden Gegebenheiten sei ein Festhalten am Prinzip der Kostenverursachung nicht interessengerecht. Dabei sei auch darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der verursachungsgerechten Kostenzuordnung bei der Kalkulation der Netznutzungsentgelte nicht durchgehend beachtet werde (z.B. die Umlage von Baukostenzuschüssen, die gemäß §

9 Abs. 1 Satz 2 AVBElt auf 70 % beschränkt sei; unentgeltliche Energieberatung; Quersubventionen im Netz; keine Kostenerhebung bei Umzug innerhalb des Netzgebietes).

Selbst wenn man einen Vergleich mit dem komplett regulierten Markt im Telekommunikationsbereich anstelle, könnten hieraus keine Einwände gegen die angegriffene Verfügung hergeleitet werden. Wenn die Betroffene von Wechselentgelten von ca. DM 200,- ausgehe, werde nicht klar, auf welche Entscheidung der Regulierungsbehörde dabei abgestellt werde. Durch die Regulierungsbehörde sei ein Preselection-Entgelt für die dauerhafte Einstellung eines Teilnehmeranschlusses auf ein anderes Unternehmen als die D T in Höhe von DM 10,- für zulässig erachtet worden, ein Betrag, der wegen seiner Höhe in der Literatur bereits kritisiert worden sei. Wenn die Betroffene auf die Konstellation abstelle, bei der der Anschluss bzw. das ausschließliche Nutzungsrecht auf den neuen Lieferanten übertragen werde und mit dem Entgelt die Umstellung auf die Übertragungstechnik des Wettbewerbers finanziert werde, handele es sich dabei um keinen vergleichbaren Sachverhalt. Unabhängig hiervon könne auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass im Telekommunikationssektor andere gesetzliche Maßstabe Anwendung fänden. Vor allem sei aber zu beachten, dass die wettbewerbsbehindernde Wirkung von Wechselentgelten im Strommarkt ungleich größer sei, da ein neuer Anbieter von Telekommunikationsleistungen nicht darauf angewiesen sei, dass der Kunde seinen Anbieter insgesamt wechsle.

Die Landeskartellbehörde habe ihr Ermessen dahingehend ausgeübt, dass die Verbotsverfügung neben der Beschränkung auf eine Wechselquote von 5 % pro Jahr nur auf die niederspannungsseitig versorgten Kunden ohne Leistungsmessung abstelle. Beschwerden über Wechselentgelte bei Kunden mit Leistungsmessung lägen nicht vor; angesichts der größeren Abnahmemenge und der damit höheren Stromkosten ginge davon nicht in gleicher Weise wie bei Kleinkunden eine Behinderung aus.

B.

I. Die Beschwerde ist gemäß § 66 Abs. 1 GWB statthaft und, da form- und fristgerecht eingelegt und begründet, zulässig (§ 66 Abs. 1, 3 bis 5 GWB).

II. Die Beschwerde ist teilweise begründet. Soweit der Betroffenen untersagt wurde, ein Wechselentgelt -- unabhängig von dessen Höhe -- zu fordern oder zu vereinbaren, ist die Beschwerde begründet, da es bereits an einer Wiederholungs- bzw. Begehungsgefahr fehlt und eine unbillige Behinderung im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB ungeachtet der Höhe des Wechselentgelts nicht bejaht werden kann. Soweit sich die Untersagungsverfügung gegen das von der Betroffenen geforderte Wechselentgelt in Höhe von DM 82,- netto (= DM 95,12 brutto) wendet, hat die Beschwerde keinen Erfolg.

1. Das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Verkehr und Technologie war als Landeskartellbehörde gemäß § 48 Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 GWB für den Erlass der angefochtenen Verfügung zuständig, da eine ausschließliche Zuständigkeit des Bundeskartellamtes oder des Bundesministeriums für Wirtschaft nicht gegeben ist.

Die Zuständigkeit der Landeskartellbehörde und deren Eingriffsbefugnisse gemäß §§ 32 , 19 , 20 GWB werden durch die Regelung des EnWG nicht berührt, § 130 Abs. 3 GWB , § 6 Abs. 1 Satz 4 GWB (allgemeine Meinung: Möschel, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 19 Rdn. 223; Bunte, in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. I, Sonderbereich Energiewirtschaft, S. 926 Rdn. 29; GK-Leo, GWB, 5. Auflage, § 19 Rdn. 2290, 2464 a.E.; Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., S. 202 oben, S. 353; Theobald/Zenke, Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung, S. 37 f; dieselben, WuW 2001, 19 , 23 f).

2. Mit der angefochtenen Verfügung wurde der Betroffenen (nur) untersagt, von Stromlieferanten ein Wechselentgelt in jedweder Höhe zu verlangen oder mit diesen zu vereinbaren. Ein entsprechendes Verlangen gegenüber den wechselnden Stromkunden ist nicht Gegenstand der Verfügung.

a. Soweit der Entscheidungssatz der angefochtenen Verfügung das ausgesprochene Verbot nicht dahingehend konkretisiert, dass der Betroffenen nur untersagt wird, von Stromlieferanten ein Wechselentgelt zu verlangen, stellt auch die Betroffene nicht in Frage, dass eine darüber hinausgehende Untersagung -- Forderung eines Wechselentgelts von wechselnden Kunden -- nicht Gegenstand der Verfügung ist. Unabhängig davon, dass eine solche Forderung nach einem Wechselentgelt von Seiten der Beklagten gegenüber wechselnden Stromkunden zu keinem Zeitpunkt erhoben worden war und dies auch nicht beabsichtigt ist, ergibt sich dieses Verständnis auch aus der Begründung der Verfügung (vgl. zum einschränkenden Verständnis eines zu weit gefassten Verfügungssatzes aufgrund der Begründung: v. Ungern-Sternberg, Festschrift für Geiß, S. 6,55, 658; Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, § 32 Rdn. 20). So wird unter I. der Gründe (S. 3, vorletzter und letzter Abs.) ausgeführt, dass die "Wechselgebühr" dem neuen Lieferanten in Rechnung gestellt wird. Soweit unter III.A. (S. 4 letzter Abs.) im Rahmen der rechtlichen Würdigung das Verlangen eines Wechselentgelts vom Stromkunden oder vom neuen Lieferanten für die Frage des Behinderungstatbestandes im Sinne von § 20 GWB als irrelevant angesehen wird, folgt hieraus nichts anderes. Denn wie sich aus der anschließenden Erörterung zur Frage der angemessenen Vergütung für die Leistungserbringung -- Nutzung des Netzes -- im Verhältnis zum neuen Lieferanten ergibt, sollte nur das Fordern eines Wechselentgelts im Verhältnis zu den Lieferanten Gegenstand der Untersagungsverfügung sein. Dieses einschränkende Verständnis wird auch durch die weiteren Ausführungen unter C.I.1 (S. 7 oben) nicht in Frage gestellt.

b. Soweit in der Begründung der Verfügung die Höhe des Wechselentgelts (DM 95,12 inkl. Umsatzsteuer) erörtert wird, ist damit jedoch keine Beschränkung des Entscheidungssatzes, der jedwedes gesonderte Entgelt bei Wechsel eines Lastprofilkunden erfasst, verbunden. Ein solche auf die "konkrete Verletzungsform" (siehe hierzu nachfolgend unter B.5) beschränkte Untersagung wollte die Landeskartellbehörde auch nicht aussprechen, worüber auf Seiten der Betroffenen auch zu keinem Zeitpunkt Zweifel bestanden, wie die Erörterung im Termin vor dem Senat gezeigt hat. So war bereits vor Erlass der angefoch-

tenen Verfügung zwischen der Betroffenen und der Landeskartellbehörde darüber Einverständnis erzielt worden, vorliegendes Verfahren als "Pilotverfahren" zu betreiben (siehe Schreiben der Betroffenen vom 24.10.2000, S. 16 f sowie S. 20 unter V. der angefochtenen Entscheidung), in dem die Zulässigkeit von "Wechselgebühren", unabhängig von deren Höhe im Einzelfall, einer Klärung zugeführt werden sollte.

3. Die angefochtene Verfügung ist hinreichend bestimmt im Sinne von Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG.

Nachdem die Betroffene die inhaltliche Beschränkung der angefochtenen Verfügung -- Quote der Wechselvorgänge von Lastprofilkunden pro Geschäftsjahr 5 % zunächst -- nur in anderem Zusammenhang beanstandet hatte (Beschwerdebegründung S. 26 und S. 35), hat sie im Termin die Auffassung vertreten, der Verfügung könne nicht entnommen werden, wie die Quote von 5 % bestimmt werde bzw. zu welchem Stichtag. Im übrigen komme es nicht auf die Anzahl der Kunden, sondern auf die Anzahl der Abnahmestellen an, da ein Kunde mehrere Abnahmestellen haben könne. Diese Bedenken teilt der Senat nicht.

a. Wie in der Rechtsprechung allgemein anerkannt ist, folgt aus dem Bestimmtheitsgebot, dass der Adressat in die Lage versetzt werden muss, zu erkennen, was von ihm gefordert wird. Nicht notwendig ist dafür, dass der Inhalt der Regelung im Entscheidungssatz so zusammengefasst, dass er alle Punkte aus sich heraus verständlich darstellt. Es genügt vielmehr, dass sich der Regelungsgehalt aus der Verfügung insgesamt einschließlich ihrer Begründung ergibt (BGHZ 128, 17 , 24 = WuW/E 2953 -- Gasdurchleitung; WUW/E DE-R 195, 196 -- Beanstandung durch Apothekerkammer; v. Ungern-Sternberg, aaO S. 655, 656, 664 f; jeweils mwN). Welche Anforderungen dabei an die notwendige Bestimmtheit zu stellen sind, hängt vom jeweiligen Regelungsgehalt des Verwaltungsakts und dem mit ihm verfolgten Zweck ab (BVerwG NJW 1993, 1667 , 1668; v. Ungern-Sternberg aaO S. 663).

b. Wie sich bereits aus dem Entscheidungssatz selbst ergibt, soll der Betroffenen nur untersagt werden, ein Wechselentgelt zu fordern oder zu vereinbaren, sofern die Wechselquote nicht die quantitative Größe von 5 % erreicht (siehe auch die Begründung S. 19 unter IV.). Als Bemessensgrundlage für die Wechselquote wird auf das "Geschäftsjahr" abgestellt.

Wie der zur Auslegung mit heranzuziehenden Begründung zweifelsfrei zu entnehmen ist, geht es bei der Quote der Wechselvorgänge der Lastprofilkunden um die Gesamtzahl der Wechselvorgänge, wobei nicht auf die Zahl der wechselnden Kunden abgestellt wird, sondern auf die Zahl der "Wechselvorgänge". Folglich werden hierdurch auch die Fallgestaltungen erfasst, in denen ein Kunde mehrere Abnahmestellen für Strom unterhält und nicht hinsichtlich aller Abnahmestellen ein Wechsel des Stromlieferanten erfolgt. Diese Anzahl der Wechselvorgänge pro Geschäftsjahr wird der "Gesamtzahl der niederspannungsseitig versorgten Kunden" gegenübergestellt. Wenn die Betroffene beanstandet, es könne nicht auf die Kundenzahl abgestellt werden, sondern maßgeblich sei die Anzahl der Abnahmestellen, handelt es sich hierbei um keine Frage der Unbestimmtheit der Verfügung. In ma-

terieller Hinsicht wird die Betroffene nicht beschwert, wenn als Vergleichsgröße die Anzahl der Kunden und nicht die (höhere) Anzahl der Abnahmestellen zugrundegelegt wird, da hierdurch die Wechselquote von 5 % eher erreicht wird.

Soweit die Betroffene eine Festlegung des maßgeblichen Stichtages vermisst, ergibt sich hieraus keine inhaltliche Unbestimmtheit. Zutreffend ist der Einwand, dass die angefochtene Verfügung keine Aussage darüber enthält, zu welchem Stichtag die Gesamtzahl der niederspannungsseitig versorgten Kunden zu ermitteln ist, da die Gesamtzahl der niederspannungsseitig versorgten Kunden im Laufe des Geschäftsjahres auch unabhängig vom Wechsel von Stromkunden zu anderen Lieferanten Veränderungen unterliegen kann. Diese Unklarheit führt aber vorliegend nicht zur Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung, vielmehr ist -- dem Grundsatz folgend, dass eine Mehrdeutigkeit zu Lasten der Behörde geht (v. Ungern-Sternberg aaO S. 665 mwN) -- von dem für die Betroffene günstigsten Vergleichswert auszugehen, d.h. die im Laufe des Geschäftsjahres höchste Gesamtzahl der niederspannungsseitig versorgten Kunden zugrunde zu legen.

4. Nach § 32 GWB kann einem Unternehmen ein Verhalten untersagt werden, das nach dem GWB verboten ist. Ein solches gesetzliches Verbot enthält § 20 Abs. 1 GWB, wonach u.a. marktbeherrschende Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern dürfen. Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 26 Abs. 2 GWB a.F. (WuW/E 2483, 2490 = GRUR 1989, 142, 146 mit Anm. Immenga S. 146 f -- Sonderungsverfahren) wird das Behinderungsverbot durch ein marktbeherrschendes oder marktstarkes Unternehmen nur dann verletzt, wenn die marktbeherrschende oder marktstarke Stellung des diskriminierenden Unternehmens gerade auf dem Markt besteht oder sich auswirkt, auf dem das betroffene Unternehmen behindert wird (a.A. Schultz, in Langen/Bunte, § 20 Rdn. 119; Möschel, in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rdn. 114 und § 20 Rdn. 29; jeweils mwN).

a. Diese Voraussetzungen sind -- wovon auch die Betroffene ausgeht -- ohne weiteres zu bejahen, wenn auf den Durchleitungsmarkt (sachlicher Markt) im Versorgungsbereich der Betroffenen (räumlicher Markt) abgestellt wird, in dem diese ein "natürliches Monopol" besitzt (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 GWB).

b. Stellt man darauf ab, dass sich die beanstandete Behinderung der neuen Stromanbieter, die das Stromversorgungsnetz der Betroffenen zur Durchleitung in Anspruch nehmen müssen, vorrangig auf dem Strommarkt (Wettbewerb um Kleinkunden) auswirkt, bestehen an der Adressateneigenschaft der Betroffenen ebenfalls keine Zweifel (vgl. zur Frage, ob im Rahmen des Regelbeispiels nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auf den vorgelagerten oder den nachgelagerten Markt abzustellen ist: Schultz, in Langen/Bunte, § 19 Rdn. 152: marktbeherrschende Stellung auf dem Markt der Einräumung des Netzzugangs reicht aus; OLG Naumburg, Urt. v. 25.6.2001 -- 1 U (Kart) 1/01, S. 12 = Berufungsurteil zu LG Madeburg -- 7 O 49/00 (Anlage BG 5); Theobald/Zenke aaO S. 39 f m.w.N.; Bechthold, GWB, 2.

Aufl., § 19 Rdn. 81: Marktbeherrschung auf einem der Märkte reicht aus; ebenso GK-Leo § 19 Rdn. 2335 ff; Möschel aaO § 19 Rdn. 192 mwN in Fn. 1031, wonach die marktbeherrschende Stellung auf dem abgeleiteten Markt bestehen muss; vgl. auch BVerwG MMR 2001, 681 , 684 -- Entbündelter Zugang zum Ortsnetz, zu § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG).

aa. Hinsichtlich des Strommarktes sind die Verhältnisse auf dem Markt für die Belieferung von Kleinkunden heranzuziehen (vgl. hierzu BKartA WuW/E DE-V 301, 304 -- RWE/VEW; aaO 395, 397 -- Schwäbisch Gmünd; aaO 444, 446 -- Stadtwerke Viersen).

bb. In ihrem Versorgungsgebiet verfügt die Betroffene in Bezug auf den Markt für die Einräumung des Netzzugangs über ein Monopol, aufgrund dessen bis zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts und des damit verbundenen Wegfalls geschlossener Versorgungsgebiete der räumlich relevante Markt in Bezug auf den Strommarkt in ständiger Rechtsprechung nach der Reichweite des Netzes und des damit verbundenen Versorgungsgebietes abgegrenzt wurde (BKartA aaO 305 mwN -- RWE/VEW; Möschel aaO § 19 Rdn. 37, 183; GK-Leo, § 19 Rdn. 605; OLG Naumburg aaO: natürliches Monopol; vgl. auch OLG Düsseldorf MMR 2001, 453 , 454 li. Sp. unter II.1). Seit Sommer 2000 hat das Bundeskartellamt diese räumliche Abgrenzung des Marktes für die Belieferung von Kleinkunden aufgegeben (aaO -- RWE/VEW aaO S. 397 f -- Schwäbisch Gmünd, aaO Stadtwerke Viersen sowie WuW/E DE-V 467, 471 -- easyplus; WuW/E DE-V 367, 368 f -- Heide). Dies allerdings unter der Voraussetzung, dass keine Durchleitungshindernisse bestehen, insbesondere keine Wechselgebühren erhoben werden (vgl. auch OLG Düsseldorf MMR 2001, 453 , 454 unter II. 1; zur Marktbeherrschung im Sinne von § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG i.V.m. § 19 GWB vgl. BVerwG MMR 2001, 681 , 683 ff -- Entbündelter Zugang zum Ortsnetz).

Aber auch dann wenn man trotz der vorliegenden Gegebenheiten im Versorgungsgebiet der Betroffenen eine Marktbeherrschung auf dem Strommarkt -- unter Zugrundelegung eines bundesweiten Marktes -- verneint, könnte nicht in Abrede gestellt werden, dass sich die marktbeherrschende Stellung der Betroffenen auf dem Durchleitungsmarkt auch auf dem Strommarkt, auf dem sich die neuen Anbieter und die Betroffene ebenfalls als Wettbewerber gegenüberstehen, zu deren Lasten auswirken kann.

c. Dass sowohl das Geschäft mit den Stromkunden als auch der Durchleitungsmarkt im Hinblick auf die Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts (§ 6 Abs. 1 Satz 1 EnWG , § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB) als ein "gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr" anzusehen ist (vgl. hierzu BGHZ 128, 17 , 28 mwN = WuW/E 2953, 2959 , 2960 -- Gasdurchleitung; GRUR 1998, 1049 , 1050 unter II.2 -- Bahnhofsbuchhandel), bedarf keiner weiteren Erörterung, zumal dies auch von der Betroffenen nicht in Zweifel gezogen wird.

d. Das von der Betroffenen von den Stromlieferanten neben dem Durchleitungsentgelt geforderte Wechselentgelt in Höhe von DM 95,12 brutto behindert diese unbillig im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB .

aa. Eine Behinderung in diesem Sinne liegt immer bereits dann vor, wenn eine Maßnahme für das Wettbewerbsverhalten des betroffenen Unternehmens nachteilig ist (st. Rspr. vgl. z.B. BGHZ 81, 322, 328 -- Original-VW-Ersatzteile II; BGHZ 116, 47, 57 -- Amtsanzeiger; WuW/E DE-R 201, 203 = WRP 1999, 105, 107 -- Schilderpräger im Landratsamt). Dass sich ein zusätzliches Entgelt in Höhe von DM 95,12 neben der Vergütung für die Inanspruchnahme des Netzes der Betroffenen als finanzielle Belastung des Stromlieferanten darstellt, die seine wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten (Preiskalkulation etc.) beeinflusst, kann nicht mit dem Argument in Zweifel gezogen, der Stromlieferant verfolge mit der Abwicklung des vom bisherigen Stromkunden der Betroffenen (oder eines dritten Unternehmens) ausgelösten Wechselvorgangs keine eigenständigen geschäftlichen Interessen, da die Abwicklung lediglich im Kundeninteresse erfolge (so Beschwerdebeurteilung S. 14). So stellt auch die Betroffene nicht in Abrede, dass es sich bei dem Wechselentgelt um einen Kostenfaktor für den neuen Stromlieferanten handelt (Beschwerdebeurteilung S. 13), der sich -- entgegen der Auffassung der Betroffenen (Beschwerdebeurteilung, S. 15) -- auch "im Wettbewerb" auswirkt. Aus der von der Betroffenen herangezogenen Entscheidung des Senats (WuW/E 5898, 5900 -- Zahnersatz) ergibt sich nichts Gegenteiliges, denn Gegenstand dieser Entscheidung war eine Maßnahme einer privaten Krankenversicherung, die mit den betroffenen Unternehmen (zahntechnische Betriebe) nicht im Wettbewerb stand und durch die beanstandete Hinweise zur Erstattungsfähigkeit alle Leistungserbringer gleichermaßen betroffen waren. Bei vorliegender Konstellation, bei der sich die Betroffene und die weiteren Stromlieferanten als Wettbewerber gegenüberstehen, kann dies jedoch nicht festgestellt werden. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass nunmehr vom Geschäftsbereich "Netz" dem Geschäftsbereich "Vertrieb" der Betroffenen beim Wechsel von Tarifkunden zu "Produktkunden" ein Wechselentgelt in Rechnung gestellt wird (vgl. § 4 Abs. 4 EnWG, Art. 7 Abs. 6 der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie), da eine solche "Umbuchung" innerhalb des betrieblichen Rechnungswesens mit einer Zahlungsverpflichtung, wie sie Drittunternehmen auferlegt wird, nicht vergleichbar ist, wie von der Landeskartellbehörde mit Recht hervorgehoben worden ist (Beschwerdeerwiderung S. 15 f).

Der Betroffenen kann auch nicht darin gefolgt werden, dass eine Behinderung durch das Fordern des Wechselentgelts deshalb ausscheide, weil die Forderung einer Gegenleistung für eine Leistung per se keine Behinderung sein könne. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Behinderung im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB vorliegt, ist es gleichgültig, ob dabei "wettbewerbsfremde" oder in sonstiger Weise zu beanstandende Mittel eingesetzt werden (Markert, in Immenga/Mestmäcker, § 20 Rdn. 116 mwN in Fn. 116). Dabei kommt es hinsichtlich der Beanstandung der "konkreten Verletzungsform" auch nicht darauf an, ob die Betroffene neben dem Anspruch auf Vergütung der Netznutzung überhaupt noch einen zusätzlichen Anspruch (dem Grunde nach) auf ein Wechselentgelt haben kann.

Die Betroffene kann auch mit dem Hinweis, sie berechne dem neuen Lieferanten nur einen ihr tatsächlich entstehenden Aufwand, nicht in Abrede stellen, dass sich der neue Lieferant dieser Forderung nicht durch ein Ausweichen auf andere Netzbetreiber entziehen

kann, vielmehr ist er auf die Inanspruchnahme der Betroffenen angewiesen, sodass die erforderliche Kausalität zwischen der beanstandeten Maßnahme und der Marktstellung der Betroffenen (vgl. hierzu Schultz, in Langen/Bunte, § 19 Rdn. 137 mwN) gegeben ist. Die von dem Wechselentgelt ausgehende Beeinträchtigung wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich die Marktzutrittschancen der neuen Stromanbieter durch die "Nachwirkungen" der Gegebenheiten auf dem Strommarkt vor der Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts (siehe hierzu nachfolgend) von vorneherein ungünstig gestalten.

bb. Das von der Betroffenen geforderte Wechselentgelt in Höhe von DM 95,12 brutto stellt sich als eine unbillige Behinderung der Stromlieferanten dar, da hierdurch der Marktzugang erheblich erschwert wird. Diese Erschwerung widerspricht der Zielsetzung des Gesetzgebers bei der Liberalisierung des Strommarktes im April 1998, auf die bei der Abwägung der zu berücksichtigenden Interessen als wesentlicher Belang mit abzustellen ist.

Ob eine Behinderung unbillig ist, ist nach ständiger Rechtsprechung durch eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB festzustellen (vgl. hierzu Markert, in Immenga/Mestmäcker, § 20 Rdn. 128 ff; v. Ungern-Sternberg, Festschrift für Odersky, S. 987 ff; jeweils mwN).

aaa. Das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.4.1998 (BGBl. I S. 730) in Umsetzung der Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (Abl. EG 1997, Nr. L 27 S. 20, auch abgedruckt bei Eiser/Riederer/Oberholte/Danner, Energiewirtschaftsrecht, C 51) beinhaltet im Kernbereich die Abschaffung der Monopole in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft. Durch die Abschaffung der Freistellungstatbestände der §§ 103, 103 a GWB a.F. auf die Versorgung mit Elektrizität und die Begründung eines Anspruchs auf Durchleitung in § 6 Abs. 1 Satz 1 EnWG (vgl. BT-Drucks. 13/9211, abgedruckt bei Eiser/Riederer/Oberholte/Danner, Energiewirtschaftsrecht, C 5, S. 6 ff; hierzu OLG Dresden GRUR-RR 2001, 190 -- Netzzugang) und des Verbots der Zugangsverweigerung zu Versorgungsnetzen (§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ; vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf vom 29.1.1998 -- BT-Drucks. 13/9720, abgedruckt WuW-Sonderheft 1998, S. 63, 72 f, 92; hierzu Dreher, DB 1999, 833, 834 ff) wurden grundlegend neue rechtliche Bedingungen für den Energiesektor gegenüber der bis dahin bestehenden Situation geschaffen. Es soll keine Monopole in der leitungsgebundenen Energieversorgung mehr geben. Der Wettbewerb zwischen verschiedenen Unternehmen um dieselben Kunden wird ausdrücklich als gesetzgeberisches Ziel deklariert (hierzu eingehend Büdenbender, JZ 1999, 62 ff; Möschel, WuW 1999, 5 ff; ders., in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rdn. 209; Dreher aaO S. 836; Emmerich aaO S. 352 ff; Bunte aaO, Sonderbereich Energiewirtschaft Rdn. 12 f, S. 919 f). Um diesen Wettbewerb zu ermöglichen, muss der Betreiber von Stromversorgungsnetzen bzw. der Inhaber von sonstigen wesentlichen Einrichtungen diese Dritten zur Verfügung stellen. Insoweit hat der vom BGH in mehreren Entscheidungen aufgestellte Grundsatz, wonach auch ein marktbeherrschendes Unternehmen die Freiheit des Wett-

bewerbs für sich in Anspruch nehmen kann und grundsätzlich nicht verpflichtet ist, im Interesse eines anderen Unternehmens tätig zu werden, über die bisher bereits anerkannten Einschränkungen seiner Betätigungsfreiheit einschließlich der Entscheidung über Preise und Konditionen (vgl. BGH WuW/E 2707, 2716 -- Krankentransportunternehmen II; BGHZ 129, 53, 60 ff -- Importarzneimittel und hierzu BVerfG GRUR 2001, 266; WuW/E 2805 -- Stromdurchleitung; BGHZ 128, 17, 36 f = WuW/E 2953, 2964 -- Gasdurchleitung; WuW/E 3058, 3064 -- Pay-TV-Durchleitung; hierzu eingehend v. Ungern-Sternberg, Festschrift Odersky S. 987, 991 f mwN; Dreher, DB 1999, 833, 835 f) eine weitere Modifikation erfahren. Diese dahinter stehende Zielsetzung des Gesetzgebers ist bei der Ausfüllung des unbestimmten Begriffes der "Unbilligkeit" im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB zu berücksichtigen (BGH aaO -- Importarzneimittel; OLG Naumburg aaO S. 14; Schultz aaO § 20 Rdn. 134-136 mwN).

bbb. Hiervon ausgehend kann der Betreiber eines Stromversorgungsnetzes grundsätzlich den Zugang Dritter zu dieser Einrichtung nicht mit der Begründung verweigern, er verliere hierdurch eigene Stromkunden an einen Wettbewerber, denn dies stünde im klaren Widerspruch zum gesetzgeberischen Ziel, durch Öffnung der Versorgungsnetze der Stromversorger für deren Konkurrenten den Wettbewerb auf dem Markt zu ermöglichen (Möschel, in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rdn. 208; Schultz aaO § 20 Rdn. 135). Eine entsprechende, das Aufkommen von Wettbewerb einschränkende Wirkung entfaltet aber auch eine den Wettbewerber behindernde Preisgestaltung bei den Zugangsentgelten (Möschel aaO Rdn. 204). Denn die mit dem Zugang zu dem Stromnetz verbundenen Kosten sind ein mit entscheidender Gesichtspunkt, ob er auf dem Strommarkt einen konkurrenzfähigen Preis anbieten und gegenüber den bisherigen örtlichen Monopolversorgern auf diesem nachgelagerten Markt in Wettbewerb eintreten und bestehen kann.

Nach den von der Landeskartellbehörde dargestellten, von der Beschwerde nicht in Frage gestellten Verhältnissen auf dem relevanten sachlichen Markt stellt sich das von der Betroffenen geforderte zusätzliche Wechselentgelt von pauschal DM 95,12 brutto als erhebliche Marktzutrittschranke dar.

(1) Die Liberalisierung des Strommarktes hat zu einer deutlichen Senkung der Strompreise im Bereich der gewerblichen Kunden geführt (vgl. Böge, WuW 2001, 655). Auch im Bereich der Kleinkunden (der Kundengruppe, die bis zur Liberalisierung als "Tarifkunden" nach den Allgemeinen Tarifen (BTOElt) und Allgemeinen Versorgungstarifen (AVBEltV) versorgt wurde) ist es zu spürbaren Preissenkungen gekommen, wie auch durch das Angebot "Töhlstrom 2000" belegt wird. Trotz zum Teil erheblicher Aufwendungen für die Akquisition von Kunden in diesem Bereich ist festzustellen, dass ein Wechsel von bisherigen Tarifkunden zu neuen Stromanbietern in erheblichem Umfang nicht stattgefunden hat, wie auch die Betroffene im Vergleich zu ihrer vormaligen Monopolsituation lediglich einen Wechsel von 97 Stromkunden -- soweit die Landeskartellbehörde auf den Pressebericht vom 24.11.2000 (Anlage BG 1) Bezug nimmt, geht daraus nicht hervor, dass es sich hierbei um nur vier Lastprofilkunden handelt -- zu verzeichnen hat. Soweit die Betroffene die

Auffassung vertritt, in die Wechselquote müssten auch die 4.369 ehemaligen Tarifkunden einbezogen werden, die nunmehr als "Produktkunden" versorgt würden, kann dem nicht gefolgt werden. Diese Kunden der Betroffenen haben keinen Wechsel des Lieferanten vollzogen, sondern haben sich lediglich für ein anderes -- nämlich in der Regel günstigeres -- Angebot der Betroffenen entschieden. Die von der Landeskartellbehörde für die Vergangenheit festgestellte und auch für die nächste Zukunft angenommene geringe Wechselbereitschaft der Stromkunden, wird hierdurch nicht in Frage gestellt. Festzustellende Entwicklungen auf dem Telekommunikationsmarkt haben wegen unterschiedlicher tatsächlicher und rechtlicher Gegebenheiten, worauf die Landeskartellbehörde zu Recht hingewiesen hat, keine Aussagekraft für den Strommarkt.

(2) Mit welchem erheblichen zusätzlichen Kostenfaktor ein neuer Anbieter durch das von der Betroffenen verlangte Wechselentgelt in Höhe von DM 95,12 brutto belastet wird, belegt die von der Landeskartellbehörde vorgenommene Aufgliederung der Stromkosten eines durchschnittlichen Zwei-Personen-Haushaltes unter Zugrundelegung der derzeitigen Marktpreise in Höhe von etwa DM 630,-- jährlich (S. 13 f der angefochtenen Verfügung), wonach unter Berücksichtigung der vorgegebenen Preisbestandteile (Netznutzungsentgelt, Mehrwertsteuer, Ökosteuern, Konzessionsabgabe) lediglich etwa DM 160,-- auf den Bereich der Stromerzeugung entfallen, d.h. den Bereich, in dem das Angebot des bisherigen Lieferanten unterschritten werden kann.

Bei der Gewinnung von Stromkunden auf dem hier relevanten Kleinkundenmarkt, der zudem durch ein besonderes Kundenverhalten ("Trägheit") geprägt wird, ist ein Preisvorteil gegenüber den bisherigen Monopolversorgern das maßgebliche Marktinstrument auf Seiten der neuen Anbieter. Der hierfür zur Verfügung stehende unternehmerische Spielraum ist wegen der bestehenden Preissituation bereits gering. Ein im Wettbewerb mit den bisherigen Gebietsversorgern spürbarer Preisvorteil kann daher in der Regel den umworbenen Kunden nur dann angeboten werden, wenn das Wechselentgelt nicht an die Kunden weitergegeben wird mit der Folge, dass sich bei einem Wechselentgelt in Höhe von DM 95,12 bei einem erheblichen Teil des Kleinkundenmarktes (Haushaltskunden) die Erlössituation erheblich verschlechtert.

ccc. Die Betroffene hat dagegen sowohl in ihrer Funktion als Netzbetreiberin als auch in ihrer Funktion als Stromlieferantin ein unternehmerisches Interesse an der Geltendmachung eines zusätzlichen Entgelts in Höhe von DM 95,12 beim Wechsel des Lieferanten.

(1) Bezogen auf den Geschäftsbereich "Netz" resultiert dies aus dem allgemeinen Interesse jedes nach kaufmännischen Grundsätzen geführten Unternehmens an der Erzielung möglichst hoher Einnahmen. Bei der Betätigung ihrer unternehmerischen Freiheit unterliegt die Betroffene als Normadressatin des Behinderungsverbot aus § 20 Abs. 1 GWB jedoch den vorstehend unter aaa. dargestellten Beschränkungen, soweit ihre unternehmerische Betätigung im Widerspruch zu der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten

Zielsetzung des Gesetzgebers -- hier: Öffnung der Märkte im Strombereich -- steht (BGH aaO S. 64 f -- Importarzneimittel mwN).

(2) Aus der Sicht des Geschäftsbereichs "Vertrieb" der Betroffenen begünstigt das Verlangen nach einer Wechselgebühr in Höhe von DM 95,12 brutto aufgrund der damit verbundenen Kostenbelastung für die neuen Stromanbieter den Erhalt des aus Monopolzeiten übernommenen Kundenstamms. Aufgrund der Tatsache, dass die Betroffene derzeit immer noch über einen Kundenanteil in Höhe von 99 % der vormaligen Tarifkunden verfügt, wirkt sich das Verlangen nach einem Wechselentgelt dagegen nicht als eigene Belastung des Geschäftsbereichs "Vertrieb" bei der Akquisition von Kunden anderer Lieferanten, sondern vielmehr als "Schutzmechanismus" zugunsten anderer Stromanbieter aus, wovon die Landeskartellbehörde zutreffend ausgegangen ist (S. 14 der angefochtenen Verfügung).

ddd. Das Interesse der Kunden, die, sei es als Tarifkunden oder als Produktkunden des Angebots "T 2000", zu einem neuen Anbieter wechseln wollen bzw. die bereits zu einem neuen Anbieter gewechselt haben und die nunmehr wiederum zu einem anderen Anbieter oder zur Betroffenen zurück wechseln wollen, geht unbestritten dahin, dass ein solcher Wechsel bzw. die anschließenden Kosten des Strombezugs nicht durch die Erhebung des Wechselentgelts verteuert werden. Auch wenn diese Kosten zunächst vom neuen Stromlieferanten getragen werden -- die Betroffene weist darauf hin, dass den Kunden Inklusiv-Angebote unterbreitet werden (Beschwerdebegründung S. 5 f) --, müssen diese Kosten auf längere Sicht über den Strompreis erwirtschaftet werden. Die nicht wechselbereiten Kunden, d.h. bisher 99 % der früheren Tarifkunden der Betroffenen, die weiterhin von dieser mit Strom beliefert werden, haben, wie jeder Verbraucher, kein Interesse daran, dass sich die Kosten für den Strombezug verteuern, wie dies der Fall wäre, wenn die "Wechselkosten" im Sinne der Definition der Betroffenen auf die Gesamtheit der Strombezieher (niederspannungsseitig versorgte Kunden) umgelegt werden.

Die Auswirkungen einer solchen "Sozialisierung" des Wechselentgelts in Höhe von DM 95,12 bewegen sich aber nach den unbeanstandet gebliebenen Ausführungen der Landeskartellbehörde (S. 8 bis 10 der angefochtenen Verfügung) in einer auch aus der Sicht der betroffenen Abnehmer praktisch kaum ins Gewicht fallenden Größenordnung. Bei einem Durchschnittsverbrauch von 5.430 kWh pro Jahr je Niederspannungskunde ergäbe sich eine Verteuerung von 0,0175 Pfennig pro kWh, bezogen auf 1 % Wechselvorgänge pro Jahr (Mehrbelastung mit Stromkosten von 0,95 DM pro Jahr je Niederspannungskunden) und von 0,0876 Pfennig pro kWh, bezogen auf 5 % Wechselvorgänge pro Jahr (Mehrbelastung mit Stromkosten von DM 4,75 pro Jahr je Niederspannungskunde). Für den einzelnen Niederspannungskunden ist zwar mit einem höheren Stromverbrauch auch eine höhere Belastung verbunden; so ergäbe sich bei der größten Abnahmemenge im Versorgungsgebiet der Betroffenen von 1,2 Millionen kWh pro Jahr bei einer Wechselquote von 1 % ein Betrag in Höhe von DM 210,20 und mithin ein Betrag, der 1/1142 der Strombezugskosten dieses Kunden ausmacht (bei 5 % Wechselquote eine Mehrbelastung

von 1/230). Diese Kostenmehrbelastung kann jedoch nicht isoliert gesehen werden, vielmehr ist die allgemeine, auch im Versorgungsgebiet der Betroffenen erfolgte Verbilligung des Strombezugs als Folge des eröffneten Wettbewerbs mit zu berücksichtigen, wie in der Verfügung (S. 7) geschehen.

Zwar sind die Interessen Dritter, die nicht zu dem Kreis der von § 20 Abs. 1 GWB geschützten Unternehmen gehören, grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Vorliegend ist jedoch die mit der Liberalisierung des Strommarktes einhergehende Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Energieversorgung im Rahmen des normativen Wertungsteils bei der Abwägung dergestalt zu berücksichtigen, dass auch solche Drittinteressen mit einzubeziehen sind (vgl. BGHZ 119, 335, 341; BGHZ 128, 17, 33, zu § 103 Abs. 5 GWB a.F. -- Gasdurchleitung; aaO S. 65 -- Importarzneimittel; v. Ungern-Sternberg, Festschrift Odersky, S. 987, 995 f, 998; Markert aaO § 20 Rdn. 130, 136; Schultz aaO § 20 Rdn. 127, zur Berücksichtigung öffentlicher Interessen).

cc. Bei der vorzunehmenden Abwägung der Interessen der Betroffenen als Normadressatin, der behinderten Unternehmen (Stromanbieter) sowie der Interessen der Stromkunden im Versorgungsbereich der Betroffenen vermag der Senat kein den Interessen der Stromanbieter gleich- oder sogar vorrangiges Interesse der Betroffenen an der Geltendmachung eines Wechselentgelts in Höhe von DM 95,12 zu erkennen. Denn -- wie bereits angesprochen -- dürfen in die vorzunehmende Gesamtwürdigung nur solche Individualinteressen einbezogen werden, die von der Rechtsordnung anerkannt sind; insbesondere dürfen sie nicht gegen die Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts -- Gewährleistung von Leistungswettbewerb und Offenheit des Marktzugangs -- verstoßen (vgl. BGH aaO S. 62 mwN -- Importarzneimittel).

aaa. Soweit die Betroffene die Auffassung vertritt, aus der Regelung in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB folge, dass der Netzbetreiber ein solches Wechselentgelt (dem Grunde nach) beanspruchen könne, kann dem nicht gefolgt werden. Das in dieser Regelung (vgl. auch § 6 Abs. 1 Satz 1 EnWG) als Ausfluss der Eigentumsgarantie (Art. 12 GG) angesprochene "angemessene Entgelt" sagt nichts darüber aus, ob überhaupt bzw. in welcher Höhe der Netzbetreiber neben der von der Betroffenen angesetzten Vergütung für die Nutzung des Netzes noch ein gesondertes pauschaliertes Entgelt für die von der Betroffenen auf S. 2 f der Beschwerdebegründung aufgelisteten Tätigkeiten vom Durchleitungspetenten verlangen kann.

bbb. Auch der Grundsatz der verursachergerechten Kostenzuordnung kann zugunsten der Betroffenen nicht als vorrangiges Kriterium anerkannt werden. Dabei bestehen bereits erhebliche Zweifel, ob alle von der Betroffenen aufgelisteten Tätigkeiten nach dem von ihr herangezogenen Prinzip der verursachergerechten Kostenzuordnung dem neuen Lieferanten im Rahmen der Nutzung des Netzes zugerechnet werden können oder ob es sich nicht teilweise um Tätigkeiten handelt, die die Betroffene als Nebenpflichten aus dem frü-

heren Vertragsverhältnis mangels gegenseitiger vertraglicher Vereinbarung oder sonstiger gesetzlicher Grundlage im Verhältnis zum früheren Kunden (oder in ihrem eigenen Interesse wie z.B. der Prüfung der Rechtswirksamkeit der Kündigung) unentgeltlich zu erbringen hat unabhängig davon, dass die Betroffene in anderem Zusammenhang den Kunden selbst als Verursacher dieser Kosten ansieht. Nicht ohne weiteres nachvollziehbar erscheint zudem die Aufspaltung der vom Nutzer des Stromnetzes zu zahlenden "angemessenen Entgelts" in eine Vergütung für die Benutzung des Netzes für die Durchleitung und daneben in einen Anspruch auf Erstattung der damit zusammenhängenden Tätigkeiten in Bezug auf den Wechsel des Kunden. Hier wird ersichtlich ein einheitlicher wirtschaftlicher Vorgang zur Rechtfertigung der Geltendmachung einer zusätzlichen Vergütung in Einzeltätigkeiten "atomisiert" (Insoweit widerspricht sich die Betroffene selbst, wenn sie der Landeskartellbehörde vorwirft, sie trenne den Wechselvorgang von der Netznutzung).

Aber selbst wenn man diese Bedenken an ihrer Handhabung zurückstellt und die "Auflistung" der Betroffenen zugrundelegt, kann sie hieraus kein gegenüber den Interessen der behinderten Stromanbieter vorrangiges Interesse herleiten. Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass weder im Bereich der Tarifkunden (AVBElt) noch im Bereich der Produktkunden "Tölzstrom 2000" der "Verursachergrundsatz" durchgehend beachtet wird, wie dies in der angefochtenen Verfügung (S. 17 f) im einzelnen ausgeführt wurde (vgl. auch den im Termin übergebenen Beitrag aus ET 2001, 482 zur Frage der zahlenmäßigen Bedeutung von umzugsbedingt verursachten Kosten). Zutreffend hat die Landeskartellbehörde darüberhinaus auf die dem Prinzip der verursachergerechten Kostenzuordnung zugrundeliegende Schutzfunktion abgestellt, nämlich eine Mehrbelastung von Kunden mit Kosten abzuwenden, die nicht sie, sondern andere Kunden verursacht haben. Dementsprechend kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass durch die nunmehr bestehende Möglichkeit, den Lieferanten zu wechseln, eröffnete Wettbewerbssituation auch für die bei der Betroffenen verbleibenden Kunden entsprechend der gesetzgeberischen Zielvorstellung eine Verbilligung des Strombezugs eingetreten ist, die durch ein gegenläufiges Verhalten -- Preiserhöhung = Ausschöpfung des durch das Wechselentgelt vergrößerten Spielraums des bisherigen Monopolisten -- wieder Einbußen erleiden kann, wenn der Wettbewerb um Kleinkunden durch entsprechende Behinderungen der neuen Anbieter zum Erliegen kommt.

ccc. Zu Unrecht sieht sich die Betroffenen dem Vorwurf des Ausbeutungsmissbrauchs im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB im Falle der "Sozialisierung" der von ihr pauschalierten Wechselkosten ausgesetzt. Es sind weder Anhaltspunkte dafür vorgetragen noch ist sonst ersichtlich, dass eine solche Handhabung nach dem heranzuziehenden Vergleichsmarktkonzept (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 2. Halbs. GWB; hierzu eingehend GK-Leo, § 19 Rdn. 1981 ff) zu beanstanden wäre. Stellt man auf die von der Betroffenen aufgelisteten Einzeltätigkeiten beim Wechsel eines Kunden ab, handelt es sich dabei um keine Tätigkeiten, die nur (im Geschäftsbereich "Netz") der Betroffenen anfallen, nicht jedoch bei anderen Netzbetreibern. Dass von einer repräsentativen Zahl von Netzbetreibern "Wechselentgelte" von dem neuen Anbieter oder von dem wechselnden Kunden erhoben werden, macht die Be-

troffene nicht geltend. Gegen eine solche Handhabung in relevantem Umfang sprechen die "Verbändevereinbarung Strom II" vom 13.9.1999 (VV II, abgedruckt bei Eiser/Riederer/Oberholte/Danner aaO C 30), die als (unverbindliche) Empfehlung der beteiligten Verbände zu verstehen ist (Schwintowski, WuW 2001, 1042 ; eingehend dazu Markert, BB 2001, 105 ff) sowie -- für den Zuständigkeitsbereich der Bayerischen Landeskartellbehörde -- die Antworten auf das Auskunftersuchen vom 20.6.2000 (siehe Band I).

Die VV II sieht eine Vergütung für die von der Betroffenen definierten "Wechselkosten" nicht vor (vgl. VV II 1.5 -- 1.8, 2). Der Verbund kommunaler Unternehmen, bei dem die Betroffene Mitglied ist, nimmt dagegen in Anspruch, dass Kosten durch den Wechsel von Kunden separat in Rechnung gestellt werden können (siehe Protokollerklärung unter 2. zur VV II, aaO C 31). Dass entsprechend diesem Vorbehalt in der Praxis tatsächlich verfahren wird, ergibt sich aus dem Vorbringen der Betroffenen nicht. Hiergegen spricht auch, dass von den etwa 290 um Auskunft ersuchten Netzbetreibern in Bayern nur sieben ein "Wechselentgelt" erheben.

Wenn die Betroffene darüber hinaus auf einen "politischen Druck" hinweist, ist weder dargetan noch sonst ersichtlich, was darunter zu verstehen sein soll, sodass es keiner Ausführungen dazu bedarf, inwiefern derartigen Umständen Rechnung getragen werden müsste.

ddd. Aus der Entscheidung "Flugpreisspaltung" (BGHZ 142, 239 = WuW/E DE-R 375), wonach eine unterschiedliche Preisgestaltung (§ 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB), bei der das marktbeherrschende Unternehmen nicht einmal in die Lage versetzt wird, seine Selbstkosten abzudecken, nicht ohne weiteres als missbräuchlich angesehen werden könne, läßt sich kein Argument für die Rechtfertigung des untersagten Verhaltens herleiten. Denn wie bereits im Termin erörtert ist die Betroffene nicht darauf verwiesen, ihre Leistungen als Netzbetreiber deshalb mit Verlust zu erbringen, weil ihr die Geltendmachung eines gesonderten Wechselentgelts gegenüber den Nutzern ihres Netzes bei einem Kundenwechsel untersagt wird. Folglich kommt es auch nicht mehr darauf an, dass die Betroffene selbst nicht geltend macht, dass das von ihr erhobene Netznutzungsentgelt -- ohne Berücksichtigung des Wechselentgelts -- zur Deckung der Selbstkosten nicht ausreichend bemessen ist.

dd. Unter Berücksichtigung der mit einem Wechselentgelt in der von der Betroffenen verlangten Höhe verbundenen erheblichen Erschwernis für den Marktzutritt für andere Stromanbieter auf dem Kleinkundenmarkt, die im Widerspruch zu der gesetzgeberischen Zielsetzung im Rahmen der Liberalisierung des Strommarktes steht, muss die Interessenabwägung zu Lasten der Betroffenen ausfallen.

Dem kann die Betroffene auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass die Untersagung aufgrund der Besonderheiten des hier relevanten Kleinkundenmarktes nicht geeignet wäre, zu einer höheren Wechselquote zu führen, da diese in Versorgungsgebieten, in denen kein Wechselentgelt erhoben werde, nicht höher sei. Mit dieser Argumentation (in der

mündlichen Verhandlung vor dem Senat) kann -- ihr tatsächlicher Ausgangspunkt als richtig unterstellt -- nach den obigen Ausführungen nicht in Frage gestellt werden, dass sich die Stellung der neuen Anbieter im Wettbewerb um Kleinkunden im Hinblick auf den erhöhten Preisgestaltungsspielraum günstiger darstellt, wenn sie nicht mit zusätzlichen Kosten in Höhe von DM 95,12 belastet werden. Da von den neuen Anbietern bundesweit einheitliche Tarife angeboten werden (siehe z.B. Anlage Bf 1) kann folglich aufgrund einer übereinstimmenden Wechselquote in Versorgungsgebieten mit Wechselentgelt und in Versorgungsgebieten ohne Wechselentgelt nichts zugunsten der Argumentation der Betroffenen hergeleitet werden. Denn das Angebot des neuen Anbieters stellt sich gegenüber den Stromkunden in jedem Fall -- anders als die Erlössituation beim Anbieter -- gleich günstig oder ungünstig dar.

Dass sich die Wettbewerbssituation aufgrund der besonderen Gegebenheiten auf dem Strommarkt auch ohne die zusätzliche Belastung der neuen Anbieter mit Wechselentgelten als schwierig darstellt, kann es nicht rechtfertigen, dies bei der Qualifizierung von weiteren behindernden Maßnahmen von Seiten eines marktbeherrschenden Unternehmens zu seinen Gunsten zu berücksichtigen.

ee. Soweit die Betroffene beanstandet, die von der Landeskartellbehörde "gegriffene" Wechselquote in Höhe von 5 % pro Geschäftsjahr entbehre jeglicher sachlicher Rechtfertigung, kann dem nicht gefolgt werden. Dass die Landeskartellbehörde im Rahmen dieser Beschränkung der inhaltlichen Reichweite von einer unzutreffenden tatsächlichen Grundlage ausgegangen ist, ist nicht ersichtlich. Die aufgrund der bisherigen Entwicklung -- geringe Wechselbereitschaft -- für die Zukunft getroffene Prognose ist nicht zu beanstanden. Aufgrund der vorstehend dargestellten Auswirkungen auf die Entgelte der Stromkunden im Versorgungsgebiet bei Ansteigen der Wechselquote bis zu 5 % bestand keine Veranlassung, den "Grenzwert" niedriger anzusetzen.

5. Die Beschwerde ist begründet, soweit sich die angegriffene Verfügung nicht auf die Untersagung der konkreten Verhaltensweise der Betroffenen beschränkt.

a. Es ist in der Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, dass ein Einschreiten der Kartellbehörden gemäß § 32 GWB eine Wiederholungsfahr (resultierend aus einer bereits vorgekommenen Zuwiderhandlung) oder eine (Erst-) Begehungsfahr (ernste Besorgnis einer drohenden Gesetzesverletzung) voraussetzt (BGH, Beschl. v. 7.10.1997 -- KVR 16/96 -- Selektive Exklusivität II; WuW/E 2313, 2314 -- Baumarkt-Statistik; Bornkamm, in Langen/Bunte, § 32 Rdn. 20; v. Ungern-Sternberg, Festschrift für Geiß S. 655, 663). Liegt, wie hier, eine Zuwiderhandlung vor, muss sich das Verbot eines kartellrechtswidrigen Verhaltens grundsätzlich am konkret beanstandeten Verletzungstatbestand orientieren; regelmäßig darf deshalb nur die konkrete Verletzungsform verboten werden (BGHZ 129, 38 , 52 m.w.N. -- Weiterverteiler = WUW/E 2967, 2976 -- Strompreis Schwäbisch Hall; Bornkamm aaO Rdn. 26 ff; Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, § 32 Rdn. 20; v. Ungern-Sternberg aaO S. 658). Für den Fall einer mißbräuchlichen Preisgestaltung ist

es jedoch zugelassen worden, dass nicht nur die konkret verlangten Preise beanstandet werden können, sondern eine kartellbehördliche Verfügung durch Festlegung einer Mißbrauchsgrenze sämtliche im Mißbrauchsbereich liegenden Preisgestaltungen in den Verbotsbereich einbeziehen kann. Voraussetzung hierfür ist jedoch zum einen, dass die auf diese Weise zusätzlich erfassten möglichen Verletzungshandlungen -- bei sonst unveränderter Sachlage -- ebenfalls unter das gesetzliche Verbot fallen, dem Betroffenen durch das allgemeiner gefasste Verbot also nicht mehr untersagt wird, als ihm ohnehin verwehrt ist. Zum anderen müssen, da die Kartellbehörde nicht ohne weiteres vorbeugend tätig werden darf, Verletzungshandlungen, wie sie hier über die konkrete Verletzungsform hinaus durch das allgemeiner gefasste Verbot untersagt sind, ernstlich drohen (BGH aaO S. 52 f -- Weiterverteiler). Beides lässt sich -- wie bereits im Termin erörtert -- vorliegend nicht feststellen. Hieran vermag auch der Gesichtspunkt des "Musterverfahrens" nichts zu ändern.

Wie durch die obigen Ausführung belegt wird -- auch in der angefochtenen Verfügung (S. 8 f, 10, 13 f, 16) wird mit entscheidend auf die Höhe des verlangten Wechselentgelts abgestellt --, lässt sich unabhängig von der Höhe des verlangten Wechselentgelts nicht beurteilen, ob darin eine unbillige Behinderung des neuen Anbieters zu sehen ist. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die Betroffene beabsichtigt, ein Wechselentgelt in anderer Höhe zu verlangen.

b. Da das Beschwerdegericht nicht zur Entscheidung darüber berufen ist, ab welcher Höhe eines Wechselentgelts eine unbillige Behinderung bejaht werden könnte, war die angefochtene Verfügung insoweit, als sie über die "konkrete Verletzungsform" hinausgeht, aufzuheben (zur möglichen Teilaufhebung vgl. Kollmorgen, in Langen/Bunte, § 71 Rdn. 23 mwN; K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, § 71 Rdn. 15).

C.

1. Gemäß § 74 Abs. 2 Nr. 1 GWB war die Rechtsbeschwerde zuzulassen, da der vom Senat vorgenommenen rechtlichen Qualifizierung des von der Betroffenen erhobenen Wechselentgelts -- auch wenn diese auf das konkret beanstandete Verhalten zu beschränken war -- grundsätzliche Bedeutung zukommt.

2. Entsprechend dem teilweisen Erfolg der Beschwerde (vgl. Kollmorgen aaO § 78 Rdn. 7 mwN) erschien es sachgerecht (§ 78 Satz 1 GWB), die Gerichtskosten als auch die aussergerichtlichen Kosten der Beteiligten gegeneinander aufzuheben.

Urteil des BGH Kartellsenat vom 03.07.2001

KZR 11/00

Norm: § 21 Abs 1 GWB

Wettbewerbsbeschränkung: Boykottatbestand bei Vereinbarungen in Austauschverträgen; Landkreis als marktbeherrschender Vermieter von Gewerbeflächen für Schilderprägebetriebe

Orientierungssatz

1. Der Boykottatbestand des GWB § 21 Abs 1 kann auch zur Anwendung kommen, wenn es sich um eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung in einem Austauschvertrag handelt. Voraussetzung ist dabei allerdings, dass die Klausel in ihren Wirkungen über die Nachteile hinausgeht, die für die Betroffenen Wettbewerber des bindenden Unternehmens mit jeder Ausschließlichkeitsvereinbarung verbunden sind (Festhaltung BGH, 28. September 1999, KZR 18/98 , WuW/E DE-R 395).
2. Der Begriff der Aufforderung zu Liefer- und Bezugssperren erfährt eine weite Auslegung. Schon deswegen muss der im Rahmen der Prüfung der unbilligen Behinderung anzustellenden Interessenabwägung eine zentrale Bedeutung zukommen. Dies gilt aber nicht, wenn der marktbeherrschende Anbieter dem Diskriminierungsverbot unterworfen ist.
3. Ein Landkreis nimmt auf dem Markt der Vermietung und Verpachtung von Gewerbeflächen an Schilderprägebetriebe eine marktbeherrschende Stellung ein, wenn er von 5 möglichen Standorten 3 anbieten kann und diese 3 Standorte deutliche Vorteile gegenüber den anderen beiden Standorten aufweisen, weil sie unmittelbar neben der Zulassungsstelle für Kraftfahrzeuge angesiedelt sind.

weitere Fundstellen

BGHRReport 2001, 972 (red. Leitsatz)

Verfahrensgang

vorgehend OLG Dresden, 19. April 2000, Az: U 478/98 Kart, Urteil
vorgehend LG Leipzig, 9. Januar 1998, Az: 6 HKO 7864/97, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Fortführung BGH Kartellsenat, 8. April 2003, Az: KZR 39/99

Literaturnachweise

Plehwe Thomas von, jurisPR-WettbR 6/2006 Anm. 4 (Anmerkung)

Praxisreporte

Plehwe Thomas von, jurisPR-WettbR 6/2006 Anm. 4 (Anmerkung)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Festhaltung BGH Kartellsenat, 28. September 1999, Az: KZR 18/98

Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden - Kartellsenat - vom 19. April 2000 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage über den sich aus der nachfolgenden Abänderung ergebenden Umfang hinaus abgewiesen worden ist.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Leipzig vom 9. Januar 1998 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels insoweit abgeändert, als der Beklagte verurteilt worden ist, es zu unterlassen, bereits abgeschlossene Mietverträge fortzuführen. Im Umfang der Abänderung verbleibt es bei der vom Berufungsgericht ausgesprochenen Klageabweisung.

Von den Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin 1/10, der Beklagte 9/10 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist ein bundesweit tätiges Unternehmen der Schilderprägebranche. Der beklagte Landkreis ist Eigentümer eines Geländes, auf dem sich neuerdings die Kfz-Zulassungsstelle des Landkreises befindet. Bei einer Ausschreibung der Vermietung von drei Containerstandplätzen für Schilderprägebetriebe war die Klägerin nicht zum Zuge gekommen, weil es sich bei ihr nicht um ein aus dem Landkreis stammendes Unternehmen handelt. Diese Entscheidung nimmt die Klägerin hin. Sie wendet sich dagegen, dass der Beklagte die ausgewählten Schilderprägebetriebe dazu verpflichtet hat, mit der Klägerin in keiner Weise zusammenzuarbeiten. Es geht dabei um eine Regelung im Mietvertrag, in der die Mieter dem Beklagten zusichern mussten, dass zu keinem Großfilialisten der Branche (beispielhaft genannt war die Klägerin) rechtliche oder tatsächliche Beziehungen bestünden oder in Zukunft aufgenommen würden. Für den Fall eines Verstoßes gegen diese Verpflichtung stand dem Beklagten ein außerordentliches Kündigungsrecht zu.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die vom Beklagten durchgesetzte Mietvertragsklausel enthalte einen kartellrechtlich und lauterkeitsrechtlich unzulässigen Boykottaufruf. Mit der vorliegenden Klage hat sie den Beklagten wegen der Verwendung dieser Klausel auf Unterlassung in Anspruch genommen und beantragt, es dem Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen,

Mietverträge über eine Stellfläche zur Aufstellung eines Containers zur Prägung von Kfz-Kennzeichen auf dem Grundstück ... abzuschließen und/oder bereits abgeschlossene Mietverträge fortzuführen, falls der Mietvertrag die ... (im ersten Revisionsurteil wiedergegebene) Klausel enthält.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er hat sich auf den Standpunkt gestellt, die Klausel enthalte keine Liefer- oder Bezugssperre, sondern diene nur der bei der Vergabe der Standflächen verfolgten Förderung der einheimischen Wirtschaft.

Das Landgericht hat der Klage unter dem Gesichtspunkt eines Boykotts nach § 26 Abs. 1 GWB a.F. (jetzt § 21 Abs. 1 GWB) und einer wettbewerbswidrigen Behinderung nach § 1 UWG stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen (OLG-Report Dresden 1998, 354). In der ersten Revisionsentscheidung hat der Bundesgerichtshof dieses Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (BGH, Urt. v. 28.9.1999 - KZR 18/98 , WuW/E DE-R 395 - Beteiligungsverbot für Schilderpräger), um die - hier im Rahmen der Interessenabwägung maßgebliche - Frage zu klären, ob der beklagte Landkreis auf dem Markt für die Vermietung von Stellflächen für Schilderpräger eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Nachdem die Parteien hierzu ergänzend vorgetragen haben und das Berufungsgericht das Gelände der Zulassungsstelle in Augenschein genommen hat, lassen sich die örtlichen Verhältnisse wie folgt zusammenfassen:

Alle Besucher erreichen die Zulassungsstelle über die Fabrikstraße (links in der nachstehenden Skizze). Die Zulassungsstelle befindet sich auf einem größeren Gelände am Ende der Straße in einem Anbau. Am Eingang des Geländes besteht eine Parkmöglichkeit; von dort gehen die Besucher um das fünfstöckige sog. Archivgebäude (in der Skizze der lange Baukörper neben der Zulassungsstelle) herum zur Zulassungsstelle. Im Nordosten neben der Zulassungsstelle befinden sich in etwa 20 m Entfernung vom Eingang zur Zulassungsstelle die Container der zwei dort heute noch tätigen Schilderprägebetriebe. Der Ablauf ist so geregelt, dass die Personen, die ein Fahrzeug anmelden, zunächst in der Zulassungsstelle ein Kennzeichen genannt bekommen; sie begeben sich dann aus dem Gebäude der Zulassungsstelle, um das Schild mit dem Kennzeichen prägen zu lassen und zu erwerben; danach kehren sie in die Zulassungsstelle zurück, um dort den Zulassungstempel zu erhalten.

<Anmerkung der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofes: Es folgt die Abbildung der erwähnten Skizze.>

Die Klägerin hat das sich nach Nordwesten anschließende Grundstück (in der Skizze 183/2) erworben und inzwischen wieder verkauft, sich beim Wiederverkauf jedoch das Recht einräumen lassen, vorn an der Straße zwei Pavillons zum Schilderprägen zu betreiben (in der Skizze durch einen Kreis markiert). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind es von dieser Stelle, die die Besucher der Zulassungsstelle passieren müssen, 88 m oder zwei bis drei Minuten zu Fuß bis zum Eingang der Zulassungsstelle.

Das Berufungsgericht hat eine marktbeherrschende Stellung des Beklagten auf dem Markt für die Vermietung oder Verpachtung von Stellflächen für Schilderpräger verneint und die Klage erneut abgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie ihren Klageantrag weiterverfolgt. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat erneut Ansprüche der Klägerin aus §§ 33 , 21 GWB verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Es fehle an einer unbilligen Behinderung der Klägerin. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung komme es nach der ersten Revisionsentscheidung maßgeblich darauf an,

ob der Beklagte als Vermieter geeigneter Gewerbeflächen für Schilderträger am Sitz der Kfz-Zulassungsstelle über eine marktbeherrschende Stellung verfüge; denn in diesem Fall sei er zu einer Gleichbehandlung der Interessenten verpflichtet. Die Frage nach der marktbeherrschenden Stellung sei zu verneinen. Der relevante Markt, auf den zur Ermittlung der Marktstellung des Beklagten abzustellen sei, umfasse in sachlicher und räumlicher Hinsicht das Angebot von Gewerbeflächen, die sich für einen Schilderträger, der den Bedarf an Kfz-Schildern decken wolle, zur Anmietung oder sonstigen Nutzung eigneten. Dabei seien auch Flächen einzubeziehen, die sich in unmittelbarer Nähe des Gebäudes der Zulassungsstelle befänden. Auf dem so begrenzten Markt besitze der Beklagte keine marktbeherrschende Stellung. Er sei nicht allein Anbieter geeigneter Flächen; vielmehr komme auch das unmittelbar an das Gelände der Kfz-Zulassungsstelle angrenzende Grundstück 183/2 als Standort eines Schilderprägebetriebs in Betracht, zumal die potentiellen Kunden die Einfahrt zu diesem Grundstück passieren müßten, um den Parkplatz der Zulassungsstelle zu erreichen. Da es sich hierbei um einen attraktiven Standort handele, sei der Beklagte wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt. Der Beklagte verfüge trotz des Standortvorteils der beiden von ihm vermieteten Plätze auch nicht über eine überragende Marktstellung. Zwar bestehe seitens der Bürger ein hoher Anreiz, den Bedarf an Schildern bei dem nächstliegenden Anbieter zu befriedigen. Dieser Vorteil wiege jedoch nicht derart stark, dass dem Beklagten bereits deshalb eine überragende Marktstellung zukomme, zumal auch zu dem Standort auf dem Grundstück 183/2 kein längerer Fußmarsch erforderlich sei. Schließlich könne der Betreiber eines Schilderprägebetriebs auf diesem Grundstück die Interessenten, die sich der Zulassungsstelle näherten, über seine Preise informieren. Lügen diese unter den Preisen der Konkurrenz, bestehe eine Chance dafür, dass sie den kurzen Fußweg anträten, um das günstigere Angebot wahrzunehmen.

II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision nicht stand. Sie führen zur weitgehenden Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und im wesentlichen zur Wiederherstellung des der Klage stattgebenden landgerichtlichen Urteils.

1. In der ersten Revisionsentscheidung hat der Senat bereits dargelegt, dass im Streitfall der Boykottatbestand des § 21 Abs. 1 GWB zur Anwendung kommen kann, obwohl es sich bei der fraglichen, gegen die Klägerin gerichteten Klausel um eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung in einem Austauschvertrag handelt. Voraussetzung ist dabei allerdings, dass die Klausel in ihren Wirkungen über die Nachteile hinausgeht, die für die betroffenen Wettbewerber des bindenden Unternehmens mit jeder Ausschließlichkeitsvereinbarung verbunden sind (BGH WuW/E DE-R 395, 396 - Beteiligungsverbot für Schilderträger). Dieses Erfordernis ist im Streitfall erfüllt, weil die Vertragsklausel, durch die die Klägerin von der Belieferung der ausgewählten Schilderprägebetriebe sowie von einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an deren Unternehmen ausgeschlossen werden soll, eine eindeutig gegen die Klägerin gerichtete Zielsetzung aufweist und mit ihr das erklärte Ziel verfolgt wird, die Klägerin von dem in Rede stehenden Absatzmarkt für Kfz-Schilder fernzuhalten.

2. Wie der Senat ebenfalls in der ersten Revisionsentscheidung ausgeführt hat, ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass es sich bei der beanstandeten Boykottaufforderung um eine Ausschließlichkeitsbindung i.S. des § 16 GWB handelt und dass derartige, andere Unternehmen ausschließende Vertragsklauseln grundsätzlich zulässig sind. Auch dem Beklagten ist es, wenn er als Vermieter von Gewerbeflächen auftritt, nicht schlechthin verwehrt, bei der Auswahl eines Mieters strukturpolitische Überlegungen zu berücksichtigen und - wie es im Streitfall geschehen ist - durch flankierende Maßnahmen sicherzustellen, dass die getroffene Auswahlentscheidung nicht dadurch konterkariert wird, dass der als Mieter ausgewählte einheimische Schilderpräger von dem bewußt vom Markt ferngehaltenen Unternehmen übernommen wird.

Die Revision möchte dem entgegenhalten, der Boykott stelle ein schlechthin verbotenes Kampf- und Behinderungsmittel dar, weil der Betroffene davon ausgeschlossen werde, seine Leistungen im Wettbewerb einzusetzen. Daher komme es auf die vom Senat im ersten Revisionsurteil als maßgeblich angesehene Frage einer marktbeherrschenden Stellung des Beklagten nicht an; denn das Verhalten des Beklagten sei auch ohne eine solche Stellung schlechthin wettbewerbswidrig.

Derartige Erwägungen, die darauf hinausliefen, eine unbillige Behinderung im Regelfall zu bejahen, berücksichtigen nicht hinreichend, dass der Begriff der Aufforderung zu Liefer- und Bezugssperren eine weite Auslegung erfährt. Schon deswegen muss der im Rahmen der Prüfung der unbilligen Behinderung anzustellenden Interessenabwägung eine zentrale Bedeutung zukommen (vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 21 Rdn. 33). Dies gilt jedenfalls in Fällen, in denen die Liefer- oder Bezugssperre einer in einem Austauschvertrag enthaltenen Ausschließlichkeitsbindung entnommen wird (Markert aaO § 21 Rdn. 43). Daher können auch die vom Beklagten für die fraglichen Klauseln angeführten Gründe nicht von vornherein als unbeachtlich angesehen werden. Dies ändert sich aber dann, wenn der Beklagte als marktbeherrschender Anbieter dem Diskriminierungsverbot unterworfen ist.

3. Diese Frage hat das Berufungsgericht verneint. Denn der Beklagte sei auf dem hier maßgeblichen Markt der Vermietung oder Verpachtung von Gewerbeflächen für Schilderpräger nicht beherrschend. Gegen diese Annahme wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Das Berufungsgericht hat den relevanten Markt, auf dem der Beklagte zur Vermietung der fraglichen Gewerbeflächen tätig wird, rechtsfehlerfrei bestimmt. Er umfaßt in sachlicher und räumlicher Hinsicht das Angebot derjenigen Gewerbeflächen, die sich für Schilderpräger zur Anmietung oder sonstigen Nutzung eignen. Zutreffend hat das Berufungsgericht diesen Markt nicht auf die vom beklagten Landkreis angebotenen Flächen in unmittelbarer Nachbarschaft der Zulassungsstelle beschränkt, sondern auch auf geeignete Flächen auf benachbarten Grundstücken ausgedehnt (vgl. BGH, Urt. v. 14.7.1998 - KZR 1/97, WuW/E DE-R 201, 202 - Schilderpräger im Landratsamt).

b) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, der Beklagte verfüge auf diesem Markt nicht über eine marktbeherrschende Stellung. Den getroffenen Feststellungen ist zwar zu entnehmen, dass neben dem Standort für die Container in unmittelbarer Nähe der Zulassungsstelle auch der Standort auf dem Nachbargrundstück 183/2 in Betracht kommt, den sich die Klägerin bereits gesichert hat. Damit kann aber allenfalls begründet werden, dass kein Fall des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ("ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerber ausgesetzt ist") gegeben ist. Aus den getroffenen Feststellungen ergibt sich jedoch, dass der Beklagte gegenüber anderen Anbietern von Gewerbeflächen, die für Schilderträger in Betracht kommen, eine überragende Marktstellung genießt. Im Streitfall ist davon auszugehen, dass der Beklagte mindestens drei Standorte in unmittelbarer Nähe zur Zulassungsstelle vermieten kann. Daneben kommen nur die beiden Standorte auf dem Grundstück 183/2 in Betracht, so dass von fünf möglichen Standorten drei vom Beklagten angeboten werden. Ob bei dem sich daraus errechnenden Marktanteil eine überragende Marktstellung noch verneint werden kann, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Denn jedenfalls weisen die vom Beklagten angebotenen Standorte unmittelbar neben der Zulassungsstelle - wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt - deutliche Vorteile gegenüber den anderen beiden Standorten auf dem Grundstück 183/2 auf, weil das Publikum dazu neigt, einen Schilderprägebetrieb in unmittelbarer Nähe der Zulassungsstelle zu wählen. Dieser Vorteil des neben der Zulassungsstelle angesiedelten Schilderträgers setzt sich in dem hier in Rede stehenden vorgelagerten Markt der Vermietung von entsprechenden Gewerbeflächen fort (vgl. auch BGH WuW/E DE-R 201, 202 - Schilderträger im Landratsamt). Unter diesen Umständen können an der überragenden Marktstellung des Beklagten auf dem relevanten Markt keine Zweifel bestehen.

4. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Eine Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht ist gleichwohl nicht geboten, weil der Senat aufgrund der getroffenen Feststellungen die gebotene Interessenabwägung vornehmen kann, wobei im wesentlichen auf die entsprechenden Ausführungen im ersten Senatsurteil zu verweisen ist. Dort hat der Senat bereits zum Ausdruck gebracht, dass das Interesse des Beklagten, die einheimischen Schilderträger zu Lasten auswärtiger Unternehmen zu begünstigen, dann nicht als Rechtfertigung herangezogen werden kann, wenn der Beklagte als Normadressat des Diskriminierungsverbots grundsätzlich zu einer Gleichbehandlung der Interessenten verpflichtet ist (BGH WuW/E DE-R 395, 398 - Beteiligungsverbot für Schilderträger). Eine Bevorzugung einheimischer Schilderträger zu Lasten von kreisfremden Betrieben auch dann, wenn diese leistungsstärker wären, kommt danach nicht in Betracht. Schließlich bestehen auch an der entsprechenden Absicht des Beklagten, die Klägerin auf diese Weise unbillig zu beeinträchtigen, keine Zweifel (BGH WuW/E DE-R 395, 398 - Beteiligungsverbot für Schilderträger).

5. Dennoch kann das landgerichtliche Urteil, mit dem der Klage stattgegeben worden war, nicht in vollem Umfang wiederhergestellt werden. Denn insoweit, als das Landgericht dem Beklagten untersagt hat, "bereits abgeschlossene Mietverträge fortzuführen", die die fragliche Klausel enthalten, hat das Berufungsgericht die Klage mit Recht abgewiesen. Der

Beklagte ist insoweit an die geschlossenen Verträge gebunden. Dafür, dass nicht nur die beanstandete, gegen das Boykottverbot verstoßende Klausel (§ 134 BGB), sondern die gesamten Verträge nichtig sind, bestehen keine Anhaltspunkte (vgl. BGH WuW/E DE-R 395, 399 - Beteiligungsverbot für Schilderträger).

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 92 Abs. 1 und § 97 Abs. 1 ZPO .

Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt Kartellsenat vom 25.06.2001

1 U (Kart) 1/01

Normen: § 19 Abs 1 GWB, § 19 Abs 4 Nr 4 GWB, § 20 Abs 1 GWB, § 13 Abs 2 BTOEltV, § 9 AGBG ... mehr

Kartellrechtliche Prüfung einer genehmigten Stromtarifklausel; kartellrechtswidrige Erhebung einer Wechselgebühr beim Wechsel des Stromlieferanten

Leitsatz

1. Die Genehmigung einer Tarifklausel eines Stromlieferanten durch eine Landesbehörde nach BTOElt § 13 Abs 2 (juris: BTOEltV) schließt eine kartellrechtliche Prüfung dieser Klausel nicht aus.
2. Die Erhebung einer Gebühr durch einen Stromlieferanten und Netzbetreiber für den Fall, dass ein Kunde den Stromliefervertrag beendet und den Stromlieferanten wechseln möchte ("Wechselgebühr"), stellt eine unbillige Behinderung anderer Stromlieferanten iSd GWB § 20 Abs 1 dar und damit zugleich einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung als Netzbetreiber iSd GWB § 19 Abs 1 .
3. Eine Verwirklichung des Ziels des Energiewirtschaftsgesetzes 1998, den bis dahin weitgehend monopolistisch strukturierten Markt der Stromversorgung iS eines fairen, diskriminierungsfreien Wettbewerbs zu liberalisieren, ist nur gewährleistet, wenn die Netzzugangskosten für alle Beteiligten gleich sind. Dies wiederum setzt voraus, dass im Fall eines (wettbewerbsrechtlich erwünschten) "Tarifhoppings" die dem Netzbetreiber erwachsenden Aufwendungen weder dem wechselwilligen Kunden noch dem neuen Stromlieferanten auferlegt, sondern in den allgemeinen Netzkosten aufgefangen werden.

Orientierungssatz

Zitierung zu Leitsatz 2: Anschluß LG Düsseldorf, 16. Mai 2001, 12 O 395/00 .

Fundstellen

OLGR Naumburg 2001, 454-457 (Leitsatz und Gründe)
NZM 2001, 1003-1005 (Leitsatz und Gründe)
GRUR-RR 2001, 280-283 (Leitsatz und Gründe)
NJW-RR 2001, 1617-1620 (Leitsatz und Gründe)
RdE 2001, 226-230 (Leitsatz und Gründe)
WuW/E DE-R 805-810 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Magdeburg, 22. Dezember 2000, Az: 7 O 49/00, Urteil

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Anschluß LG Düsseldorf 12. Zivilkammer, 16. Mai 2001, Az: 12 O 395/00

Tenor

Die Berufung der Beklagten gegen das am 22. Dezember 2000 verkündete Urteil des Landgerichts Magdeburg (Geschäftsnummer: 7 O 49/00) wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 22.000,00 DM abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe geleistet hat.

Die Beschwer der Beklagten übersteigt 60.000,00 DM.

Tatbestand

Der Kläger - ein Wettbewerbsverein - begehrt von der Beklagten (MEAG) einem Stromversorgungsunternehmen - im Wesentlichen die Unterlassung der Belastung ihrer Kunden mit einer "Wechselgebühr", durch welche diesen im Falle des Wechsels zu einem anderen Stromlieferanten Kosten entstehen.

Der Kläger, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, die Interessen seiner unmittelbar und mittelbar verbundenen Mitglieder durch Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs und sonstiger rechtswidriger Verhaltensweisen zu fördern, wurde vor 114 Jahren gegründet und zählt neben Einzelfirmen überregionale Organisationen, Einzelhandelsverbände und auch den Hauptverband des Deutschen Einzelhandels e. V. mit Sitz in Köln zu seinen Mitgliedern.

Die Beklagte betreibt in Halle ein Stromnetz, an welches jeder Haushalt angeschlossen ist. Überdies vertreibt sie Strom. Während vor der Liberalisierung des Energiewirtschaftsrechts durch das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.04.1998 (Bundesgesetzblatt 1998 I, S. 730) jeder Tarifikunde im Raum Halle nur mit der Beklagten einen Stromlieferungsvertrag abschließen konnte, kann er sich nunmehr seinen Stromlieferanten aussuchen; so wird Strom - unabhängig von dem Netzbetreiber - auch über den Einzelhandel vertrieben, etwa über die bundesweit tätigen Unternehmen "Quelle", "Otto-Versand" oder "Promarkt", welche teilweise direkt, teilweise als Mitglieder des Hauptverbandes des Deutschen Einzelhandels Mitglied des Klägers sind.

Aufgrund der §§ 5 ff. EnWG müssen die jeweiligen Eigentümer der Stromnetze (Netzbetreiber) diese Dritten gegen Bezahlung zur Verfügung stellen. Die Art und Weise der (Fremd-)Nutzung der Netze ist dabei in einer Vereinbarung zwischen der Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke (VDE), der Deutschen Verbundgesellschaft (DVG), dem Verband Kommunaler Unternehmer (VKU), der Arbeitsgemeinschaft Regionaler Energieversorgungsunternehmen (ARE), dem Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft (VIK) sowie dem Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) vom 13.12.1999 (im Folgenden: "Verbändevereinbarung") geregelt. Demnach erfolgt die Netznutzung aufgrund eines Vertrages zwischen dem Stromkunden und dem Netzbetreiber; parallel hierzu schließt der Kunde einen Stromlieferungsvertrag mit dem Lieferanten. Abweichungen zwischen Einspeisung und Entnahme sind technisch und vertraglich so vorgesehen, dass Bilanzkreise gebildet werden, zwischen denen ein sogenannter Bilanzausgleich vorgenommen wird. Die Kosten der laufenden Netznutzung einschließlich der Systemdienstleistungen nach einem Lieferantenwechsel werden im Wesentlichen durch die Nutzungsentgelte abgegolten (Ziffer 2.1.3. der Verbändevereinbarung, Anlage B 8, GA Bd. I, Bl. 97 ff.). Die

Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt

Kartellsenat vom 25.06.2001

1 U (Kart) 1/01

den Netzbetreibern entstehenden Kosten durch Bildung, Abwicklung und Abrechnung der Bilanzkreise können gemäß Ziffer 3.4. der Verbändevereinbarung den Verursachern in Rechnung gestellt werden.

Die allgemeinen Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden sind in einer Rechtsverordnung geregelt, welche aufgrund der Ermächtigung des § 7 Abs. 2 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) erlassen wurde (AVBEltV). Gemäß § 32 Abs. 1 AVBEltV ist eine ordentliche Kündigung eines Stromlieferungsvertrages mit einer Frist von einem Monat zum Ende des Kalendermonats möglich, jedoch erstmals zum Ablauf eines Jahres. Von der Möglichkeit, den Stromlieferungsvertrag ordentlich zu kündigen, machen pro Monat ca. 1.000 Kunden der Beklagten Gebrauch.

Die allgemeinen Tarife für die Versorgung mit Elektrizität sind in der Bundestarifordnung Elektrizität auf der Grundlage des § 7 Abs. 1 EnWG durch Rechtsverordnung vom 18. Dezember 1989 (Bundesgesetzblatt I, S. 2255 ff) geregelt (BTOElt). Gemäß § 12 BTOElt bedürfen Tarife und ihre einzelnen Bestandteile behördlicher Genehmigung. Gleiches gilt gemäß § 13 Abs. 2 BTOEIT für Regelungen über Entgelte zur Erstattung sonstiger mit den Tarifen nicht abgelteter Kosten.

In den "Ergänzenden Bedingungen der MEAG" ist folgende Klausel enthalten, welche mit Bescheid vom 13.03.2000 (Anlage B 2, GA Bd. I, Bl. 90) durch das Ministerium für Wirtschaft und Technologie des Landes Sachsen-Anhalt gem. § 13 BTOEIT genehmigt wurde:

"Einstellung der Versorgung gemäß § 33 AVBEltV sowie Lieferantenwechsel.

Die Kosten der Einstellung und Wiederaufnahme der Versorgung sowie ein Lieferantenwechsel sind vom Kunden nach dem tatsächlichen Aufwand, mindestens jedoch mit einer Pauschale von DM 44,00 zu bezahlen. Erfolgt nach einer Einstellung keine Wiederaufnahme der Versorgung, wird dem Kunden mindestens die Hälfte der vorgenannten Pauschale berechnet."

Der Kläger hatte von der Beklagten die Abgabe einer strafbewährten Unterlassungserklärung hinsichtlich dieser "Wechselgebühr" gefordert (Schreiben vom 15.08.2000, Anlage 8 zur Klageschrift, GA Bd. I, Bl. 44), deren Abgabe die Beklagte verweigerte.

Der Kläger hat vor der Kartellkammer des Landgerichts geltend gemacht, in der Erhebung der Wechselgebühr liege sowohl eine unangemessene Benachteiligung der Tarifkunden als auch eine rechtswidrige Behinderung von Mitbewerbern. Er hat - unbestritten - dargelegt, dass durch die Liberalisierung des Strommarktes eine erhebliche Senkung der Stromkosten erreicht wurde und behauptet, dies werde verhindert, wenn von den Kunden die "Wechselgebühr" verlangt werde oder diese durch konkurrierende Stromanbieter erstattet werde. Der Kläger legt - im Einzelnen unbestritten - dar, dass das Angebot der konkurrie-

Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt

Kartellsenat vom 25.06.2001

1 U (Kart) 1/01

renden Stromanbieter um teilweise mehr als 7 % günstiger sein müsse, damit sich die Wechselgebühr amortisiere (im Einzelnen vgl. Anlage 7 zur Klageschrift, GA Bd. I, Bl. 43).

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die verwendete Klausel verstoße gegen § 9 AGBG und sei im Übrigen mit den § 19 Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 1 GWB sowie § 20 GWB unvereinbar; überdies verstoße die Verwendung der Bestimmung gegen die guten Sitten im Wettbewerb i.S. des § 1 UWG .

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 500.000,00 DM, ersatzweise von Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zur Dauer von 6 Monaten, wobei die Ordnungshaft an dem jeweiligen Vorstand der Beklagten zu vollstrecken ist, zu unterlassen, folgende oder inhaltsgleiche Bestimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Stromlieferverträgen mit Tarifikunden zu verwenden und/oder sich bei der Abwicklung bestehender Vertragsverhältnisse mit Tarifikunden auf folgende Bestimmung zu berufen:

"Einstellung der Versorgung gemäß § 33 AVBEItV sowie Lieferantenwechsel.

Die Kosten der Einstellung und Wiederaufnahme der Versorgung sowie ein Lieferantenwechsel sind vom Kunden nach dem tatsächlichen Aufwand, mindestens jedoch mit einer Pauschale von 44,00 DM, zu bezahlen. Erfolgt nach einer Einstellung keine Wiederaufnahme der Versorgung, wird dem Kunden mindestens die Hälfte der vorgenannten Pauschale berechnet."

2. dem Kläger zu gestatten, die Urteilsformel mit der Bezeichnung und auf Kosten der Beklagten im Bundesanzeiger, im Übrigen auf eigene Kosten, bekannt zu machen,

3. der Beklagten es weiter zu untersagen, bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis 500.000,00 DM ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, wobei die Ordnungshaft an dem jeweiligen Vorstand der Beklagten zu vollstrecken ist, über das Verbot gemäß Ziffer 1 hinaus von Tarifikunden, die mit der Beklagten einen Stromlieferungsvertrag abschließen wollen oder einen Stromlieferungsvertrag abgeschlossen haben, für den Fall, dass diese den Stromlieferungsvertrag beenden und den Stromlieferanten wechseln möchten, eine "Wechselgebühr" oder ein sonstiges Entgelt wegen des Wechsels des Stromlieferanten zu verlangen,

4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 250,56 DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat geltend gemacht, ihr Verhalten sei nicht unbillig, zumal die ihr im Falle eines Lieferantenwechsels entstehenden Kosten - insoweit unstreitig - höher sind, als der abverlangte Betrag von 44,00 DM. Der Grundsatz der Kostenorientierung gebiete, dass konkrete Wechselkosten den Verursachern, d.h. den wechselnden Kunden selbst in Rechnung gestellt würden; eine "Sozialisierung" dieser Kosten sei ihr unzumutbar und führe - gegenüber anderen Stromanbietern - zu einem Wettbewerbsnachteil.

Die Beklagte hat vorgetragen, dass bei einem Lieferantenwechsel der örtliche Netzbetreiber für die Erfassung, Verarbeitung und Weitergabe der Daten im Rahmen der Stromlieferung und Netznutzung zuständig ist, ihm mithin ein Aufwand entstehe, der über die Erstellung einer Endabrechnung deutlich hinausgehe. Die zu veranlassende Endablesung ermögliche nicht nur die Erstellung einer Endabrechnung, sondern sei gleichzeitig Grundlage für die Abrechnung durch den Drittlieferanten. Darüber hinaus erbringe die Beklagte weitere Dienstleistungen, die im Falle einer bloßen Vertragskündigung ohne gleichzeitigen Lieferantenwechsel nicht anfallen würden, insbesondere die Weitergabe der Kundendaten an den Drittlieferanten sowie die aufwendige Zuordnung des Tarifkunden zu einem anderen Bilanzkreis. Dieser Mehraufwand werde durch die Wechselgebühr abgegolten.

In der mündlichen Verhandlung vom 10. November 2000 hat das Landgericht den Parteien Gelegenheit gegeben, zu den dort vorgenommenen Erörterungen bis zum 01.12.2000 ergänzend schriftsätzlich vorzutragen.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Unterlassung der Nutzung der streitgegenständlichen besonderen Vertragsbedingung verurteilt, soweit sie den Fall des Lieferantenwechsels erfasst. Ihr wurde desweiteren untersagt, über dieses Verbot hinaus von Tarifkunden, die mit der Beklagten einen Stromlieferungsvertrag abschließen wollen oder abgeschlossen haben, für den Fall des Lieferantenwechsels eine "Wechselgebühr" oder ein sonstiges Entgelt zu verlangen. Überdies wurde dem Kläger ein Aufwendungsersatzanspruch in Höhe von 250,00 DM sowie die Befugnis zuerkannt, die Urteilsformel mit der Bezeichnung und auf Kosten der Beklagten im Bundesanzeiger und im Übrigen auf eigene Kosten bekannt zu machen.

Das Landgericht hat ausgeführt, dass sich die Berechtigung des Klägers zur Geltendmachung der streitgegenständlichen Ansprüche aus §§ 33 Satz 2 GWB , 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG und 22 Abs. 3 Nr. 2 AGBG ergebe.

Die von der Beklagten verwendete Klausel verstoße gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG . Es handele sich nicht um eine reine Preisregelung, da damit die Kosten der Schlussrechnung erfasst seien, welche nicht auf den einzelnen Kunden abgewälzt werden dürften, sondern als übliche, nach dem gewöhnlichen Verlauf des Vertragsverhältnisses zu erwartende Kosten Teil des Pflichttarifs zu sein hätten. Dem stehe nicht entgegen, dass aufgrund der

Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt

Kartellsenat vom 25.06.2001

1 U (Kart) 1/01

anderweitigen Zuordnung zu Bilanzkreisen weitere Aufwendungen, die über die Erstellung der Schlussrechnung hinausgingen, entstanden seien. Derartige Aufwendungen seien nicht Teil des bestehenden Vertragsverhältnisses, sondern Kosten, die im Vorgriff auf ein künftiges (Netzbenutzungs-) Verhältnis anfielen.

Der Verstoß gegen § 9 AGBG habe hier ausnahmsweise nicht die vollständige Unwirksamkeit der Klausel zur Folge, da der zu beanstandende Teil infolge der Bezeichnung "durch Lieferantenwechsel" sprachlich isoliert herausgetrennt und gesondert beurteilt werden könne.

Das Landgericht geht davon aus, dass das Verlangen der Beklagten missbräuchlich i.S. von § 19 Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 1 GWB sei und gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB verstoße. Die - für Leitungswege marktbeherrschende - Beklagte beeinträchtige die Marktmöglichkeiten ihrer Wettbewerber. Dies sei erheblich, da langfristige Bindungen der Kunden, durch welche sich eine einmalige Wechselgebühr amortisiere auf dem Stromlieferungsmarkt nicht mehr erreicht werden könnten. Ein sachlich gerechtfertigter Grund zur Differenzierung bestehe nicht, da nach der Verbändevereinbarung davon auszugehen sei, dass die anfallenden Kosten weder dem einzelnen wechselnden Kunden auferlegt werden, noch als Teil des Verrechnungspreises den diese Kosten nicht verursachenden verbleibenden Kunden zur Last gelegt werden können. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollten die Ziele einer möglichst sicheren, preisgünstigen und umweltverträglichen Elektrizitätsversorgung dadurch erreicht werden, dass jeder Kunde die für seine Stromversorgung aufzuwendenden Kosten in vollem Umfange mit seinem Strompreis bezahlt. Diesen Intensionen würde es eher gerecht, die Vergleichbarkeit der Preise zwischen den Wettbewerbern dadurch herzustellen, dass die mit dem Wechsel verbundenen zusätzlichen Kosten in die Netznutzungskosten eingestellt würden.

Die Befugnis zur Veröffentlichung des Urteils ergebe sich aus § 18 AGBG , der Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 683 , 670 BGB .

Die Beklagte hat gegen das ihr am 29. Dezember 2000 zugestellte Urteil (GA Bd. II, Bl. 35) mit Schriftsatz vom 26. Januar 2001, eingegangen am 29. Januar 2001, Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 6. Februar 2001 begründet.

Die Beklagte ist der Auffassung, das landgerichtliche Urteil sei verfahrensfehlerhaft zustande gekommen, da durch die Gewährung eines beiderseitigen Schriftsatznachlasses gegen den Mündlichkeitsgrundsatz verstoßen worden sei. Der Urteilsausspruch in Ziffer 3 sei entgegen der zwingenden Bestimmung in § 313 Abs. 1 Nr. 6 ZPO überdies nicht mit Entscheidungsgründen versehen. Das Landgericht habe zudem gegen den Beibringungsgrundsatz verstoßen, indem es ausgeführt habe, dass auch für Kunden, die von vorneherein lediglich die Netzleistung der Beklagten in Anspruch nehmen, ein nicht unerheblicher Anteil der von der Beklagten dargelegten zusätzlichen Einrichtungskosten entstünden.

Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt

Kartellsenat vom 25.06.2001

1 U (Kart) 1/01

Die Wechselgebühr sei - entgegen der Annahme der Kammer - durchaus noch dem ursprünglichen Lieferverhältnis zuzurechnen, da anerkannt sei, dass vertragliche Nebenpflichten auch nach Beendigung des Vertrages fortwirken können.

Die gebotene verursachungsgerechte Kostenverteilung könne nur dadurch erreicht werden, dass die anfallenden Mehraufwendungen demjenigen in Rechnung gestellt würden, welcher tatsächlich Verursacher sei. Durch die Wechselgebühr werde auch keine marktbeherrschende Stellung missbraucht. Es sei insoweit unerheblich, ob die entstehenden Kosten als Vertriebskosten oder allgemeine Vertragskosten bezeichnet würden; die Klägerin sei nicht verpflichtet, diese zu "sozialisieren", d.h. auch den nicht wechselnden Kunden anteilig mit Aufwendungen zu belasten, die durch wechselnde Kunden verursacht würden.

Die Beklagte beantragt,

1. das Urteil des Landgerichts Magdeburg vom 22.12.2000, Az.: 7 O 49/00 , teilweise abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen;
2. der Kläger trägt die Kosten beider Rechtszüge.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und vertieft seinen Vortrag.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie wurde insbesondere frist- und formgerecht eingelegt und begründet. In der Sache hat sie keinen Erfolg.

1. Das angefochtene Urteil des Landgerichts Magdeburg ist nicht aufgrund eines Verfahrensfehlers aufzuheben. Die Verfahrensrügen der Beklagten sind teilweise unbegründet; überdies ist der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz in der Sache entscheidungsreif, so dass der Senat auch insoweit, als eine verfahrensfehlerhafte Behandlung in Betracht käme, gehalten ist, eine eigene Sachentscheidung zu treffen (§ 540 ZPO).

1.1. Die Beklagte rügt zu Unrecht, das angefochtene Urteil enthalte bezüglich Ziff. 3. des Urteilstenors keine Begründung und verstoße daher gegen § 313 Abs. 1 Nr. 6 ZPO . Soweit der Beklagten untersagt wurde, bei Meidung von Ordnungsmitteln eine "Wechselgebühr" oder ein sonstiges Entgelt wegen des Wechsels des Stromlieferanten zu verlangen, findet sich die Begründung in Ziff. IV und V des angefochtenen Urteils. Ziffer IV bezieht

Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt

Kartellsenat vom 25.06.2001

1 U (Kart) 1/01

sich ausdrücklich auf das Verlangen der Beklagten nach einer "Wechselgebühr" als solcher, welche durch die konkrete Klausel nur "zum Ausdruck kommt". Dementsprechend wird unter Ziff. IV 3. ausdrücklich die Wettbewerbswidrigkeit derartiger Praktiken als solche begründet. Entsprechendes gilt hinsichtlich Ziff. V 2. (vgl. zu Vorgenanntem S. 11, 14 des Landgerichtsurteils, GA Bd. II, Bl. 12, 15).

1.2. Das Landgericht hat auch nicht gegen den Beibringungsgrundsatz verstoßen, indem es seine Entscheidung u.a. damit begründete, dass auch für die Kunden, die lediglich die Netzleistung der Beklagten in Anspruch nehmen, ein nicht unerheblicher Anteil der von der Beklagten dargelegten zusätzlichen Einrichtungskosten entstehen. Die Beklagte selbst hat in ihrem Schriftsatz vom 30.11.2000 vereinzelt dargetan, welche Leistungen der Netzbetreiber gegenüber einem wechselnden Kunden bzw. dessen Lieferanten erbringen muss (vgl. GA Bd. I, Bl. 164 ff., insbesondere S. 168 ff.). Sie hat überdies eine "Prozessbeschreibung zum Lieferantenwechsel durch Kleinkunden" vorgelegt (Anlage B 10, GA Bd. I, Bl. 181 ff.) und damit zum Gegenstand ihres Vortrages gemacht, in welcher die notwendigen Handlungsschritte des Netzbetreibers im Einzelnen dargetan sind. Da es sich hierbei um allgemeine Ausführungen handelt, konnte das Landgericht hieraus unzweifelhaft den Schluss ziehen, dass ein nicht unerheblicher Anteil der von der Beklagten dargelegten zusätzlichen Einrichtungskosten auch bei solchen Kunden anfällt, die von vornherein lediglich die Netzleistung der Beklagten in Anspruch nehmen.

Überdies kann sich die Beklagte auf den entsprechenden formalen Einwand auch deshalb nicht zurückziehen, weil sie den Ausführungen des Landgerichts in der Sache auch in der Berufungsinstanz nicht entgegengetreten ist, obwohl der Kläger sich die entsprechenden Ausführungen spätestens mit der Berufungserwiderung, dort unter Ziff. 2 c zu Eigen gemacht hat (vgl. GA Bd. II, Bl. 114, 115 d.A.). Mithin sind die entsprechenden Feststellungen des Landgerichts jedenfalls in der Berufungsinstanz unstreitig.

1.3. Inwieweit das Landgericht durch die Gewährung eines beiderseitigen Schriftsatznachlasses gegen den Mündlichkeitsgrundsatz des § 128 Abs. 1 ZPO verstoßen hat, mag dahinstehen; obschon es zweifelhaft ist, ob die Voraussetzungen für die Gewährung eines Schriftsatznachlasses nach § 283 ZPO vorlagen, da sich die Parteien ausweislich des Terminsprotokolls weder mit einem entsprechenden Verfahren einverstanden erklärt, noch diesbezügliche Anträge gestellt haben (vgl. das Sitzungsprotokoll vom 10. November 2000), ist dies unerheblich. Die Beklagte hatte jedenfalls in der Berufungsinstanz Gelegenheit, zu den nachgereichten Schriftsätzen mündlich zu verhandeln, ohne dass dies zu einem ihr günstigeren Ergebnis geführt hätte.

2. Das angefochtene Urteil ist auch in materiellrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden.

2.1. Der Kläger hat gegen die Beklagte aus § 33 GWB i.V.m. § 19 Abs. 1, 4 Nr. 4 GWB sowie i.V.m. § 20 Abs. 1 GWB einen Anspruch auf Unterlassung der Erhebung einer Wechselgebühr entsprechend dem Ausspruch in Ziffer 3 des Tenors der angefochtenen

Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt

Kartellsenat vom 25.06.2001

1 U (Kart) 1/01

Entscheidung und damit insbesondere - soweit das Landgericht hierauf erkannt hat (Ziffer 1 des Urteilstenors) - einen Anspruch auf Unterlassung der Benutzung der streitgegenständlichen Klausel in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

2.1.1. Das beanstandete Verhalten der Beklagten ist einer kartellrechtlichen Überprüfung nicht entzogen. Dem steht nicht entgegen, dass die beanstandete Klausel durch Bescheid vom 13.03.2000 (Anlage B 2, GA Bd. I, Bl. 90) des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie des Landes Sachsen-Anhalt genehmigt wurde. Dass das Ministerium insoweit - entgegen der missverständlichen Darstellung der Beklagten in erster Instanz - nicht als Landeskartellbehörde gehandelt hat, ergibt sich aus dem Inhalt des von der Beklagten vorgelegten Bescheids. Die hier erfolgte Genehmigung nach § 13 Abs. 2 BTOElt schließt eine kartellrechtliche Überprüfung gerade nicht aus, da die Überwachung der Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes durch die zuständigen Landesbehörden neben eine Kontrolle nach dem GWB tritt (Möschel WuW 1999, 5, 13f), wie sich im übrigen auch aus § 6 Abs. 1 S. 4 EnWG, welcher auf die §§ 19 Abs. 4, 20 Abs. 1 GWB Bezug nimmt, ergibt (vgl. Britz in Ludwig/Odenthal, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, Loseblattsammlung Stand Mai 2000, § 6 EnWG Rn. 91 ff). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass eine Prüfung der Angemessenheit der Kundentarife eine gänzlich andere Zielrichtung hat, als die Prüfung der wettbewerblichen Auswirkungen von Tarifen. Dies wird gerade an dem hier zu entscheidenden Fall deutlich. Der Kläger argumentiert eben nicht damit, dass das Entgelt angesichts der von der Beklagten dargelegten Aufwendungen als solches überhöht sei, sondern im Hinblick auf die Auswirkungen dieses Wechselentgeltes auf den Wettbewerb.

2.1.2. Der Kläger ist ein rechtsfähiger Verband zur Förderung gewerblicher Interessen im Sinne des § 33 GWB und als solcher befugt, Ansprüche aus dieser Vorschrift geltend zu machen. Zur Aktivlegitimation des Klägers, welche von der Beklagten nicht in Abrede gestellt wird, ist es nicht erforderlich, ob die Interessen einzelner Mitglieder berührt sind (Bechthold, GWB, 3. Aufl., § 33 Rn. 10 unter Hinweis auf BGH WuW/E 2977 ff. 2978f; v. Gamm, WRP 1987, 290 ff, 291), was hier im übrigen der Fall ist. Nach dem unbestrittenen Vortrag des Klägers sind auch Unternehmen, die ihm unmittelbar oder vermittelt durch den Hauptverband des Deutschen Einzelhandels e. V. als Mitglied angehören, auf dem Strommarkt tätig und daher von dem beanstandeten Verhalten der Beklagten betroffen.

2.1.3. Sowohl bei § 19 GWB als auch bei § 20 GWB handelt es sich um Vorschriften, die den Schutz eines anderen i.S.d. § 33 GWB bezwecken. § 19 Abs. 1, 4 GWB schützt denjenigen, der durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung geschädigt wird; § 20 GWB ist Schutzgesetz zugunsten der Unternehmen, die behindert oder diskriminiert werden (Bechthold a.a.O., § 33 Rn. 4).

2.1.4. Die Beklagte ist Normadressatin der §§ 19 und 20 GWB. Sie ist zum einen Stromlieferantin und als solche der Konkurrenz anderer Stromlieferanten ausgesetzt. Anderer-

Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt

Kartellsenat vom 25.06.2001

1 U (Kart) 1/01

seits ist sie aber auch Netzbetreiberin und als solche marktbeherrschend i.S. d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB , weil sie in ihrem Netzgebiet über ein natürliches Monopol verfügt.

Der sachlich relevante Markt ist dabei die Bereitstellung von Netzleistungsdienstleistungen durch den Netzbetreiber (vgl. den Bericht der "Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder" vom 19. April 2001, vorgelegt als Anlage K 11 zum Schriftsatz vom 10. 05. 2001, im Folgenden zitiert als "Arbeitsgruppe", Seite 8 unter Hinweis auf BKartA WuW/DE-V 149 "Berliner Stromdurchleitung"; Lutz, RdE 1999, 192 , 106; Schultz in Langen/Bunte, GWB, 9. Auflage, § 19 Rn 152), wobei sich die Existenz eines solchen Marktes bereits aus § 6 EnWG ergibt. Hiernach wird den Betreibern derartiger Netze auferlegt, ihr Versorgungsnetz für Durchleitungen zur Verfügung zu stellen. Der räumlich relevante Markt ergibt sich aus der geographischen Lage der Energieversorgungsnetze (Arbeitsgruppe S. 8).

Es spricht einiges dafür, dass der Beklagten auch auf dem Markt für die Belieferung von Endkunden eine marktbeherrschende Stellung zukommt, soweit dieser räumlich mit dem Bereich ihres Stromnetzes identisch ist. Die Beklagte hat früher unstreitig alle Endkunden versorgt und daher einen ganz erheblichen Teil an "Altkunden" übernommen, zumal auch das bestehende Liefernetz als im Wettbewerb vorteilhafter Faktor in die Abwägung einzu beziehen wäre. Hinreichende Angaben, um dies abschließend zu beurteilen - insbesondere verifizierbare Angaben über Marktanteile, Finanzkraft u.s.w. (vgl. Möschel WuW 1999, S. 4 ff, 9) - fehlen allerdings. Einer weiteren Aufklärung bedurfte es jedoch nicht, da die marktbeherrschende Stellung auf dem Markt der Netzleistungsdienstleistungen bereits ausreichend ist, um die Anwendbarkeit der §§ 19 , 20 GWB hier zu rechtfertigen.

2.1.5 Die Erhebung einer Wechselgebühr stellt eine unbillige Behinderung anderer Stromlieferanten im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB dar und - da ein behinderndes Entgelt niemals angemessen im Sinne des § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 4 GWB sein kann (zutreffend: Arbeitsgruppe, S. 49) - zugleich einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung i.S.d. § 19 Abs. 1 GWB .

2.1.5.1. Eine Behinderung liegt immer dann vor, wenn eine Maßnahme für das Wettbewerbsverhalten des betroffenen Unternehmens nachteilig ist (BGHZ 81, 322 ff, 327 "Original-VW-Ersatzteile II"; BGHZ 116, 47 ff, 57 "Amtsanzeigen"; BGH BB 1998, 2334 "Schilderpräger im Landratsamt"). Dies steht hier außer Frage. Angesichts der unstreitig geringen Tarifunterschiede zwischen den Anbietern liegen die zu erwartenden Einsparungen wechselwilliger Kunden für eine Vielzahl von Kunden in einem Bereich, in welchem die Erhebung einer "Wechselgebühr" geeignet ist, den Anreiz zum Wechsel des Stromlieferanten in einem erheblichen Umfange herabzusetzen, wenn nicht ganz zu unterbinden.

Für das Vorliegen einer Behinderung i.S. des § 20 GWB ist irrelevant, ob das Wechselentgelt vom Stromkunden oder vom neuen Lieferanten verlangt wird. Das Gesetz untersagt gleichermaßen die mittelbare wie die unmittelbare Behinderung, da es für die behindernde

Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt

Kartellsenat vom 25.06.2001

1 U (Kart) 1/01

Wirkung keinen Unterschied macht, ob direkt beim Kunden ein Entgelt für den Wechsel zu einem anderen Versorgungsunternehmen eingefordert wird, oder ob das betroffene Unternehmen dieses selbst bezahlen muss. In beiden Fällen wird an den Wechsel zu einem anderen Versorgungsunternehmen ein wirtschaftlicher Nachteil geknüpft, der die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten des neuen Lieferanten schmälert (Verfügung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Technologie als Landeskartellbehörde vom 12. November 2000, Geschäftsnummer: 555 d 5-W/1 b-36409, vorgelegt als Anlage K 10, GA Bd. II, Bl. 106 ff., dort S. 3, 4; LG Düsseldorf, Urteil vom 16.05.2001, Geschäftsnummer: 12 O 395/00, vorgelegt als Anlage zum Schriftsatz des Klägers vom 28.05.2001, GA Bd. III, Bl. 49 ff., Bl. 59).

2.1.5.2. Die Behinderung ist auch unbillig. Ob dies der Fall ist, ergibt sich aus einer umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB (BGH GRUR 2000, 344; Bechthold, a.A. O., § 20, Rn. 36 jeweils m.w.N.).

2.1.5.2.1. Entsprechend dem Vortrag der Beklagten ist dabei davon auszugehen, dass die Inrechnungstellung von Wechselkosten im Interesse ihres Geschäftsbereiches "Netz" erfolgt, und nicht im Interesse des Geschäftsbereiches "Vertrieb". Dies ergibt sich insbesondere aus den Darlegungen der Beklagten im Schriftsatz vom 30.11.2000. Dort hat sie der Behauptung des Klägers, die erhobene Gebühr diene der Abgeltung der Änderung der Endablesung, ausdrücklich widersprochen (GA Bd. I, Bl. 165 ff.). Die im einzelnen dargelegten Schritte bei einem Lieferantenwechsel gehen nur insoweit über die "üblichen" Aufwendungen, die ein Vertragspartner bei Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses hat, hinaus, als die Beklagte aufgrund ihrer Doppelstellung als Stromlieferant und Netzbetreiber in ihrer letztgenannten Funktion für die Zuordnung des Kunden zu dem jeweils "richtigen" Bilanzkreis und damit zusammenhängende Verwaltungsaufgaben zuständig ist.

2.1.5.2.2. Bei der vor diesem Hintergrund durchzuführenden Abwägung ist neben den Interessen der Beklagten auch das Interesse der wechselwilligen Kunden sowie derjenigen, die Kunden der Klägerin bleiben wollen, in die Abwägung einzubeziehen (LG Düsseldorf a.A. O., GA Bd. III, Bl. 59 ff.; Arbeitsgruppe S. 49, 50, GA Bd. III, Bl. 27). Die Abwägung geht dabei im Ergebnis zu Lasten der Beklagten aus.

Die Beklagte hat als Stromlieferant ein erhebliches Interesse an der Wechselgebühr, da hierdurch eine Schranke für den Kundenwechsel aufgebaut wird. Dieses Interesse an einer Beschränkung des Wettbewerbes durch Errichtung von Marktzutrittsschranken ist allerdings angesichts der auf Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB nicht berücksichtigungsfähig (Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Verkehr und Technologie als Landeskartellbehörde, Untersagungsverfügung vom 10. November 2000, S. 10, GA Bd. I, Bl. 135). Demgegenüber besteht bei anderen Lieferanten ein erhebliches und schützenswertes Interesse an einem ungehinderten und diskriminierungsfreien Markt-

Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt

Kartellsenat vom 25.06.2001

1 U (Kart) 1/01

zutritt. Ungeachtet des Umstandes, dass die Errichtung von Marktzutrittsschranken durch marktbeherrschende Unternehmen ohnehin der Intention des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen widerspricht, ist hierbei von besonderer Bedeutung, dass es eindeutige Intention das EnWG 1998 war, Wettbewerb auf dem bis dahin weitgehend monopolistisch strukturierten Strommarkt zu erreichen (hierzu ausführlich Bündenbender JZ 1999, 62 ff sowie Möschel WuW 1999, 5). Diese gesetzgeberische Grundentscheidung ist unzweifelhaft bei der Auslegung des GWB mit einzubeziehen (BKartA Vfg. vom 31.08.1999, Az. B-8-40100 - T - 99/99, zitiert nach juris).

Die Beklagte hat in ihrer Eigenschaft als Netzbetreiberin allerdings ein legitimes Interesse daran, dass sie für die in dieser Funktion von ihr zu tätigen Aufwendungen aus Anlass eines Kundenwechsels einen angemessenen Ausgleich erhält. Wie das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Verkehr und Technologie als Landeskartellbehörde in der Untersagungsverfügung vom 10. November 2000 (a.a.O.) allerdings zu Recht ausführt, besteht ein wirtschaftliches Interesse des Netzbetreibers, die wechselbedingten Mehrkosten (pauschaliert) gerade dem Kunden in Rechnung zu stellen, der künftig von einem anderen Versorgungsunternehmen beliefert wird, nicht (Untersagungsverfügung S. 8, GA Bd. II, Bl. 133). Zutreffend führt es aus, dass das gleiche wirtschaftliche Ergebnis - voller Ersatz der Mehrkosten - sich auch dadurch erzielen lasse, dass die Mehraufwendungen in das Nutzungsentgelt der jeweiligen Spannungsebenen eingerechnet und auf alle Nutzer dieser Spannungsebene umgelegt werde, also dadurch, dass diese Kosten "sozialisiert" werden. Der Grundsatz der Kostenorientierung, der sich aus §§ 1 , 12 BTO/Elt ergibt, wird hierdurch entgegen der Auffassung der Beklagten nicht tangiert. Die Sozialisierung von besonderen Aufwendungen ist auch nach der derzeit praktizierten Handhabung nicht ungewöhnlich und wird beispielsweise bei Tod oder Umzug praktiziert. Wieso gerade der Fall des Lieferantenwechsels anders zu beurteilen und mit dem Grundsatz der Kostenorientierung nicht in Übereinstimmung zu bringen sein soll, erschließt sich dem Senat daher nicht. Zwar ist der Beklagten zuzugestehen, dass die Aufwendungen bei einem Lieferantenwechsel insoweit ungleich höher sind, jedoch handelt es sich dabei nur um ein graduelles, nicht um ein grundsätzliches Problem. Die ordentliche Vertragskündigung ist eine vom Gesetzgeber gewollte und sanktionierte Möglichkeit der Vertragsbeendigung und muss daher im Hinblick auf die Tarifstruktur grundsätzlich gleich behandelt werden wie andere Beendigungsgründe, beispielsweise eine außerordentliche Kündigung wegen Umzugs.

Andererseits ist es für den Netzversorger aufgrund der bereits zitierten gesetzgeberischen Grundentscheidung für einen diskriminierungsfreien Wettbewerb zwingend geboten, anfallende Aufwendungen wettbewerbsneutral umzulegen. Eine Tarifstruktur, welche selektiv den Wettbewerb gerade dort behindert, wo ein Wechsel zu einem anderen Stromlieferanten geplant ist, ist damit nicht zu vereinbaren. Die dem Netzbetreiber erwachsenden Aufwendungen durch das (wettbewerbsrechtlich erwünschte!) "Tarifhopping" erwachsen auch und in gleicher Weise wie von der Beklagten dargelegt, wenn die Beklagte als Stromlieferantin überhaupt nicht an dem Vorgang beteiligt ist, wie beispielsweise beim Wechsel von

Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt

Kartellsenat vom 25.06.2001

1 U (Kart) 1/01

einem Drittlieferanten zu einem anderen. Entsprechendes gilt auch, wenn ein Kunde von einem Drittlieferanten zu der Beklagten wechselt. Die hier beanstandete Wechselgebühr fällt in diesen Fällen nicht an, so dass das beanstandete Verhalten keine andere Funktion hat, als durch Ausnutzung der Monopolstellung im Bereich "Netz" einseitig den Wettbewerb des Geschäftsbereiches "Vertrieb" der Beklagten zu fördern. Selbst wenn jedoch die Beklagte als Netzbetreiberin - losgelöst von den Stromlieferungsverträgen - eine allgemeine Wechselgebühr verlangen sollte, würde dies nicht zu einer anderen Beurteilung führen können. Hierbei kann nicht unbeachtet bleiben, dass durch die Weiterversorgung eines großen Teils der "Altkunden", die noch aus Zeiten eines monopolistisch ausgerichteten Stromlieferungsmarktes bei der Beklagten verblieben sind, auch eine solche Gebühr de facto zu einer wettbewerblichen Bevorteilung des Stromvertriebes der Beklagten - und damit einhergehend einer Behinderung ihrer Wettbewerber - führt.

Auch die Interessen der nicht wechselbereiten Kunden der Beklagten rechtfertigen die Erhebung einer Wechselgebühr nicht. Zutreffend weist die Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden darauf hin, dass der Grundsatz verursachungsgerechter Kostenzuordnung kein Selbstzweck ist, sondern auf die kostenmäßige Auswirkung auf den Strombezug insgesamt - auch für diese Gruppe - abzustellen ist (Arbeitsgruppe S. 50 f). Hierbei ist von der gesetzgeberischen Wertung auszugehen, die darauf abstellt, dass durch den Wettbewerb und die Erzielung wettbewerbsgerechter Preise insgesamt eine - auch preislich - optimale Versorgung der Verbraucher gewährleistet ist. Diese Erwartung hat sich auch erfüllt. So hat Büdenbender schon 1999 darauf hingewiesen, dass die Energieversorgungsunternehmen zur Vorbereitung auf den Wettbewerb Kostenmanagement betrieben, Organisationsstrukturen gestrafft und in erheblichem Umfang Personal abgebaut haben, wodurch bei den größten Energieversorgungsunternehmen Kostenentlastungen in Höhe von zweistelligen Milliarden DM erreicht wurden und - bei andauerndem Rationalisierungsprozess - eine spürbare Senkung der Energiepreise erreicht wurde (JZ 1999, 62 ff). Dem entspricht es, wenn das Landgericht Düsseldorf (Urteil vom 16.05.2001 a.a.O., S. 13) auf die im dortigen Verfahren vorgelegte Pressemitteilungen der Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke vom 02.05.2000 und 27.03.2000 verweist, wonach die Stromrechnung eines Drei-Personen-Musterhaushaltes im Zuge der Liberalisierung des deutschen Strommarktes von April 1998 bis April 2000 um 14 % gesunken ist und diese Stromrechnung sogar um 25 % niedriger hätte ausfallen können, wenn nicht die Steuern stark erhöht worden wären. Der Kläger hat als Anlage K 12 zum Schriftsatz vom 16.05.2001 (GA Bd. 3 Bl. 43) eine Pressemitteilung der Beklagten selbst vorgelegt, wonach die im Zuge der "Ökosteuer" angefallene Erhöhung der Energiepreise nicht an die Kunden der Beklagten weitergegeben wurde, und trägt unbestritten vor, dies sei zu Monopolzeiten undenkbar gewesen. Die Erwartung, dass auch die nicht wechselbereiten Kunden von dem Wettbewerbsdruck der wechselwilligen Kunden profitieren, ist daher begründet. Ein relevantes Interesse dieser Kundengruppe an der "Wechselgebühr" vermag der Senat von daher nicht zu erkennen.

Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt

Kartellsenat vom 25.06.2001

1 U (Kart) 1/01

Dass die wechselwilligen Kunden selbst kein Interesse an einer entsprechenden Gebühr haben, bedarf keiner weiteren Begründung.

2.1.5.2.3. Selbst wenn man zugrundelegt, dass die in Rechnung gestellten Aufwendungen jedenfalls teilweise auch für Aufwendungen des Geschäftsbereiches "Vertrieb" der Beklagten getätigt werden, ergibt sich keine für die Beklagte günstigere Beurteilung. Die Beklagte übt die marktbeherrschende Stellung als Netzbetreiber missbräuchlich aus, wenn sie bei einem Wechsel des Stromlieferanten Gebühren verlangt, die teilweise oder ganz ihrem Vertriebsbereich zuzuordnen sind (LG Hamburg a.a.O. S. 10)

2.2. Das Landgericht hat dem Kläger zu Recht gestattet, gem. § 18 AGBG die Urteilsformel in der erkannten Weise bekannt zu machen. Der Kläger ist auch legitimiert, Ansprüche aus dem AGBG geltend zu machen (§ 22 Abs. 3 Nr. 2 AGBG). Die beanstandete Klausel verstößt gegen die Grundgedanken der gesetzlichen Regelung und ist daher nach § 9 Abs. 1, 2 Nr. 1 AGBG unwirksam.

Mit zutreffender Argumentation, welche sich der Senat zu eigen macht, geht das Landgericht davon aus, dass es sich bei der beanstandeten Klausel nicht um eine der Nachprüfung entzogene Preisklausel handelt.

Die Kosten der Erstellung der eigenen Schlussrechnung dürfen nicht auf den Kunden abgewälzt werden, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat (LGU S. 8, GA Bd. 2. Bl. 9).

Mit den Grundgedanken des bürgerlichen Rechts ist es auch nicht zu vereinbaren, dass sich ein Vertragspartner Aufwendungen erstatten lässt, die zumindest teilweise außerhalb des bestehenden Vertragsverhältnisses im Vorgriff auf ein künftiges (anderweitiges) Vertragsverhältnis entstehen. Dies ist hier der Fall, wie sich aus den auch hier zutreffenden Ausführungen in dem angefochtenen Urteil ergibt. Aus den Darlegungen der Beklagten ergibt sich, dass ein erheblicher Teil der mit der Wechselgebühr abgegoltenen Aufwendungen im Hinblick auf das (künftige) isolierte Netzbenutzungsverhältnis getätigt werden. Die Argumentation der Beklagten, diese erfolge, um "nachvertraglichen" Pflichten zu genügen, ist verfehlt. Die Pflicht, ihr Netz weiter (diskriminierungsfrei) zur Verfügung zu stellen und die hierfür gebotenen Vorkehrungen zu treffen, folgt aus § 6 EnWG sowie den kartellrechtlichen Vorschriften der §§ 19 Abs. 1 , 4 und 20 Abs. 1 GWB und nicht aus dem (bisherigen) Stromlieferungsvertrag.

2.3. Der - gem. § 287 ZPO angemessen durch das Landgericht geschätzte - Aufwendungsersatzanspruch des Klägers folgt aus §§ 683 , 670 BGB .

3. Das Rechtsmittel der Beklagten hat auch keinen Erfolg, soweit sie die erstinstanzliche Kostenentscheidung angreift. Ungeachtet der Frage, welchen Umfang der abgewiesene Teil der Klage im Rahmen der rechtlichen Erörterung in der mündlichen Verhandlung in Anspruch nahm, ist der Ansicht des Landgerichts, dass nach dem hier maßgeblichen Inte-

Urteil des OLG des Landes Sachsen-Anhalt

Kartellsenat vom 25.06.2001

1 U (Kart) 1/01

resse des Klägers das Unterliegen als so geringfügig einzuschätzen ist, dass von der Vorschrift des § 92 Abs. 2 ZPO Gebrauch gemacht werden konnte, nicht entgegen zu treten.

4. Die Kostenentscheidung im Berufungsverfahren beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO . Die weiteren Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 546 Abs. 2 , 708 Nr. 10 , 711 ZPO .

Urteil des OLG Karlsruhe 9. Zivilsenat vom 22.03.2001

9 U 110/00

Normen: § 242 BGB, § 535 BGB, § 626 BGB

Fristlose Kündigung eines Mietvertrags mit einem Schilderpräger: Unzumutbarkeit der Vertragsfortführung nach Exzess im Konkurrenzkampf von Nachbarmietern

Leitsatz

Verschafft sich der Mieter gewaltsam den Zutritt in die an eine Konkurrentin überlassenen Mieträume, um dort Gegenstände auszuräumen, kann dem Vermieter unter Berücksichtigung seiner vertraglichen Verpflichtung gegenüber der Mieterin die Vertragsfortsetzung mit dem Mieter nicht zugemutet werden.

Fundstellen

GuT 2004, 174-175 (Leitsatz und Gründe)

OLGR Karlsruhe 2004, 517-518 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

nachgehend BGH 12. Zivilsenat, 11. August 2004, Az: XII ZR 101/01

Tenor

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts K vom 10.05.2000 abgeändert und festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin jeglichen aufgrund Nichterfüllung des Mietvertrages vom 27.09./15.10.1996 in der Zeit vom 01.01.1999 bis 05.11.2000 entstandenen Schaden zu ersetzen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz hat der Beklagte zu tragen, die Kosten des Berufungsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 2.500,00 DM abwenden, es sei denn die Klägerin leistet vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit. Beide Parteien können die ihnen obliegende Sicherheitsleistung durch selbstschuldnerische, unbedingte, unbefristete und unwiderrufliche Bürgschaft eines allgemein als Zoll- und Steuerbürge zugelassenen Kreditinstituts erbringen
4. Die Beschwer der Klägerin übersteigt 60.000,00 DM, die des Beklagten beträgt 40.000,00 DM.

Tatbestand

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Mietvertrages sowie auf Erfüllung in Anspruch. Der Beklagte bestreitet das Zustandekommen eines Mietvertrages.

Die Klägerin unterhält ein bundesweites Filialnetz zur Herstellung von Autoschildern. Der Beklagte, Rechtsnachfolger des ... (künftig ...), beabsichtigte, in K ein Gebäude für eine neue Prüfanlage und für eine Zulassungsstelle des Landratsamtes zu errichten. Am 27.09.1996 schlossen die Klägerin und der ... einen Rahmenvertrag, der den ... verpflichtete, der Klägerin an Orten, an denen eine Zweitprägestelle für Kraftfahrzeugkennzeichen erforderlich ist, einen Raum von 30 qm bis 40 qm in nächstmöglicher Lage zum Ausgang der Zulassungsstelle zu vermieten. Die Einzelheiten des jeweiligen Objekts sollte dem Abschluss von Standortverträgen vorbehalten bleiben.

Am 27.09./15.10.1996 schlossen die Klägerin und der ... für das Objekt K einen "Mietvertrag" unter Bezugnahme auf den "Rahmenvertrag vom 27.09.1996, in dem alle wesentlichen Vertragsbestimmungen vereinbart" seien. "Für alle in diesem Mietvertrag nicht ausgeführten Punkte hat der Rahmenvertrag Gültigkeit". Nach § 1 des Vertrages wird die Klägerin als Zweitpräger eingesetzt. Bezüglich der Räumlichkeiten heißt es: "Der gemietete

Raum befindet sich gemäß Lageplan in unmittelbarer Nähe der Räumlichkeiten der Kfz-Zulassungsstelle." Als Mietzins wurde eine Umsatzbeteiligung gemäß Rahmenvertrag vereinbart. In § 4 heißt es: "Dieser Mietvertrag läuft entsprechend den mietvertraglichen Vereinbarungen mit der Kfz-Zulassungsstelle K." Die vorgesehene Mietdauer für die Kfz-Zulassungsstelle wurde ebenso wenig ausgefüllt wie die Laufzeit einer Option. Insoweit ist vermerkt "wird noch festgelegt".

Das Gebäude wurde bis Ende 1998 fertiggestellt; die Kfz-Zulassungsstelle eröffnete Ende Dezember 1998. Mit Schreiben vom 18.11.1998 teilte die Klägerin unter Bezugnahme auf die in Kürze erfolgende Betriebsaufnahme mit, dass sie trotz fehlender Nachricht davon ausgehe, dass sie ihren Raum beziehen könne. Mit Antwortschreiben vom 18.11.1998 zeigte sich die T GmbH erstaunt, da der Klägerin zumindest mündlich mitgeteilt worden sei, dass in Konstanz lediglich eine Prägestelle zur Ausführung komme, die entsprechend dem Rahmenvertrag an die Firma ... vergeben worden sei. Nach weiterer Korrespondenz hat die ... mit Schreiben vom 15.04.1999 den Standortmietvertrag gemäß § 4 Ziff. 5 des Rahmenvertrages aus dringenden betrieblichen Erfordernissen zum 31.10.1999 gekündigt.

Die Klägerin hat sich auf den Standpunkt gestellt, der Mietvertrag sei wirksam, sein Inhalt auch hinreichend bestimmt, die ausgesprochene Kündigung des Beklagten hingegen unwirksam, da der behauptete Kündigungsgrund nicht bestehe.

Die Klägerin hat beantragt,

festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin jeglichen aufgrund Nichterfüllung des Mietvertrages vom 27.09./15.10.1996 entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat sich auf den Standpunkt gestellt, zu einem Mietvertrag sei es nicht gekommen, da die Parteien sich nicht über alle Punkte des Vertrages geeinigt hätten (§ 154 BGB). Für die Zulassungsstelle K sei kein Zweitpräger erforderlich. Im Übrigen habe die Klägerin einen angebotenen anderen Standort entgegen der Vereinbarung im Rahmenvertrag nicht angenommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat das Zustandekommen eines Mietvertrages verneint. Wegen der weiteren Einzelheiten, auch zum Sachverhalt, wird auf das Urteil Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung.

Mit Schriftsatz vom 02.11.2000 hat der Beklagte fürsorglich den Mietvertrag mit der Klägerin fristlos gekündigt. Diese Kündigung wird darauf gestützt, dass zwischen der Klägerin und der ... ein Konkurrenzkampf entbrannt sei, in dessen Verlauf der Geschäftsführer der Klägerin in einen von einem Dritten angemieteten Prägeraum der ... durch gewaltsames Öffnen, Zerstören des Türschlosses und Inbesitznahme des Generalschlüssels eingedrungen sei und die Gegenstände ausgeräumt habe. Diesen auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 05.10.1999 gestützten Sachverhalt hat die Klägerin nicht bestritten.

Die Klägerin ergänzt und vertieft ihr Vorbringen erster Instanz und beantragt,

auf die Berufung der Klägerin das Urteil des Landgerichts K vom 10.05.2000 abzuändern und

1.) festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin jeglichen aufgrund Nichterfüllung des Mietvertrages vom 27.09/15.10.1996 entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen;

2.) den Beklagten zu verurteilen, der Klägerin den Raum mit ca. 25 qm in dem derzeit an die ... vermieteten Gebäude unmittelbar neben der Kfz-Zulassungsstelle in der ... in K mit sämtlichen Schlüsseln zu übergeben;

3.) hilfsweise den Beklagten zu verurteilen, mit der Klägerin einen Gewerberaummietvertrag über das im Klagantrag Ziff. 2 genannte Objekt zu einer Umsatzbeteiligung gemäß § 3 Ziff. 2 des Rahmenvertrages zwischen den Parteien vom 27.09.1996 mit der Mietlaufzeit zuzüglich Option wie im Mietvertrag der Beklagten mit der Kfz-Zulassungsstelle K und im Übrigen zu den Bedingungen nach Maßgabe des Mietvertrages vom 27.09/15.10.1996 in Verbindung mit dem vorgenannten Rahmenvertrag abzuschließen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er ergänzt sein Vorbringen erster Instanz und nimmt auf das Urteil des Landgerichts Bezug, das er für richtig hält.

Wegen der Einzelheiten des beiderseitigen Vorbringens im Berufungsverfahren wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, jedoch nur zum Teil begründet. Der Beklagte ist der Klägerin wegen Nichterfüllung des Mietvertrages zum Schadensersatz verpflichtet, jedoch nur bis zum Zugang der fristlosen Kündigung gemäß Schriftsatz vom 02.11.2000. Im Übrigen ist die Klage unbegründet und deshalb die weitergehende Berufung zurückzuweisen.

Die Feststellungsklage ist zulässig, im Berufungsverfahren ist dies auch nicht mehr streitig. Sie ist begründet, soweit die Klägerin die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung des Beklagten für die Zeit von Anfang 1999 bis 05.11.2000 begehrt. Im Übrigen ist sie unbegründet.

Die Parteien haben am 27.09./15.10.1996 einen wirksamen Mietvertrag geschlossen. Soweit regelungsbedürftige Punkte in diesem Vertrag nicht geregelt sind, nimmt er auf den Rahmenvertrag vom 27.09.1996 Bezug, dessen Wirksamkeit nicht streitig ist. Als Miete wurde eine Umsatzbeteiligung gemäß Rahmenvertrag vereinbart. Auch die Mietzeit ist bestimmt. Nach § 4 gilt insoweit die mietvertragliche Vereinbarung mit der Kfz-Zulassungsstelle K. Das bedeutet, dass automatisch die von dem Beklagten mit der Zulassungsstelle K getroffene mietvertragliche Vereinbarung bezüglich der Mietzeit auch für den Vertrag der Parteien gilt. Die Räumlichkeiten sind, auch im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag hinreichend bestimmt. Nach dem Mietvertrag in Verbindung mit dem Rahmenvertrag befindet sich der der Klägerin zur Verfügung zu stellende Raum in unmittelbarer Nähe der Räumlichkeiten der Kfz-Zulassungsstelle. Er muss eine Größe von 30 qm bis 40 qm haben. Im Übrigen konnte der Beklagte die vermietete Räumlichkeit, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht vorhanden war, gemäß § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen näher bestimmen.

Es ist unerheblich, dass der Beklagte nicht zwei Räume für jeweils eine Prägestelle, sondern nur einen großen Raum für eine Prägestelle hergestellt hat, da er sich nach dem Mietvertrag verpflichtet hat, der Klägerin einen solchen Raum, wie näher beschrieben, zur Verfügung zu stellen. Durch den Mietvertrag mit dem Landratsamt am 31.03./29.04.1998 wurde die Mietzeit festgelegt.

Durch die Kündigung vom 15.04.1999 wurde der Mietvertrag nicht beendet. Wegen § 174 BGB ist es zwar unschädlich, dass nicht der Beklagte selbst sondern eine Tochtergesellschaft für den Beklagten die Kündigung ausgesprochen hat, die Kündigung konnte das Mietverhältnis aber deshalb nicht beenden, weil kein Kündigungsgrund vorlag. Nach § 4 Nr. 5 des Rahmenvertrages, auf den der Mietvertrag Bezug nimmt, setzt eine vorzeitige Kündigung voraus, dass diese aus dringenden betrieblichen Erfordernissen notwendig wird. Hierfür hat der Beklagte nichts vorgetragen. Es ist nicht ersichtlich, dass sich die Verhältnisse vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis zur Kündigung geändert haben. Der Umstand, dass der Beklagte sich entschlossen hat, nur eine Prägestelle einzurichten, berechtigte ihn nicht zur Kündigung. Ebenso ist nichts dafür vorgetragen, dass im Sinne von § 2 Nr. 1 des Rahmenvertrages wesentliche Belange des ... es erforderten, einen Standort

zu wechseln. Auch dies würde die Veränderung von Verhältnissen voraussetzen, die nicht dargetan ist.

Hingegen wurde das Mietverhältnis durch die fristlose Kündigung des Beklagten mit Schriftsatz vom 02.11.2000 mit Zugang dieser Kündigung am 05.11.2000 beendet. Diese fristlose Kündigung war berechtigt, da der Beklagte einen wichtigen Grund zur Kündigung hatte. In K musste die Klägerin die Prägestelle neben der Prägestelle der ... betreiben. Gerade in Bezug auf die Konkurrenzsituation der Klägerin und der ... setzt dies ein korrektes Verhalten der beiden zueinander voraus. Dieses erforderliche Verhältnis hat die Klägerin schwerwiegend dadurch zerstört, dass ihr Geschäftsführer unstreitig an einem anderen Ort gewaltsam in einen der ... vermieteten Prägeraum eingedrungen ist, das Türschloss zerstört, den Generalschlüssel in Besitz genommen und Gegenstände ausgeräumt hat. Dieses Verhalten ihres Geschäftsführers muss sich die Klägerin gemäß §§ 35 , 43 GmbHG , 31 BGB zurechnen lassen. Es kann dahinstehen, ob die Klägerin hiermit auch ihr aus dem Mietverhältnis obliegende Verpflichtungen verletzt hat und deshalb § 554 a BGB anwendbar ist, denn unabhängig hiervon besteht der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass ein Dauerschuldverhältnis entsprechend § 626 BGB und aufgrund des § 242 BGB aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden kann. Die Verfehlung der Klägerin gegenüber dem anderen Mieter des Beklagten ist so schwerwiegend, dass dem Beklagten unter Berücksichtigung seiner vertraglichen Verpflichtung gegenüber der ... als seiner Mieterin nicht zugemutet werden kann, das Mietverhältnis mit der Klägerin fortzuführen. Da somit der Beklagte nach dem 05.11.2000 nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung an die Klägerin verpflichtet war, kann das Vorenthalten der Mietsache nach diesem Zeitraum keinen Schadensersatzanspruch der Klägerin gemäß § 326 BGB begründen.

Aus den gleichen Gründen sind die im Berufungsverfahren neu gestellten Anträge einen Raum zur Verfügung zu stellen, hilfsweise einen Mietvertrag abzuschließen, nicht begründet.

Das neue Vorbringen der Klägerin in ihren Schriftsätzen vom 16.03.2001 und 20.03.2001 ist nicht zu berücksichtigen (§§ 523 , 296 a ZPO). Es gibt keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen (§§ 523 , 156 ZPO). Insbesondere ist das neue Vorbringen zur verspäteten Kündigung nicht schlüssig, da es nicht erkennen lässt, wann und unter welchen Umständen der Beklagte Kenntnis von dem Kündigungsgrund erlangt haben soll. Es kann deshalb offen bleiben, ob das neue Vorbringen zur behaupteten Verfristung der fristlosen Kündigung und den weiteren Umständen nach Verhandlung gem. §§ 523 , 296 Abs. 2 , 282 Abs. 1 ZPO als verspätet zurückzuweisen wäre.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1 , 92 Abs. 1 , 97 Abs. 1 , 708 Nr. 10 , 711 , 108 , 546 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO .

Beschluss des OLG Stuttgart

Vergabesenat vom 12.05.2000

2 Verg 1/00

Normen: § 107 Abs 3 GWB, § 27a VOL A

Vergabenachprüfungsverfahren: Pflicht der Vergabestelle zur rechtzeitigen Vorabinformation übergangener Bieter; direkte Anrufung der Vergabekammer ohne vorherige Vergaberüge

Orientierungssatz

1. Eine Vergabestelle (hier: für molekularanalytische Leistungen) trifft eine generelle Pflicht zur Vorinformation übergangener Bieter über die beabsichtigte Zuschlagserteilung. Diese muss so rechtzeitig erfolgen (hier: 10 Tage vor Zuschlagserteilung), dass ein unterlegener Bieter einen Antrag nach VOL/A § 27a (juris: VOL A) stellen und eine Ablehnungsbegründung mit entsprechender Prüfzeit abrufen kann. Die Begründung muss die maßgeblichen Gesichtspunkte für die Prüfung und Wertung der Angebote mitteilen.

2. Es ist für einen Vergabenachprüfungsantrag unschädlich, wenn sich ein übergangener Bieter bereits 7 Tage nach Mitteilung seiner Nichtberücksichtigung an die Vergabekammer gewandt und nicht das Verfahren zunächst gegenüber der Vergabestelle gerügt hat. Dies kann gerechtfertigt sein, um bei bestehendem Zeitdruck Bieterrechte zu sichern.

weitere Fundstellen

IBR 2000, 582 (red. Leitsatz)

NVwZ 2001, Beilage Nr V 7, 19 (red. Leitsatz)

NZBau 2000, 542-543 (Leitsatz)

OLGR Stuttgart 2000, 312 (red. Leitsatz)

Literaturnachweise

Wolfgang E Trautner, IBR 2000, 582 (Anmerkung)

Tenor

I.

1. Der Beschluss der Vergabekammer vom 20. Januar 2000 (Az.: 1 VK 22/99) wird geändert.

2. Die Antragsgegnerin wird dazu verpflichtet,

eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der universitätsangegliederten Bieter aus in I (Institut für Gerichtsmedizin) und T (Institut für humangenetische Analytik) zu unterlassen, soweit bis zur Zuschlagserteilung kein Nachweis über die Genehmigung der Nebentätigkeit der universitätsbediensteten Gesellschafter dieser jeweiligen Bieter vorliegt.

3. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats eine erneute Wertung der Angebote vorzunehmen.

4. Es wird festgestellt, dass die an die Antragstellerin gerichtete Mitteilung der Antragsgegnerin über die beabsichtigte Zuschlagserteilung vom 1. Dezember 1999 rechtswidrig war.

5. Die Antragsgegnerin wird dazu verpflichtet,

1. der Antragstellerin -- falls sie nach Auffassung der Antragsgegnerin für die Zuschlagerteilung nicht in Betracht kommen sollte -- spätestens zehn Tage vor der Zuschlagerteilung schriftliche Mitteilung zu machen

a) über die Gründe für die Ablehnung (z.B. preisliche, technische, qualitative, wirtschaftliche) ihres Angebotes

b) sowie über die maßgeblichen Gesichtspunkte für die Prüfung und Wertung der Angebote (Reihenfolge und Gewichtung der Zuschlagskriterien, Darlegung der Erfüllung der Teilnahme Kriterien durch besser platzierte Bieter).

6. Der Vergabestelle wird verboten, den Auftrag an eine BGB-Gesellschaft zu vergeben, deren Mitglieder ihr namentlich nicht bekannt sind.

7. Die weitergehende sofortige Beschwerde wird zurückgewiesen.

II. Eine Kostenerstattung findet nicht statt. Antragstellerin und Antragsgegnerin tragen die im Verfahren vor der Kammer und vor dem Senat angefallenen Gebühren je hälftig.

III. Beschwerdewert: 30.000,00 DM

Gründe

A Die Antragsgegnerin, das L als Vergabestelle, hat im Rahmen eines öffentlichen Teilnehmerwettbewerbes vor Beschränkter Ausschreibung nach VOL/A 8 Bewerber (vgl. K 15) zur Abgabe eines Angebotes für molekulargenetisch-analytische Leistungen aufgefordert. Dabei sollte im Wege der ausgeschriebenen Dienstleistung eine DNA-Analyse-Datei (Rahmenvertrag mit Bezugsbindung bei zweijähriger Laufzeit) aufgebaut werden; jeden Monat sollten rund 200 bis 300 DNA-Analysen von Mundhöhlenabstrichen nach neuestem Wissenschaftsstand in der Molekulargenetik vom Anbieter erstellt werden (so Ziff. I "Einführung" der Aufforderung). Als weitere Ausschreibungsmerkmale und insbesondere Leistungsanforderungen waren u.a. bestimmt: (Hier nur teilweise und in einem anderen Umbruch als im Original wiedergegeben)

II. Ablaufformalitäten für das Angebot:

Berichtigungen, Änderungen und Ergänzungen zu bereits abgelieferten Angeboten können schriftlich bis zum Ende der Angebotsfrist in einem verschlossenen und entsprechend gekennzeichneten Umschlag nachgereicht werden.

III. Ferner ist zu beachten:

Mit der Abgabe Ihres Angebotes unterliegen Sie auch den Bestimmungen über nicht berücksichtigte Angebote (§ 27 VOL/A).

Nicht Vertragsbestandteil werden die Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A). Demzufolge haben die Bieter kein einklagbares Recht auf Anwendung dieser Bestimmungen.

VI. Weitere Bedingungen zur Angebotsabgabe:

1. ALLGEMEINES:

Der Auftraggeber verfährt nach den Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen -- ausgenommen Bauleistungen -- (VOL/A einschl. "a" -- §§) und den Mittelstandsrichtlinien für öffentliche Aufträge (MRöA).

Bieter, die Verstöße des Auftraggebers gegen die Vergabebestimmungen monieren wollen, können in begründeten Fällen ein Nachprüfungsverfahren bei der folgenden Vergabestelle beantragen:

... -- V

Telefon: ... / ... -- Telefax: .../...

4. BEWERTUNGSKRITERIEN FÜR DAS ANGEBOT:

Die Auswahl des geeignetsten Bieters wird vom L nach den nachstehend aufgeführten Kriterien getroffen. Alle hierbei genannten Kriterien müssen erfüllt werden können. Die hierzu vorzulegenden Nachweise sind dem Angebot gleichfalls beizufügen.

Die technische Ausstattung der Untersuchungsstelle muss einem modernen Standard entsprechen, der die nachstehend geforderten Maßnahmen zur Qualitätssicherung gewährleistet:

(1) In jeder Lane ist ein interner Größenstandard mitaufzutragen.

(2) Die Typisierung der Allele hat numerisch durch Ablesung der < bp > im Vergleich zur Allel-Leiter, die auf demselben Gel mitgelaufen ist, oder durch ein geeignetes Auswerteprogramm zu erfolgen.

(3) Es muss belegt werden, dass die maximale Abweichung bei der wiederholten Fragmentlängenbestimmung derselben Proben (mind. 10 Wiederholungen) < 0,5 bp ist, so dass auch Sondertypen (seltene Allele), die sich in ihrer Länge um 1 bp von der Allel-Leiter unterscheiden, sicher typisiert werden können. Falls ein Auswerteprogramm eingesetzt wird, müssen die vorgenannten Sondertypen ebenfalls erkannt und benannt werden können.

(4) Unter 40 untersuchten Proben muss sich stets je eine Positiv- und Negativ-Kontrolle befinden. Generell muss bei jedem Amplifikationsansatz eine Positiv- und eine Negativ-Kontrolle mitgeführt werden.

Im Gegensatz zu den Punkten (1) -- (4), die für eine Auftragsvergabe als unabdingbar gelten (Mindestanforderungen), sind die Punkte (5) -- (8) fakultativ, d.h., die Erfüllung dieser Anforderungen wirkt sich positiv auf die Bewertung des Angebotes aus.

(5) Auf jedem Gel werden mindestens 2 vollständige Allel-Leitern aufgetragen. Bei einer Kapillarelektrophorese befindet sich, angefangen mit der ersten Position, in jeder 10. Position eine Allel-Leiter, keine der Proben befindet sich weiter als 5 Positionen von einer Allel-Leiter entfernt.

Beschluss des OLG Stuttgart

Vergabesenat vom 12.05.2000

2 Verg 1/00

(6) Unter 40 untersuchten Proben befindet sich stets eine interne, numerisch anonymisierte Probe zur internen Kontrolle.

(7) Alle Schritte, bei denen Verwechslungen auftreten können (vom Probeneingang bis zum Eintragen der Befunde in den Meldebogen), werden von einer zweiten Person kontrolliert.

(8) Es werden Anbieter bevorzugt, die auf eine möglichst lange Erfahrung bei der Analyse der 5 Kernsysteme der DNA-Analyse-Datei verweisen können. Der Nachweis der erfolgreichen Teilnahme an den jeweiligen Ringversuchen wird erbeten.

Angebote von 7 Bietern (vgl. K 2) gingen ein,

je eines der Antragstellerin, der Beigeladenen, der Universität H (Institut für Rechts- und Verkehrsmedizin), der Antragstellerin im Parallelverfahren 2 Verg 2/2000 sowie die Angebote zweier universitätsangelegter Bieter aus I (Institut für Gerichtsmedizin) und T (Institut für humangenetische Analytik). Die Antragstellerin bot zu einem Preis von 150,00 DM je Proben-Analyse an, die Beigeladene zu einem Preis von 83,30 DM, die Universität H zu 174,00 DM, die Antragstellerin im Parallelverfahren zu 68,00 DM, das I Institut zu 129,00 DM und das Institut aus T zu 149,00 DM. In der Sitzung der Vergabekommission vom 30.11.1999 führte das Kriterium der Erfahrung bei der Analyse der 5 Kernsysteme der DNA-Analyse-Datei, das hoch bewertet wurde, da die Fehlervermeidung erfahrungsbhängig sei und Fehler schwerwiegende Folgen hätten, zum Vorschlag, dem Angebot der Gerichtsmedizin der Universität I mit 80 Qualitätspunkten den Zuschlag zu erteilen. Das Angebot der Firma Dr. L & Dr. B GmbH, der Antragstellerin im Verfahren 2 Verg 2/00, wurde einvernehmlich ausgeschlossen, da in dem Angebot keine Angaben zu den Ziff. 4.1 bis 4.3 der Angebotsaufforderung gemacht waren "und diese K.O.-Kriterien damit formal nicht erfüllt sind".

Die Kommission verwarf aber im weiteren Fortgang der Angebotsprüfung, augenscheinlich in Anlehnung an eine vorangegangene Stellungnahme des Innenministeriums, den hohen Ansatz des Wertes für das Merkmal der Erfahrung und legte neue Wertungspunkte fest. Dies führte dazu, dass der Beigeladenen, der Firma M GmbH, der Zuschlag zu erteilen wäre. So lautete auch die Vergabeempfehlung der Kommission.

Die Mitbewerber vom Institut für humangenetische Analytik, Prof. Dr. R und Dr. Lu, T, stimmten als einzige einer Verlängerung der Zuschlags- und Bindungsfrist nicht zu, die im übrigen letztlich geschehen ist, auf 10.12.1999 und dann 29.2.2000.

Am 1.12.1999 (K 4) teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass "wir Ihr Angebot ... leider nicht berücksichtigen konnten. Grund für die Nichtberücksichtigung Ihres Angebotes ist, dass ein wirtschaftlich günstigeres Angebot zu berücksichtigen war". Zur wei-

Beschluss des OLG Stuttgart

Vergabesenat vom 12.05.2000

2 Verg 1/00

teren Information war noch mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der jetzt Beigeladenen, der Firma M GmbH, als wirtschaftlich günstigstem Bieter zu erteilen.

Am 8.12.1999 ging der Antrag der Antragstellerin auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 107 GWB bei der Vergabekammer ein.

Durch Beschluss vom 20.1.2000 hat die Vergabekammer der Auftraggeberin aufgegeben, unter Berücksichtigung ihrer in der Entscheidung niedergelegten Rechtsauffassung über die Vergabe neu zu befinden. Dabei hat die Kammer in den Gründen alle Einwendungen der Antragstellerin bis auf eine (mögliche Unzuverlässigkeit der Beigeladenen wegen wirtschaftlicher Verflechtung mit einem wegen Abrechnungsbetrugsverdacht in Haft genommenen Dr. Sch) nicht gelten lassen und ausgesprochen, dass "der Antrag nicht begründet" sei (BS 8 und 11). So hat die Entscheidung den Angriff, das Ablehnungsschreiben vom 1.12.1999 verletze § 27 a i.V.m. § 27 VOL/A, da es letztlich keine Begründung enthalte, ebenso als verspätet im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB behandelt wie die Rüge, in der Ausschreibung (Ziff. VI 1) sei unter Verletzung von § 32 a VOL/A die Beschwerdestelle falsch angegeben gewesen; im Übrigen sah die Vergabekammer in einem solchen gedachten Verstoß keine schadensauslösende Handlung der Vergabestelle. Inhaltlich erachtete die Kammer die gegenüber den Wertungskriterien in der Angebotsaufforderung vorgenommene Verschiebung der Vergabemerkmale, wie insbesondere bezüglich des Gesichtspunktes der Erfahrung, für sachlich nachvollziehbar und möglich. Auch ließ sie die Beanstandung nicht gelten, die beteiligten drei Gerichtsinstitute (I, T und H) hätten im Hinblick auf § 7 Nr. 6 VOL/A ausgeschieden werden müssen, denn entgegen der Wertung der Antragstellerin ginge diesen der Charakter von Unternehmen nicht ab, da die Institute im Rahmen der Gesellschaft selbständig tätig seien und die Leistungen und Kosten, soweit auf Institutspersonal oder -einrichtungen zurückgegriffen werde, refundiert würden. Einzig im Hinblick auf die von der Kammer selbst nicht für weiter aufklärbar erachteten Umstände bezüglich Dr. Sch wurde an die Vergabestelle zurückverwiesen. Diese treffe aber bei einer Neuverbescheidung keine Verpflichtung mehr, die Antragstellerin vor der Zuschlagserteilung zu informieren.

Am 4.2.2000 ging die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den ihr am 24.1.2000 zugestellten Beschluss der Vergabekammer ein.

Darin wandte sich die Antragstellerin gegen den Ausschluss ihrer formalen Rügen (§§ 27, 27 a VOL/A: unzureichende Absagebegründung; § 32 a VOL/A: Richtigkeit der Rechtsmittelbelehrung), da Kenntnis oder Erkennbarkeit im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB schon nicht vorlägen. Unter vertiefender Wiederholung ihres Vorbringens im Nachprüfungsverfahren hält die Antragstellerin daran fest, dass die universitären Mitbieter hätten ausgeschlossen werden müssen und dass die Beigeladene, zu deren Gunsten die Zuschlagsempfehlung ausgefallen war, weder die geforderte Erfahrung noch Zuverlässigkeit besitze.

Die Antragstellerin/Beschwerdeführerin beantragt:

II Der Beschluß der Vergabekammer vom 20. Januar 2000 (Az.: 1 VK 22/99) wird vollumfänglich aufgehoben.

III Die Antragsgegnerin wird dazu verpflichtet, die von ihr beabsichtigte Zuschlagserteilung zugunsten der Beigeladenen zu unterlassen.

IV Die Antragsgegnerin wird dazu verpflichtet,

1. eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der universitätsangegliederten Bieter der Institute in I (Institut für Gerichtsmedizin), T (Institut für humangenetische Analytik) und H (Institut für Rechts- und Verkehrsmedizin) zu unterlassen.

2. hilfsweise zu vorstehend 1., weitere Nachweise und Erklärungen von den dort bezeichneten universitätsangegliederten Bietern einzuholen, die geeignet sind, eine Feststellung darüber zu ermöglichen, ob und in welchem Umfang die universitätsangegliederten Bieter sachliche und personelle Leistungen der jeweiligen universitären Einrichtungen sie in Anspruch nehmen sowie ob und in welchem Umfang die universitätsangegliederten Bieter dafür eine Vergütung entrichten.

V Die Antragsgegnerin wird nach näherer Maßgabe des Beschwerdegerichts dazu verpflichtet, eine erneute Wertung der Angebote vorzunehmen.

VI Es wird festgestellt, dass die an die Antragstellerin gerichtete Mitteilung der Antragsgegnerin über die beabsichtigte Zuschlagserteilung vom 1. Dezember 1999 rechtswidrig war.

VII Die Antragsgegnerin wird dazu verpflichtet,

1. der Antragstellerin -- falls sie nach Auffassung der Antragsgegnerin für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht kommen sollte -- spätestens zehn Tage vor der Zuschlagserteilung schriftliche Mitteilung zu machen

a) über die Gründe für die Ablehnung (z. B. preisliche, technische, qualitative, wirtschaftliche) ihres Angebotes

b) sowie über die maßgeblichen Gesichtspunkte für die Prüfung und Wertung der Angebote (Reihenfolge und Gewichtung der Zuschlagskriterien, Darlegung der Erfüllung der Teilnahmekriterien durch besser platzierte Bieter)

c) über die wesentlichen Erkenntnisse, die die Antragsgegnerin aus der Einholung der vorstehend in Ziff. IV Nr. 2 bezeichneten Nachweise und Erklärungen gewonnen hat.

Beschluss des OLG Stuttgart

Vergabesenat vom 12.05.2000

2 Verg 1/00

2. hilfsweise zu vorstehend 1. der Antragstellerin gegenüber zehn Tage vor Zuschlagserteilung in schriftlicher Form und in einer die Anforderungen des § 30 VOL/A der Sache nach wahrenen Art und Weise mitzuteilen, aus welchen Gründen heraus die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalten soll.

3. hilfsweise zu vorstehend 2. der Antragstellerin gegenüber zehn Tage vor Zuschlagserteilung in schriftlicher Form und in einer die Anforderungen des § 27 Nr. 2 VOL/A wahrenen Art und Weise mitzuteilen, dass die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalten soll.

4. hilfsweise zu vorstehend 3. der Antragstellerin gegenüber zehn Tage vor der beabsichtigten Zuschlagserteilung in schriftlicher und der Sache nach die Anforderungen des § 39 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 VwVfG wahrenen Form mitzuteilen, dass sie den Zuschlag nicht erhalten soll.

VIII Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin. Es wird festgestellt, dass die Zuziehung eines Rechtsanwaltes für die Antragstellerin notwendig war.

und

Der Vergabestelle zu verbieten, den Auftrag an eine BGB-Gesellschaft zu vergeben, deren Mitglieder ihr namentlich nicht bekannt sind.

Die Beigeladene, welche gegen den Beschluss im Vergabenachprüfungsverfahren Dr. L & Dr. B GmbH ihrerseits sofortige Beschwerde eingelegt hat, sieht sich durch den Beschluss der Vergabekammer in ihren Rechten ebenfalls als verletzt an.

Sie beantragt,

dem Land B die ihr insoweit entstandenen Kosten aufzuerlegen.

Sie tritt der Sache nach den Angriffen sowohl gegen ihre Zuverlässigkeit wegen angeblicher Vorfälle und Verflechtungen mit Dr. Sch als auch gegen ihre Erfahrung entgegen.

Die Antragsgegnerin/Beschwerdegegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde der Antragstellerin/Antragstellerin sowie den Antrag der Beigeladenen kostenpflichtig zurückzuweisen.

Sie erklärt, sie setze den Beschluss der Vergabekammer -- wie auch im Parallelverfahren Dr. L & Dr. Br GmbH -- um und werde auf der Grundlage der dortigen Vorgaben die Sache neu bescheiden.

B

1.

Mit der Vergabekammer ist vorliegend davon auszugehen, dass der Schwellenwert gemäß § 100 Abs. 1 GWB überschritten ist.

2.

Auch steht dem Rechtsmittel vorliegend nicht entgegen, dass die Vergabekammer trotz ihrer teilweise anderen Fassung der Entscheidungsgründe im Ergebnis zurückverwiesen hat. Denn auch darin liegt eine Beschwer der Antragstellerin, da auch insoweit nicht in ihrem Sinne endgültig entschieden worden ist.

3.

61

a) Ein Rügeausschluss gemäß § 107 Abs. 3 GWB ist entgegen der Wertung der Vergabekammer nicht gegeben.

aa) Dabei kann auf sich beruhen, ob positive Kenntnis nur positive Kenntnis aller tatsächlichen Umstände, aus denen dann der Verstoß herzuleiten ist, meint, oder ob dieser Ausschlussstatbestand erst erfüllt ist, wozu der Senat neigt (so auch Boesen, VergabeR (2000), § 107 GWB , 59; Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, VergabeR (2000), § 107 GWB , 32; vgl. ferner Portz in Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, VergabeR (2000), § 107 GWB , 31), wenn auch der Verstoßcharakter des Vorgangs wahrgenommen worden ist.

Denn selbst wenn man die Kenntnis der rein tatsächlichen Umstände für § 107 Abs. 3 GWB genügen ließe, so wäre vorliegend zwischen dieser Art der Kenntnisnahme und dem Vorbringen der Rüge nur eine Woche verstrichen. Da dem Betroffenen Zeit zur Einholung fachlichen Rates und Bedenkzeit in einer rechtlich nicht einfach gelagerten Materie gewährt werden muss, kann Bechtold, GWB, 2. Aufl., § 107, 2, nicht zugestimmt werden, dass der Verstoß binnen "ein bis drei Tagen" gerügt werden müsse. Zwar steht das Vergabeverfahren unter einem Beschleunigungsdruck. Gleichwohl ist auch den berechtigten Belangen der Mitbewerber Rechnung zu tragen. Beim aufgezeigten Spannungsverhältnis der Interessen erachtet der Senat eine Rügefrist von -- wie vorliegend in Anspruch genommen -- einer Woche noch als unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB .

Damit befindet sich der Senat im Übrigen auch in Übereinstimmung mit dem OLG Düsseldorf (NJW 2000, 145 , 147 = BB 99, 1078 , 1079/80 = NZBau 2000, 45 , 47), das -- allerdings als Obergrenze -- dem Unternehmer eine Frist von 2 Wochen belässt.

Beschluss des OLG Stuttgart

Vergabesenat vom 12.05.2000

2 Verg 1/00

bb) Dabei ist auch unschädlich und führt keineswegs zum Rügeausschluss insoweit, dass die Antragstellerin ihre Rüge nicht bei der Vergabestelle angebracht, sondern direkt gegenüber der Vergabekammer vorgebracht hat.

Steht -- wie hier -- eine Erteilung des Zuschlages unmittelbar bevor, so ist zur sicheren Wahrung der Bieterrechte das Vorbringen der Rüge gleich durch Antragstellung bei der Vergabekammer zulässig. Dieser Verfahrensgang nimmt dann dem Bewerber, der berechtigt Gefahr im Verzuge sieht, nicht die dort angebrachte Rüge.

4.

Danach sind die Rügen eröffnet, der Versagungsbescheid leide an Defiziten im Bereich der Begründung und an der Fehlbezeichnung der Vergabekammer.

a) Nur die erste Rüge verfängt im wesentlichen.

Zwar ergibt sich aus VOL/A Abschnitt 2 § 27 a keine Begründungsautomatik. Denn dort wird nur ein Anspruch auf Ablehnungsgründe bei entsprechendem Antrag statuiert. Dass die Antragstellerin einen solchen Antrag (vgl. auch Daub/Eberstein, VOL/A, 4. Aufl., Abschnitt 2, § 27 a, 10; Boesen a.a.O. § 97 GWB , 26) gestellt hätte, ist nicht einmal behauptet. Der Senat nimmt -- was in der mündlichen Verhandlung noch als offen behandelt worden war -- aber im Anschluss an die Vergabekammer des Bundes (BB 99, 1076 , 1077) eine grundsätzliche Pflicht der Vergabestelle zur Vorinformation über die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung und damit die Zuschlagsversagung an (ebenso Boesen a.a.O. § 97 GWB , 27 -- allerdings mit anderer dogmatischer Herleitung), wobei die Vorinformation, ist ein Antrag nicht schon mit Einreichung des Angebots gestellt, so rechtzeitig vor Zuschlagserteilung geschehen muss, dass der Betroffene einen Antrag gemäß § 27 a VOL/A stellen und eine Begründung der Ablehnung mit entsprechender Prüfungszeit abrufen kann (BKartA a.a.O. 1077). Solch ein Antrag ist spätestens in der Rechtsmittelrüge der Antragstellerin zu sehen. Deshalb ist der Auftraggeberin für den neuen Prüfungsdurchgang wie beantragt aufzugeben, spätestens 10 Tage vor Zuschlagserteilung von ihrer nach Abschluss der Wertung feststehenden Nichtberücksichtigung und zugleich von den Gründen für diese Nichtberücksichtigung sowie vom Namen des Bieters, dem sie den Auftrag erteilen will, Kenntnis zu geben (BKartA a.a.O. 1078).

b) Die zweite Rüge ist nicht begründet.

Denn ähnlich den Regeln über die Verletzung einer gebotenen Rechtsmittelbelehrung führt ein Verstoß gegen die Pflicht zur richtigen Benennung der Vergabeprüfstelle allenfalls dazu, dass gesetzliche Fristen nicht in Lauf gesetzt werden (Redeker/von Oertzen, VwGO, 11. Aufl., § 58, 15; J. Schmidt in Eyermann, VwGO, 10. Aufl., § 58, 14), nicht aber dazu, dass das zugrundeliegende Verfahren allein deshalb schon aufgehoben werden müsste. Vorliegend ist nicht einmal aufgezeigt, dass die Antragstellerin tatsächlich einen Nachteil

Beschluss des OLG Stuttgart

Vergabesenat vom 12.05.2000

2 Verg 1/00

durch die Fehlbezeichnung erlitten hätte. § 32 a VOL/A verwendet selbst den Begriff der "Vergabeprüfstelle", sodass selbst bei einer Adressierung an eine so bezeichnete Einrichtung der Antrag die mittlerweile unter einem anderen Namen geführte Stelle verlässlich erreicht hätte, zumal die Adresse unverändert geblieben ist.

5.

a) Die Rüge, die Beigeladene hätte schon deshalb ausgeschlossen werden müssen, da sie nicht über die nötige Tätigkeitsdauer verfüge und danach keine sich über einen Zeitraum von 3 Jahren erstreckenden Umsatzzahlen vorzuweisen hätte, was auch für rein universitäre Bieter gelte (Ziff. 13.2. Landesausschreibungsblatt v. 16.8.1999 Nr. 32; vgl. auch Beschwerdeschrift S. 34), da diese in der Regel über eine solche gesonderte Umsatzerfassung nicht verfüge, schlägt nicht durch.

Denn mit diesem Kriterium wird kein Ausschluss-, sondern nur ein Bewertungsmerkmal aufgestellt. Dabei verhält es sich gleich wie mit dem in Ziff. VI 4 Nr. 8 aufgestellten Kriterium der möglichst langen Erfahrung. Es ist -- wie dort nach Nr. 4 als Vorspann eingerückt ist -- keine unabdingbare Vergabeanforderung, sondern nur ein Bewertungselement.

b) "Lange Erfahrung"

aa) Ziff. 4.8 der Ausschreibungsaufforderung gibt vor, dass Bieter bevorzugt werden, die eine möglichst lange Erfahrung bei der Analyse der fünf Kernsysteme der DNA-Analyse-Datei vorweisen können. Zugleich wird dieses Bewertungskriterium aber nur als fakultative Anforderung dargestellt, deren Erfüllung "sich positiv auf die Bewertung des Angebots" auswirke.

bb) Die Antragstellerin verkürzt das Merkmal der "möglichst langen Erfahrung" bei ihrer Bewertung unzulässigerweise auf ein reines Zeitmoment. Zwar ist nicht zu verkennen, dass ein solches sich mit dem Wortsinn unschwer verträgt und deshalb dieser Begriff der von der Antragstellerin angestellten Betrachtung leicht zugeführt werden kann. Erfahrung gewinnt man jedoch durch Ausübung einer Tätigkeit, mehr Erfahrung durch die vermehrte Ausübung einer solchen Beschäftigung. Erfahrung wird danach weniger geprägt durch gelegentliche Tätigkeit über einen sehr langen Zeitraum. Zwar ist der Zeitfaktor ein gewichtiger Parameter, wenn etwa erst nach längerer Dauer zu bewertende Entwicklungen abgeschlossen sind und etwa auch Fehler einer Tätigkeit sich typischerweise erst zeitversetzt ausprägen. Vorliegend geht es aber um die Erhebung eines Einmalbefundes. Entwicklungsverläufe sind danach weniger entscheidend. Erfahrung ist dann hauptsächlich ein quantitatives Merkmal, weniger ein reines Dauerelement einer Tätigkeit.

6.

Nur die universitätsnahen Bieter (GdBR), nicht aber die Universität H sind auszuschließen.

Beschluss des OLG Stuttgart

Vergabesenat vom 12.05.2000

2 Verg 1/00

a) In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist klargestellt worden und ohne Widerspruch geblieben, dass das Angebot der Universität H ein solches dieser Körperschaft des öffentlichen Rechtes selbst und nicht ein solches dort tätiger, aber in Form einer BGB-Gesellschaft eigenerwerbswirtschaftlich tätiger Professoren ist. Anders verhält es sich hinsichtlich T hier liegt ein Gebot von an dieser Universität tätigen, aber in Gestalt einer Gesellschaft bürgerlichen Rechteswerbend in Erscheinung tretenden Professoren bzw. Mitarbeitern vor. Gleiches gilt für das Angebot aus I.

b) Diese universitären bzw. universitätsnahen Angebote scheitern im Vergabeverfahren nicht schon daran, dass das Vergaberecht auf Unternehmen abstellt (vgl. etwa § 99 Abs. 1, 107 Abs. 2 GWB) und diese Einrichtungen diesem Unternehmensbegriff nicht entsprechen.

Denn der weite Unternehmensbegriff des GWB umfasst jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr, unabhängig davon, welche Rechtsform der so Handelnde hat und ob er daneben auch noch in anderer Weise, z.B. hoheitlich, tätig wird (BGH WRP 99, 941, 943 -- Sitzender Krankentransport; 99, 665, 668 -- Lottospielgemeinschaft). Danach genügt zur Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr (BGH WRP 98, 188, 190 -- Europapokalheimspiele; vgl. auch Bechtold, GWB, 2. Aufl., § 1, 4). Im Rahmen der §§ 97 ff GWB gilt nichts anderes (Bechtold a.a.O. § 130, 2; Boesen a.a.O. § 97, 54 und Einleitung 106; Reidt a.a.O. § 107, 13).

c) Der bloße Umstand, dass diese Bieter eine öffentliche Einrichtung darstellen (Universität H) oder solchen nahestehen (GdBR hier mit Bezug zur Universität T bzw. I), hindert ihre Teilnahme am Vergabeverfahren nicht.

aa) Dies folgt aus dem weiten Unternehmensbegriff, der jede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr meint. Dies findet seine Entsprechung im allgemein anerkannten Grundsatz, dass es der öffentlichen Hand -- und erst recht nur öffentlich beeinflussten Unternehmen -- nicht verwehrt ist, am freien Wettbewerb teilzunehmen (BGH WRP 99, 105, 108 -- Schilderpräger im Landratsamt; GRUR 71, 168, 169 -- Ärztekammer; BVerwGE 39, 329, 337; Köhler/Piper, UWG, § 1, 212; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 21. Aufl., § 1 UWG, 914; von Gamm, WettbewerbsR, 5. Aufl., Kap. 20, 2). Dabei ist es der öffentlichen Hand nicht grundsätzlich untersagt, bei der Teilnahme am Wettbewerb auf die ihr zur Verfügung stehenden Mittel (Sachmittel, Geldmittel und Personal) in erforderlichem Umfang und in angemessener Weise zurückzugreifen (BGH GRUR 87, 116, 118 -- Kommunalen Bestattungswirtschaftsbetrieb I; Köhler a.a.O. § 1, 253; Piper GRUR 86, 574, 579; vgl. auch Wilde in Gloy, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 2. Aufl., § 5, 5 (aE)). Das folgt bereits aus der grundsätzlichen Zulässigkeit der wettbewerblichen Betätigung der öffentlichen Hand (BGH a.a.O. 118 -- Kommunalen Bestattungswirtschaftsbetrieb I; Köhler a.a.O. 253).

Beschluss des OLG Stuttgart

Vergabesenat vom 12.05.2000

2 Verg 1/00

bb) § 7 Nr. 6 VOL/A Abschnitt 1 lässt Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten oder ähnliche Einrichtungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zu.

Ziel dieser obligatorischen Ausschlussregelung ist es, eine Verdrängung privater erwerbswirtschaftlich betriebener Unternehmen durch die genannten öffentlichen Einrichtungen zu verhindern. Der Grund liegt darin, dass diese Einrichtungen, die wegen ihrer sozialpolitischen Zielsetzung primär andere als erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgen, einen erheblichen Wettbewerbs-(Kalkulations-)Vorsprung, der sich u.a. aus steuerlichen Vorteilen ergibt, vor gewerblichen Unternehmen haben und somit viel günstigere Angebote abgeben können. Ein echter Wettbewerb, der die Einhaltung gleicher Grundbedingungen für alle Bewerber voraussetzt, wäre wegen fehlender Chancengleichheit nicht gegeben (Daub/Eberstein, VOL/A, 4. Aufl., § 7 (Abschnitt 1), Rdn. 72; OLG Düsseldorf NZBau 2000, 155, 157). Allerdings hat diese Norm die Ausweitung auf Betriebe der öffentlichen Hand schlechthin, wie in § 8 Nr. 6 VOB/A geschehen (vgl. hierzu Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Aufl., § 8 VOB/A, Rdn. 67; Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl., § 8 Nr. 6 VOB/A, Rdn. 24), nicht erfahren. Die Entscheidung des Ordnungsgebers insofern ist zu respektieren (OLG Düsseldorf a.a.O. 157). Hingegen wird vereinzelt im Rahmen des § 7 Nr. 6 VOL/A eine Ausdehnung in diesem Sinne angenommen. Vergleichbare Voraussetzungen seien auch bei wissenschaftlichen Einrichtungen -- so z.B. bei den Großforschungseinrichtungen des Bundes und der Länder sowie bei den Bundesforschungsanstalten -- gegeben, wenn sie Zuwendungen im Sinne von Nr. 2.2 Vorl. VV zu § 23 BHO zur Deckung ihrer gesamten Ausgaben oder eines nicht abgegrenzten Teiles ihrer Ausgaben erhielten. Wissenschaftliche Einrichtungen der genannten Art fielen zwar nicht unter den Begriff "ähnliche Einrichtungen" gemäß Nr. 6, wie ihn der DVAL-Hauptausschuss verstanden hat. Die analoge Anwendung der obligatorischen Ausschlussregelung auf wissenschaftliche Einrichtungen, die institutionell gefördert werden, wäre aber vom Sinn und Zweck der Bestimmung gedeckt (Daub/Eberstein a.a.O. Rdn. 73).

cc) Die grundsätzliche Billigung des Grundsatzes, dass Betriebe der öffentlichen Hand sich auch erwerbswirtschaftlich betätigen dürfen, schließt die Wertung ein, dass damit verbundene Vorteile wie Abwesenheit eines Insolvenzrisikos, steuerliche Begünstigungen und keine vollständige Ausrichtung der Unternehmensführung an betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten als wettbewerbsimmanente Erscheinungen hingenommen werden. Gerade § 7 Nr. 6 VOL/A lässt angesichts des Zuschnitts der erwähnten Einrichtungen erkennen, dass dort Personen tätig sind und eingesetzt werden, die nicht auf dem freien Markt geworben werden und deren Vergütung nicht weitgehend marktwirtschaftlichen Regeln folgt. Deren besondere Situation lässt gänzlich abweichende Kalkulationen zu und eröffnet aus sich heraus keine annähernd gleichwertige Plattform hinsichtlich der Wettbewerbsbedingungen. Solches kann nicht in gleichem Maße hinsichtlich universitärer Einrichtungen angenommen werden. Gerätschaften sind ähnlich teuer zu erwerben und vorzuhalten wie bei frei wirtschaftenden Konkurrenten, auch beim Personal, der anderen wichtigen Säule

Beschluss des OLG Stuttgart

Vergabesenat vom 12.05.2000

2 Verg 1/00

einer Kalkulation, ist eine Annäherung an marktwirtschaftliche Vorgaben gegeben. § 7 Nr. 6 VOL/A lässt im Umkehrschluss gerade erkennen, dass andere öffentliche Einrichtungen nicht auszuschließen sind. Deshalb ist der Umstand, dass ein Bieter ein Universitätsinstitut ist, unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Chancengleichheit für sich genommen kein Ausschlussstatbestand (ebenso im Ergebnis BKartA B. v. 21.9.1999 -- 1 VK 21/99 , dort US 7 und 8 = Bl. 115 -- 116).

d) Die Universität H muss auch nicht im Hinblick auf Normen des baden-württembergischen Universitätsgesetzes (UG) aus dem Vergabeverfahren ausscheiden.

aa) Eine Grenze für die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand wird allerdings dort gezogen, wo die erwerbswirtschaftliche Betätigung zum Schutz der privaten Mitbewerber gesetzlich verboten ist (BGH WRP 95, 475 , 479 -- Sterbegeldversicherung). So kann sich ein Vergabeverstoß gemäß § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A als den Wettbewerb verfälschende Unlauterkeit dadurch ergeben, dass etwa eine Gemeinde sich im Rahmen eines Vergabeverfahrens an einem Wettbewerb beteiligt, der ihr nach den Bestimmungen der Gemeindeordnung verschlossen ist (OLG Düsseldorf NZBau 2000, 155). Einer juristischen Person des öffentlichen Rechts kann wegen Überschreitung der Funktionsgrenze eine eigene wirtschaftliche Betätigung verboten sein, wenn dadurch die Erfüllung der ihr gesetzten öffentlichen Aufgaben vereitelt wäre (Baumbach/Hefermehl a.a.O. § 1 UWG , 915; Köhler/Piper a.a.O. § 1, 213).

bb) Gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 UG dürfen die Universitäten Zuwendungen und Aufträge Dritter zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach § 3 UG annehmen, soweit dadurch u.a. nicht die Erfüllung anderer Aufgaben der Universität oder die Rechte und Pflichten anderer Personen beeinträchtigt werden. Nach Abs. 1 S. 1 dieser Vorschrift sind diese Einnahmen unbeschadet der Regelung über das Universitätsvermögen in den Staatshaushalt einzustellen. Nach § 3 UG dienen die Universitäten durch die Verbindung von Forschung, Lehre und dem Studium der Pflege und Entwicklung der Wissenschaften. Gemäß Abs. 7 S. 1 der Norm dürfen den Universitäten andere Aufgaben nur übertragen werden, wenn sie mit den in Abs. 1 genannten Aufgaben zusammenhängen. Aufgrund des § 3 Abs. 7 S. 2 UG ist u.a. der Universität Heidelberg durch § 2 Abs. 1 Nr. 6 der VO des Wissenschaftsministeriums über Aufgaben der Universität im medizinischen Bereich (GBI 91, 496, 497) die Erstattung und Erläuterung von Gutachten für Gerichte und Staatsanwaltschaften über Fragen, die Dienstaufgaben betreffen, übertragen worden.

cc) Da eine Übertragung nur bei Zusammenhang mit den in § 3 UG definierten Kernaufgaben der Universität geschehen kann, indiziert diese Übertragung, dass auch die beabsichtigte Wahrnehmung dieser selbst gestellten Aufgaben -- nämlich die Erstellung von DNA-Analysen im Rahmen von Ermittlungsverfahren -- durch Beteiligung an einem Vergabeverfahren von den Grenzen des Universitätsgesetzes gedeckt und mithin aus diesem

Regelungskreis auch kein im Vergaberecht zu beachtender Verbotstatbestand abzuleiten ist.

Danach lässt sich gegen die Teilhabe der Universität H an dieser Ausschreibung nichts einwenden.

e) Dies verhält sich bezüglich der nur universitätsnahen, weil von Bediensteten der Universität betriebenen, jedoch eigenwirtschaftlich tätigen, ausgegliederten, weil privat betriebenen Gesellschaften bürgerlichen Rechtes aus T und I im Ansatz anders.

aa) Zwar steht diesen wirtschaftlichen Zusammenschlüssen noch weniger entgegen, was der Universität als Körperschaft des öffentlichen Rechtes selbst entgegengehalten worden ist, nämlich die Zweifel an deren Unternehmereigenschaft und der mit § 7 Nr. 6 VOL/A zusammenhängende Einwand einer angeblich wettbewerbsverzerrenden Kosten- und Risikostruktur einer solchen wirtschaftlichen Einheit.

bb) Auch die sich aus § 10 Abs. 1 Hochschulnebenstätigkeitsverordnung (HNTVO i.d.F. v. 8.11.1999 -- GBl 99, 437) ergebenden Entgeltsätze können nicht fruchtbar dafür gemacht werden, in der dortigen Festschreibung eines pauschalierten Honoraranteils von höchstens 27,5 % für die Inanspruchnahme von universitären Einrichtungen, Personal und Material für die Nebentätigkeit des bezahlten wissenschaftlichen Personals der Hochschule eine unvertretbare Begünstigung dieser Bieter zu sehen und Analogieerwägungen zu § 7 Nr. 6 VOL/A für solche Fallgestaltungen zu belegen. Zwar wären solche Überlegungen nachvollziehbar, wäre die Entgelt-/Vorteilsregel starr, da auf diese Weise der Hochschulbeamte sich bei welchem Übertragungsgrad- und -aufwand auf Ressourcen der Universität auch immer sich allemal einen festen Eigenanteil an der Nebentätigkeitsvergütung von 72,5 % sichern könnte, was oftmals seinem Reingewinn entspräche. § 10 Abs. 2 HNTVO sieht aber, steht das nach Hundertsätzen berechnete Nutzungsentgelt in keinem angemessenen Verhältnis zum Umfang der Inanspruchnahme, vor, den Nutzungswert der Inanspruchnahme höher oder niedriger zu bemessen. Dies ist die Öffnungsnorm für eine Genehmigung zu Nutzungsentgeltsätzen, die losgelöst von Pauschalierungen und Obergrenzen, insbesondere wenn -- wie hier -- der Auslagerungsgrad auf die Universität hoch ist, einen angemessenen Ausgleich zwischen Dienstherrn und die Nebentätigkeit Ausübendem herstellt und damit eine marktgerechte Kalkulationsgrundlage auch für diese Bieter schafft. Damit ist die Entgeltstruktur im Nebentätigkeitsrecht keineswegs so ausgestaltet, dass sie gleichsam institutionell zur Marktverzerrung führen müsste. Vielmehr ist sie so strukturiert, dass sie bei richtiger Anwendung die Chancengleichheit unter den Bietern im Wettlauf um öffentliche Aufträge nicht berührt.

cc) Auch der hier weiter vorgebrachte Gesichtspunkt, durch die Einschaltung von Universitätspersonal durch diese bürgerlich-rechtlichen Gesellschaften werde gegen das in die Ausschreibung aufgenommene Verbot verstoßen, Subunternehmer einzuschalten und somit eine Untervergabe vorzunehmen, geht fehl. Denn die Einschaltung auch insoweit

Beschluss des OLG Stuttgart

Vergabesenat vom 12.05.2000

2 Verg 1/00

weisungsgebundenen Personals stellt keine Auslagerung des zu übertragenden Leistungsprogramms dar. Hier wie dort handelt es sich um die bloße Inanspruchnahme von Personal, das dienstrechtlich eingeschaltet werden kann und darf und der Weisung des Dienstherrn und damit der letztlichen Verantwortung der Gesellschafter, der Professoren, unterliegt.

dd) Allerdings ist mangels Vorlage einer Genehmigung für die mit der Angebotsabgabe verbundene, beabsichtigte Nebentätigkeit die nach § 2 Nr. 3 VOL/A notwendige Zuverlässigkeit der Bieter gegenwärtig nicht gegeben.

(1) Mit Zuverlässigkeit ist gemeint, dass sich der Auftraggeber auf die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrages verlassen können soll (Daub/Eberstein a.a.O. § 2, 24). Sie ist im wesentlichen personenbezogen (vgl. Rusam in Heiermann/Riedl/Rusam a.a.O. § 2 VOB/A, 6). Zuverlässig ist der Bewerber dann, wenn er die Gewähr für eine ordnungsgemäße Ausführung bietet (Rusam a.a.O. § 2 VOB/A, 7), wenn dem Bieter während des Auftragszeitraums tatsächlich die Mittel aller Art zu Gebote stehen, auf die er sich beruft (EuGH EuZW 2000, 110, 112 (Tz. 28)).

(2) Sie ist bei Beschränkter Ausschreibung schon bei der Auswahl der Bewerber zu prüfen (Daub/Eberstein a.a.O. § 2, 25; vgl. auch Rusam a.a.O. § 2 VOB/A, 10), bei öffentlicher Ausschreibung bei der Wertung der Angebote nach A § 25 (Daub/Eberstein a.a.O. § 2, 25; Rusam a.a.O. § 2, 9; so wohl auch EuGH a.a.O. 112 (Tz. 31): "Dass er die Voraussetzungen ... für die Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe ... erfüllt ...").

(3) Die mündliche Verhandlung hat ergeben, dass eine Genehmigung in keinem der betroffenen Fälle vorliegt.

Ob eine Genehmigung wahrscheinlich, der Anbietende aufgrund seines Dienstverhältnisses gar einen einklagbaren Rechtsanspruch auf eine solche Nebentätigkeitsgenehmigung besitzt, kann dahinstehen. Auf solche Unwägbarkeiten größerer oder kleinerer Art muss und darf sich der Auftraggeber nicht einlassen. Zerschlägt sich etwa im Nachhinein eine für sicher gehaltene Genehmigung -- etwa weil die Tätigkeit für sich sicher genehmigungsfähig war, die Fülle bereits ausgeübter Nebentätigkeiten der weiteren Genehmigung aber entgegensteht --, so läge zwar eine Leistungsstörung im Falle des Zuschlags vor. Auf deren schuldrechtliche Behandlung ist aber entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerin nicht abzustellen. Ein solches auch schuldrechtliches Streitpotenzial ist bei Unzuverlässigkeit oder mangelnder Eignung immer zu gewärtigen. Gleichwohl wird im Vergabeverfahren dieses Risiko nicht auf die Vertragsabwicklungsphase verschoben, sondern vielmehr zu einem Vergabekriterium erhoben. Sehenden Auges darf sich der Auftraggeber in eine solche Risikolage nicht begeben.

ee) Dieser gegenwärtige Mangel dieser Angebote ist aber grundsätzlich einer Nachbesserung zugänglich.

Beschluss des OLG Stuttgart

Vergabesenat vom 12.05.2000

2 Verg 1/00

Zwar darf gemäß § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A mit den Bietern nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung über ihre Angebote nur verhandelt werden, um Zweifel über die Angebote oder die Bieter zu beheben. Diese weit restriktivere Regel als die in § 24 VOB/A (vgl. Kulartz in Daub/Eberstein, VOL/A, 4. Aufl., § 24 (Abschnitt 1) 4), deren Geltungsbereich sich auf Verhandlungen im Rahmen einer Öffentlichen und Beschränkten Ausschreibung erstreckt (Kulartz a.a.O. 6), meint mit Zweifeln über Bieter Unklarheiten hinsichtlich deren Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (Kulartz a.a.O. 10). Die Aufklärungen können z.B. durch die Anforderung von Nachweisen erfolgen (Kulartz a.a.O. 10). Dies entspricht im Übrigen auch dem Meinungsstand zu § 24 Nr. 1 VOB/A (Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl., A § 24 Nr. 1, 4; vgl. ferner Rusam in Heiermann/Riedl/Rusam a.a.O. A § 24.1, 5). Vorliegend -- anders als im Parallellfall -- hatte auch die Ausschreibung keine solche Nachweispflicht ausgesprochen und diese zeitlich auch nicht an das Ende der Angebotsfrist gebunden. Da somit solche Nachverhandlungen noch immer eröffnet sind, hat -- anders als beantragt -- kein endgültiger Ausschluss dieser Bewerber zu geschehen.

ff) Die grundsätzliche Widerrufbarkeit einer Nebentätigkeitsgenehmigung (§ 8 Abs. 2 HNTVO) ist kein Grund, die Zuverlässigkeit von Bietern mit einer solchen Genehmigung gleichwohl in Frage zu stellen. Zum einen kann die Genehmigung nach dieser Vorschrift befristet für die Zeit der Wahrnehmung eines bestimmten Amtes erteilt werden. Vorliegend wird die Anpassung der Genehmigung an die Laufzeit der Nebentätigkeit, um deren Gestattung nachgesucht wird, wird sie erteilt, geradezu zwingend sein. Im Übrigen schützen Regeln zum Widerrufsrecht (vgl. etwa auch § 83 LBG) durch eine Genehmigung geschaffene Besitzstände. Danach schafft die theoretische Möglichkeit der Widerrufbarkeit der Genehmigung keine solche Risikolage, dass die Zuverlässigkeit dieser Bieter in Zweifel zu ziehen wäre.

gg) Da der Umstand, dass universitätsnahe Bieter Einrichtungen, Personal und Material der Universität im Rahmen ihrer Nebentätigkeit in Anspruch nehmen, für sich genommen -- vorbehaltlich einer Nebentätigkeitsgenehmigung -- die Beachtlichkeit ihrer Angebote nicht berührt, ist der Antragstellerin auch kein Auskunftsrecht, wie in den Anträgen IV 2 i.V.m. VII 1 c begehrt, über die damit zusammenhängenden internen Verhältnisse bei diesen Bietern eröffnet.

hh) Der in diesem Zusammenhang zu sehende Antrag, der Vergabestelle zu verbieten, den Auftrag an eine BGB-Gesellschaft zu vergeben, deren Mitglieder ihr namentlich nicht bekannt sind, ist begründet, da er berechnete Anforderungen an das Rubrum eines solchen Bieters stellt.

8.

Die Rüge der Antragstellerin, die Auftraggeberin habe in ermessensfehlerhafter Weise das Bewertungskriterium der Erfahrung im Zuge des Vergabeverfahrens umgewichtet, verfährt nicht.

Beschluss des OLG Stuttgart

Vergabesenat vom 12.05.2000

2 Verg 1/00

a) Der hierfür von der Antragstellerin herangezogenen BGH-Entscheidung NJW 2000, 137 , 139 (II 2 c (aE)) ist schon nicht die These zu entnehmen, ein Anforderungskatalog offenbare, dass ein angeführtes Zuschlagsmerkmal an Gewicht verliere, je später es in der Aufzählung in Erscheinung tritt. Denklogisch kann das Gegenteil ebenso gelten wie auch eine Gleichgewichtigkeit der Merkmale.

b) Die Kriterien gehen vorliegend aus der Ausschreibung hervor. Die Merkmalgruppen 1 bis 4 und 5 bis 9 sind gegeneinander abgeschichtet und in ihrem jeweiligen Gewicht kenntlich gemacht. Die von der Vergabestelle vorgenommene Gewichtung der Erfahrung ist nachvollziehbar und im Rahmen des ihr eröffneten Beurteilungsspielraums (Boesen a.a.O. § 101, 38; Niebuhr a.a.O. § 97, 220, 222) nicht zu beanstanden.

Die Antragstellerin leitet ihre Rüge denn auch nur daraus ab, dass ihr im Zuge der Akteneinsicht bekannt geworden sei, dass die Auftraggeberin sich im Vorfeld noch nicht gänzlich schlüssig gewesen sei über die Einzelbewertung und von einem -- wie unstrittig ist -- rein intern gebliebenen Papier im Endergebnis abgewichen ist. Durch eine solche vorläufige Erwägungsplattform ist aber weder eine Selbstbindung der Auftraggeberin eingetreten noch offenbart eine Abweichung von dieser Grundlage ermessensfehlerhafte, gar willkürliche Bewertungsschritte. Der Vergabestelle muss eröffnet sein, im Entscheidungsfindungsprozess eine endgültige Bemessung nach einem sachgerechten Maßstab vorzunehmen. Hält sich die Endentscheidung in diesem Rahmen, ist die EntschlieÙung nicht zu rügen. Ein davon abweichendes vorläufiges Arbeitspapier ändert an dieser Einordnung nichts.

9.

a) Soweit die Vergabekammer in ihrer Entscheidung den Einwand der Unzuverlässigkeit der Beigeladenen, vermittelt durch Dr. Sch, für beachtlich erachtete und -- auch deshalb -- an die Vergabestelle die Sache zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen hat, sind wie bei jeder Aufhebung und Zurückverweisung beide Verfahrensbeteiligte, mithin sowohl die Antragstellerin wie im Übrigen auch die Beigeladene, beschwert.

b) Die Beigeladene hat die in der der Vergabestelle auferlegten Aufklärung liegende Wertung der Vergabekammer, dass die aufgezeigte gesellschaftsrechtliche Verquickung mit Dr. Sch Grund sein könnte, an der persönlichen Zuverlässigkeit der Beigeladenen berechnigte Zweifel zu hegen, zwar in der Beschwerdeerwiderung angegangen und auch im Parallelverfahren 2 Verg 2/00 , wo sie Antragstellerin ist, diesen Umstand thematisiert. Nur im hier betroffenen Verfahren hat aber die Vergabekammer diesen Sachverhaltsausschnitt zur Entscheidungsgrundlage erhoben. In diesem Verfahren hat die Beigeladene aber selbst kein Rechtsmittel eingelegt. Die Beigeladene, die anwaltlich vertreten ist, hat in der Parallelsache ihr Vorgehen ausdrücklich als sofortige Beschwerde gekennzeichnet und hier nur Anträge zu Kostenfragen gestellt. Danach kann ihrer von ihr selbst vorliegend geübten Verfahrensbeteiligung nicht beigemessen werden, sie habe selbst einen Rechtsbehelf einlegen wollen.

Beschluss des OLG Stuttgart

Vergabesenat vom 12.05.2000

2 Verg 1/00

Im Übrigen wäre die Beschwerdeerwiderung, würde ihr der Charakter einer Beschwedenschrift beigemessen, verspätet. Der Beschluss der Vergabekammer wurde dem Beigeladenenvertreter am 25.1.2000 zugestellt. Die Beschwerdeerwiderung ging am 15.2.2000 ein.

c) Diese Sachlage haben die Vertreter der Beigeladenen am Ende der mündlichen Verhandlung selbst erkannt, aber von einem eigenen Angriff -- verfahrenstechnisch: von einer unselbständigen Anschlussbeschwerde -- abgesehen.

d) In eine Prüfung eines endgültigen Ausschlusses dieser Konkurrentin auf die Rüge der Antragstellerin hin unter dem Gesichtspunkt einer angeblich nicht bestehenden Zuverlässigkeit wegen wirtschaftlicher Verflechtungen mit Dr. Sch muss der Senat nicht eintreten. Schon die Vergabekammer hat zugrundegelegt, dass der Vergabestelle die behaupteten Vorwürfe der Antragstellerin insoweit nicht bekannt gewesen seien und deshalb in der Vergabeentscheidung auch keinen Niederschlag hätten finden können. Der Vergabestelle muss aber eine originäre Prüfung dieser Rüge eröffnet sein. Diesem Gebot hat die Vergabekammer in einer von § 114 Abs. 1 S. 1 GWB gedeckten Weise Rechnung getragen.

Auch dies veranlasst, die weitere Teilhabe der Beigeladenen am Vergabeverfahren als offen zu behandeln. Dies macht den Antrag der Antragstellerin auf endgültigen Ausschluss dieser Konkurrentin (Antrag III) -- zumindest gegenwärtig -- unbegründet.

C

1.

Die Streitfrage, welche Kostenregeln für das Beschwerdeverfahren gelten (vgl. Darstellung Boesen, VergabeR (2000), § 128 GWB, 4 i.V.m. § 123, 83 bis 93; gemäß § 78 GWB : etwa OLG Celle B. v. 23.3.2000 -- 13 Verg 1/00 ; gemäß §§ 91 ff ZPO : OLG Naumburg B. v. 3.3.2000 -- 1 Verg 2/99 ; OLG Dresden B. v. 10.1.2000 -- Verg 1/99 ; Thüring. OLG B. v. 22.12.1999 -- 6 Verg 3/99 ; offengelassen in BayObLG B. v. 28.12.1999 -- Verg 7/99), hat der Senat im Sinne der Anwendung des § 128 GWB entschieden (Beschluss vom 24.3.2000 -- 2 Verg 2/99 ; ebenso OLG Düsseldorf BauR 99, 751 , 759). Eine Vorlage an den BGH (§ 124 Abs. 2 GWB) war schon deshalb nicht geboten, da sich vorliegend ein Unterschied im Ergebnis insoweit nicht einstellt.

2.

Das Rechtsmittel ist nur teilweise von Erfolg. Der Erfolg liegt lediglich in der endgültigen Ausscheidung der beiden universitätsnahen Bieter und in der Auferlegung einer spezifischen Begründungspflicht gegenüber der Vergabestelle.

Soweit den Anträgen im Übrigen entsprochen worden ist, verbirgt sich dahinter keine substantielle Änderung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Das Gebot, die

Beschluss des OLG Stuttgart

Vergabesenat vom 12.05.2000

2 Verg 1/00

beabsichtigte Zuschlagserteilung zu unterlassen, entsprach dem Gehalt der angefochtenen Entscheidung und war nur die Folge, dass die beabsichtigte Zuschlagserteilung fehlerbehaftet war und, wie schon von der Vergabekammer auferlegt, eine Neuverbescheidung ansteht. Wesentliche Anliegen, etwa den Bieter Universität H endgültig ausgeschieden zu wissen oder die Vergabestelle an ihr Arbeitspapier hinsichtlich der Bewertung des Erfahrungskriteriums zu binden, hat die Antragstellerin nicht erreicht.

3.

Danach erscheint eine Kostenaufhebung als angemessene Umsetzung des Verfahrensergebnisses. Dies bedeutet, dass Kostenerstattungspflichten bzw. Erstattungsansprüche hinsichtlich aller Beteiligten nicht gegeben sind. Die Gerichtskosten sind hälftig auf die Antragstellerin und die Antragsgegnerin zu verteilen. Die Beigeladene trifft insoweit, zumal sie sich nur auf Kostenanträge beschränkt hat, keine Kostenlast.

D

Die Festsetzung des Beschwerdewertes folgt § 12 a Abs. 2 GKG (Gröning ZIP 99, 181 , 186; Stickler in Reidt/Stickler/Glahs, VergabeR (2000), § 123 GWB , 18).

Urteil des OLG Düsseldorf Kartellsenat vom 26.01.2000

U (Kart) 6/99

Normen: § 20 Abs 1 GWB, § 33 S 1 GWB

Kartellrechtswidrige Behinderung und Diskriminierung konkurrierender Kfz-Schilderpräger durch unangekündigte Vermietung von Geschäftsräumen in einer Kfz-Zulassungsstelle

Orientierungssatz

Wenn eine Gemeinde Geschäftsräume in einer Kfz-Zulassungsstelle an einen Schilderprägebetrieb vermietet, ohne zuvor ihre Vermietungsabsicht öffentlich bekannt gegeben zu haben, liegt darin ein Verstoß gegen das kartellrechtliche Behinderungs- und Diskriminierungsverbot.

Fundstellen

NJWE-WettbR 2000, 174-176 (red. Leitsatz und Gründe)

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das am 06.11.1998 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Es wird festgestellt, dass der Beklagte es zu unterlassen hat, Räume im Straßenverkehrsamt in M künftig an Kraftfahrzeugkennzeichenhersteller zu vermieten, ohne die Absicht einer Vermietung vorher öffentlich bekannt gemacht zu haben.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des ersten Rechtszuges hat die Klägerin zu tragen.

Die Kosten des zweiten Rechtszuges werden zu 9/10 der Klägerin und zu 1/10 dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Klägerin betätigt sich mit bundesweit zahlreichen Niederlassungen an Standorten, an denen Kraftfahrzeug-Zulassungsstellen bestehen, als Herstellerin von Kraftfahrzeug-Kennzeichen. U.a. unterhält sie in der Nähe des Straßenverkehrsamtes des Beklagten, das sich in M, S Straße ... und ..., befindet, einen Schilderprägebetrieb, und zwar an der S Straße 1998/99 führte der Beklagte an dem Gebäude S Straße ... zur Erweiterung der dort untergebrachten Kfz.-Zulassungsstelle ein Anbauvorhaben durch, in dem Gewerberäume für vier Schilderprägeunternehmen vorgesehen waren und vermietet werden sollten. Obwohl der Beklagte seine Absicht einer Vermietung selbst nicht öffentlich bekannt gemacht hatte, bewarben sich elf Schilderprägeunternehmen um einen Mietvertrag. Daraufhin schloß der Beklagte mit vier in M ansässigen Unternehmen Mietverträge ab, die zunächst auf fünf Jahre befristet waren und einen Nettomietzins von monatlich 10.000 DM vorsahen. Die Klägerin bat den Beklagten, ihr zum Zweck einer Bewerbung um einen Mietvertrag Ausschreibungsunterlagen zukommen zu lassen, als der Beklagte über eine Vermietung an die erwähnten vier Unternehmen bereits entschieden hatte und die Entscheidung nicht mehr rückgängig machen wollte. Nach vorgerichtlichem Schriftwechsel (Anl. 1-4) hat die Klägerin den Beklagten mit der vorliegenden Klage auf Unterlassung in Anspruch genommen, Räume im Straßenverkehrsamt an Kraftfahrzeug-Kennzeichenhersteller zu vermieten, insbesondere an die erwähnten vier Firmen. Hilfsweise hat sie die Feststellung begehrt, dass der Beklagte ihr infolge der Vermietung von Räumen in der Kfz.-Zulassungsstelle im Straßenverkehrsamt M an die bezeichneten Unternehmen scha-

densersatzpflichtig sei. Zur Begründung hat die Klägerin sich auf kartellrechtliche Normen gestützt. Der Beklagte ist dem Klagebegehren entgegengetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe des Urteils wird Bezug genommen.

Die Klägerin hat hiergegen Berufung eingelegt, mit der sie ihr Prozeßziel, ergänzt um Hilfsanträge, weiter verfolgt. Sie vertieft ihren erstinstanzlichen Sachvortrag, wonach der Beklagte sie durch die Vermietung unbillig und ohne sachlich gerechtfertigten Grund behindere und gegenüber Mitbewerbern ungleich behandle. Die Klägerin steht auf dem Standpunkt, dass die abgeschlossenen Mietverträge wegen Verstoßes gegen das Verbot der Diskriminierung und Ungleichbehandlung in § 20 GWB unwirksam seien. Mit ihren Hilfsanträgen rügt sie u.a., dass der Beklagte vor Abschluß der Mietverträge kein Ausschreibungsverfahren durchgeführt habe und auch eine Werbung solcher Unternehmen, die nicht im Gebäude der Zulassungsstelle untergebracht seien, an Ort und Stelle nicht zulasse.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteil

1. den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, Räume im Straßenverkehrsamt in M an Kfz.-Kennzeichenhersteller zu vermieten, insbesondere an die Firmen

- a) S H, M,
- b) T M GmbH & Co., M,
- c) V-P GmbH, M,
- d) V S, S, M;

2. hilfsweise, den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, Räume im Straßenverkehrsamt in M an Kfz.-Kennzeichenhersteller zu vermieten, es sei denn, es werde vergeben

-- aufgrund einer Ausschreibung,

-- an den Höchstbietenden,

-- verbunden mit der Möglichkeit der nicht berücksichtigten Unternehmen, an Ort und Stelle zu werben;

3. hilfsweise dem Beklagten zu verbieten, Räume im Straßenverkehrsamt in M an die in Ziffer 1. benannten Unternehmen ohne vorangegangenes öffentliches Ausschreibungsverfahren zu überlassen und die mit den oben genannten Firmen geschlossenen Mietverträge fortzuführen;

4. hilfsweise, festzustellen, dass der Beklagte ihr infolge der Vermietung von Räumen in der Kraftfahrzeugzulassungsstelle im Straßenverkehrsamt M an die oben unter 1. bezeichneten Unternehmen schadensersatzpflichtig sei;

5. hilfsweise, festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet sei, es zukünftig zu unterlassen, Räume im Straßenverkehrsamt in M an Kfz.-Kennzeichenhersteller ohne vorangegangenes öffentliches Ausschreibungsverfahren zu vermieten.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte rügt die Zulässigkeit der in zweiter Instanz erstmals gestellten Hilfsanträge und widerspricht vor allem den mit der Berufung geäußerten Rechtsansichten. Er hat im Senatstermin durch seinen Prozeßvertreter allerdings zugesagt, dass er nach Beendigung der Mietverhältnisse über die Räume im Straßenverkehrsamt in M mit den im Berufungsantrag zu 1. genannten Unternehmen öffentlich bekannt machen wird, dass diese Räume neu vermietet werden sollen. Es ist damit nach seiner Auffassung eine Begehungsgefahr im Hinblick auf den Berufungsantrag zu 5. ausgeräumt.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze und die Anlagen, insbesondere auf die vorbezeichneten Aktenbestandteile und das Protokoll über den Senatstermin, Bezug genommen (GA 272 ff.).

Entscheidungsgründe

Die Berufung hat nur einen geringen Erfolg. Die Klage ist nur nach dem Hilfsantrag zu 5. begründet.

I.

Gegen die Zulässigkeit der erstmals im Berufungsrechtszug gestellten Hilfsanträge bestehen keine Bedenken (vgl. Zöller/Greger, 20. Aufl., § 260 ZPO, Rdnr. 4). Ihre Zulassung erscheint sachdienlich, zumal hierdurch ein Wechsel im Streitgegenstand nicht eingetreten ist, die Sache entscheidungsreif ist und der Beklagte seine diesbezügliche Rüge ebenso wenig spezifiziert hat.

II.

Es ist im Senatstermin mit den Parteien erörtert worden, wie die im Hilfsantrag zu 5. enthaltenen Worte "ohne vorangegangenes öffentliches Ausschreibungsverfahren" zu verstehen seien. Die Klägerin hat klargestellt, es sei hierunter nicht eine Ausschreibung im technischen Sinne, sondern eine formlose öffentliche Bekanntgabe, und zwar im Streitfall eine Bekanntgabe der Absicht einer Neuvermietung durch den Beklagten selbst zu verstehen. Mit dieser durch den Sachvortrag der Klägerin gedeckten Klarstellung ist der Hilfsantrag begründet, da der Beklagte im Fall einer Neuvermietung von Gewerberäumen in seiner Zulassungsstelle die entsprechende Absicht vorher bekannt zu machen und, wenn eine solche Bekanntmachung unterbleibt, eine Vermietung zu unterlassen hat. Das Begehren der Klägerin ist insoweit auf die Zukunft bezogen. Die Rechtsgrundlage ist in den §§ 20 Abs. 1 , 33 Satz 1 GWB (nF) zu sehen. Hiernach dürfen insbesondere marktbeherrschende Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsbetrieb, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln. Bei Verstößen sind sie Unterlassungsansprüchen des durch § 20 GWB geschützten Unternehmens ausgesetzt.

a) Der Beklagte ist Normadressat des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots gemäß § 20 Abs. 1 GWB . Er handelt bei der Fremdvermietung von Räumlichkeiten in den in seinem Eigentum oder Besitz stehenden Gebäuden als Unternehmen im Sinne des im Kartellrecht geltenden funktionalen Unternehmensbegriffs. Die Vermietung von Räumen stellt eine privatwirtschaftliche und der öffentlichen Hand im übrigen grundsätzlich gestattete Betätigung und Teilnahme am Wettbewerb dar.

Der relevante Markt, auf den zur Ermittlung der Marktstellung des Beklagten abzuheben ist, erstreckt sich in sachlicher und räumlicher Hinsicht auf das Angebot an Gewerbeflächen und -räumen, die sich für einen Hersteller von Kfz.-Kennzeichen, der sein Leistungsangebot an einer bestimmten Kfz.-Zulassungsstelle anbringen will, zur Nutzung eignen. Dieser Markt ist räumlich nicht auf die im Gebäude der Zulassungsstelle selbst vorhandenen Räume beschränkt, sondern umfaßt auch die in unmittelbarer Nähe dieses Gebäudes liegenden Gewerbeflächen. Dies rechtfertigt sich aus der Erfahrungstatsache, dass Kfz.-Kennzeichen nicht nur von im Gebäude einer Zulassungsstelle ansässigen Herstellern, vielmehr auch von solchen angeboten werden, die sich in der unmittelbaren Nähe niedergelassen haben.

Auf dem so umschriebenen Markt ist der Beklagte als Anbieter von Gewerbeflächen marktbeherrschend, da er hier eine überragende Marktstellung hat, § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB . Dies alles findet sich in dem den Parteien bekannten Urteil des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs vom 14.07.1998 (KZR 1/97) im einzelnen begründet, so dass der Senat

zur Vermeidung von Wiederholungen hierauf Bezug nehmen kann (Urteilsabdruck S. 8-10).

b) Bei der hier betroffenen Anmietung von Geschäftsräumen im Gebäude der Zulassungsstelle handelt es sich um einen Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist. Es ist grundsätzlich jedem Schilderhersteller möglich, an der Anmietung von Betriebsräumen teilzunehmen. Dass zahlenmäßige Zugangsbeschränkungen bestehen, schließt die Üblichkeit des Zugangs nicht aus. Entscheidend ist, dass die konkurrierenden Bewerber bei dem Geschäft der Kraftfahrzeugzulassung gleiche wirtschaftliche und unternehmerische Funktionen erfüllen (vgl. auch BGHZ 52, 65 , 70 -- Sportartikelmesse).

c) In der Vermietung von Räumen im Gebäude der Zulassungsstelle des Beklagten ist, ohne dass hiermit bereits ein Unwerturteil zu verbinden wäre, objektiv eine Behinderung und Ungleichbehandlung der Klägerin zu sehen.

d) Auf der Grundlage der gebotenen Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB ist festzustellen, dass die Behinderung der Klägerin durch den Beklagten unbillig ist und für eine Ungleichbehandlung ein sachlich gerechtfertigter Grund nicht besteht. Wenn der Beklagte vor einer Vermietung von Gewerberäumen im Gebäude seiner Zulassungsstelle keine Ausschreibung in dem oben dargestellten (untechnischen) Sinn durchführt, läßt es sich nicht zuverlässig vermeiden, dass nicht zum Zuge kommende Interessenten unbillig behindert oder ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden. Fehlt es, wie im Streitfall, an einer vorherigen öffentlichen Bekanntgabe der Absicht einer Vermietung, können bei der Vergabe nicht berücksichtigte Interessenten geltend machen, dass die Behinderung unbillig und die Ungleichbehandlung sachlich grundlos sei.

Es ist dem Beklagten zwar zuzugeben, dass eine Verpflichtung der öffentlichen Hand, Ausschreibungen durchzuführen, grundsätzlich nur bei der Vergabe von Aufträgen bestehen kann, wohingegen der Beklagte hier auf der Anbieterseite steht. Was für die Vergabe von Aufträgen durch die öffentliche Hand gilt, läßt sich nicht ohne weiteres auf das Angebot von Waren oder Dienstleistungen durch die öffentliche Hand übertragen. Die Verdingungsordnung für Leistungen ist daher von vornherein nicht anzuwenden (vgl. Senat, NJW-RR 1997, 294 , 295).

Es sprechen für eine Bekanntgabe in dem vorstehend und eingangs unter II. erläuterten Sinn durch die öffentliche Hand jedoch andere Überlegungen:

Die auf eine öffentliche Bekanntgabe eines Vermietungsvorhabens zu erwartende Reaktion gibt spiegelbildlich die bei Vermietungen der öffentlichen Hand an Gewerbetreibende zu berücksichtigende Interessenlage auf dem gewerblichen Sektor wieder. Sie liefert zugleich erste und gewichtige Anhaltspunkte für eine sachgerechte Auswahl unter den Interessenten. Inhalt und Herkunft von Bewerbungen geben nicht selten Aufschluß darüber,

welche Kriterien und Unterscheidungsmerkmale bei einer Vergabe überhaupt angelegt werden können. Ohne eine zur Sammlung des abzuwägenden Tatsachenstoffs geeignete Ausschreibung ist eine Auswahl nicht sachgerecht möglich, sondern könnte eine Entscheidung nur anhand abstrakt vorbestimmter und nicht unbedingt allein ausschlaggebender Kriterien getroffen werden. Von daher muss einer Anmietung von Geschäftsräumen durch die öffentliche Hand ein (formloses) Verfahren vorausgehen, mit dessen Hilfe diese überhaupt erst in die Lage versetzt wird, auf dem Markt vorhandene Anmietungsinteressen zu erkunden und zur Kenntnis zu nehmen. Dies kann im Wege einer Bekanntgabe in öffentlichen Anzeigern oder Tageszeitungen geschehen, muss aber in jedem Fall von der öffentlichen Hand selbst ausgehen und von ihr autorisiert sein. Es gewährleistet nur ein solches Verfahren, dass unter den in Frage kommenden Interessenten eine Auswahl nach angemessenen und fairen Bedingungen erfolgen kann. Ob im Rahmen einer derartigen Ausschreibung, mit der die öffentliche Hand ihre Absicht einer Vermietung öffentlich bekannt gibt, einzelne Vergabekriterien oder die Vergabekriterien vollständig zu bezeichnen sind, kann offen bleiben, ist aber immerhin fraglich. Es ist kaum ein Fall denkbar, in dem sich die Vergabemaßstäbe zuverlässig vorwegbestimmen lassen. Zweifeln läßt sich ebenfalls daran, ob bei einer Ausschreibung in dem genannten Sinn allein auf den Gesichtspunkt des Höchstgebots abgestellt werden kann, denn es sind daneben andere sachliche Gründe denkbar, die für eine anderweitige Vergabe sprechen können (vgl. auch Senat, a.a.O., 295 f.).

Der Beklagte hat sein Vorhaben einer Vermietung im Streitfall vor Abschluß von Mietverträgen nicht öffentlich bekannt gemacht. Anlässlich nach Art und Inhalt nicht genauer Berichte von dritter Seite, insbesondere aus redaktionellen Beiträgen in der lokalen Tagespresse, musste sich die Klägerin, und zwar entgegen der Auffassung des Beklagten, zu einer Bewerbung um eine Anmietung nicht aufgefordert sehen. Sie durfte eine vom Beklagten selbst ausgehende Bekanntgabe einer Vermietungsabsicht erwarten, nämlich zu einem Zeitpunkt, nachdem die mit der Willensbildung des Beklagten nach der Gemeindeordnung befaßten Organe diesem Vorhaben zugestimmt hatten. Es oblag dem Beklagten selbst, das Verfahren der Vermietung sodann zu ordnen und sicher zu stellen, dass die an einer Anmietung Interessierten zu diesem Verfahren Zugang erhielten. Mehr oder weniger zufällige Mitteilungen von dritter Seite ersetzen dies nicht.

e) Da der Beklagte das Erfordernis einer öffentlichen Bekanntgabe im Streitfall nicht beachtet hat, besteht Wiederholungsgefahr, die durch die im Senatstermin abgegebene einfache Zusage des Beklagten, nach Beendigung bestehender Mietverhältnisse öffentlich bekannt zu machen, dass die in Betracht kommenden Räume neu vermietet werden sollen, nicht ausgeräumt ist. Eine bestehende Wiederholungsgefahr entfällt -- in aller Regel und so auch hier -- nur dann, wenn der Verletzer dem Verletzten gegenüber eine durch ein Vertragsstrafeversprechen angemessen gesicherte Unterlassungsverpflichtung eingeht oder, mit anderen Worten ausgedrückt, sich "unterwirft" (vgl. Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Aufl., Kapitel 7, Rdnr. 4 m.w.N.). Die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung hat der Beklagte im Senatstermin auf Frage ausdrücklich abgelehnt.

III.

Die übrigen Klageanträge sind unbegründet.

a) Der Hauptantrag (zu 1)) ist auf ein vollständiges Verbot der Vermietung gerichtet. Ein derartiges Verbot gibt die in den §§ 20 Abs. 1 , 33 GWB liegende Anspruchsgrundlage nicht her (vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 14.07.1998 -- KZR 1/97 --, Urteilsabdruck S. 12 f.). Anderes kann nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen, in denen eine Gefährdung des Wettbewerbsbestandes zu besorgen ist, in Erwägung gezogen werden. Ein solcher Ausnahmefall ist hier nicht gegeben.

b) Der Hilfsantrag zu 2), der im Kern darauf abzielt, dem Beklagten eine Durchführung der abgeschlossenen Mietverträge mit den vier Schilderprägeunternehmen, denen die vermieteten Räume derzeit zum Gebrauch überlassen sind, zu untersagen, ist auf eine unmögliche Leistung gerichtet, § 306 BGB . Zu einer unmöglichen Leistung besteht keine rechtliche Verpflichtung, und es kann der Beklagte dahingehend jedenfalls dann auch nicht verurteilt werden, wenn die die Unmöglichkeit begründenden Tatsachen unstreitig sind. Dass die Mieter des Beklagten von sich aus zu einer vorzeitigen Aufgabe der Mietverträge bereit wären, ist im übrigen nicht zu erkennen.

Der Gesichtspunkt der Unmöglichkeit stände einer antragsgemäßen Verurteilung des Beklagten nur dann nicht entgegen, wenn der Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB die mit den Konkurrenten abgeschlossenen Mietverträge gemäß § 134 BGB als unwirksam erscheinen ließe. Ein Verstoß gegen § 20 GWB kann jedoch die Unwirksamkeit eines Vertrages im allgemeinen nur begründen, wenn er sich unmittelbar aus dem betreffenden Rechtsgeschäft ergibt und nicht anders als durch Aufhebung dieses Vertrages beseitigt werden kann (vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl., § 26 GWB, Rdnr. 298 m.w.N. sowie Senatsurteil vom 04.04.1997 -- U (Kart) 39/95). Eine solche Fallgestaltung ist hier nicht gegeben, zumal ein Interessenausgleich zugunsten eines an einer Vermietung interessierten, aber nicht zum Zuge gekommenen Bewerbers auch durch Leistung von Schadensersatz in Betracht gezogen werden muss. Vor allem mit diesem Aspekt hat sich das Oberlandesgericht S, das gegenteiliger Auffassung ist, nicht auseinandergesetzt (vgl. NJW-RR 1997, 1541 , 1543).

Anders könnte die Rechtslage dagegen zu beurteilen sein, wenn der Beklagte und die im Gebäude der Zulassungsstelle jetzt ansässigen Mitbewerber der Klägerin bei der Vermietung in Kenntnis ihres (der Klägerin) Anmietungsinteresses und zum Nachteil der Klägerin zusammengewirkt hätten, um sie von einer Anmietung auszuschließen. Eine solche Handlungsweise erfüllte den Tatbestand einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB , deren tatbestandliche Elemente allerdings von der Klägerin -- ohne dass ihr hierbei Erleichterungen zugute kämen -- schlüssig darzulegen und unter Beweis zu stellen waren. Es ist hierfür aber kein greifbarer und unter Beweis stehender Vortrag vorhanden.

Die Klägerin begehrt mit dem Hilfsantrag zu 2. nicht eine Verurteilung des Beklagten, jetzt eine Ausschreibung durchzuführen und/oder eine Werbemöglichkeit zur Verfügung zu stellen, dies im Sinne eines positiven Tuns. Der Antrag ist nicht als Leistungsantrag in einem derartigen Sinn formuliert, sondern als Unterlassungsantrag mit einer Einschränkung: es soll eine Vermietung nur dann nicht untersagt sein, wenn eine Ausschreibung stattfindet und die Möglichkeit einer Werbung besteht.

c) Mit dem Hilfsantrag zu 3. will die Klägerin eine Fortführung der abgeschlossenen Mietverträge unmittelbar untersagt sehen. Ein rechtlicher Ansatzpunkt für dieses Begehren ist nicht vorhanden, da die abgeschlossenen Mietverträge nicht feststellbar unwirksam sind.

d) Gegenstand des Hilfsantrages zu 4. ist das Begehren der Klägerin, eine Schadensersatzverpflichtung des Beklagten festzustellen. Das Feststellungsbegehren ist unbegründet, da selbst auf der Grundlage, dass das Unterbleiben einer Ausschreibung in dem oben dargestellten Sinn kartellrechtswidrig war, die Klägerin nicht dargelegt hat, es sei ihr mit zureichender Wahrscheinlichkeit hierdurch kausal ein Schaden entstanden. Hierzu war es erforderlich darzulegen, dass ihr ohne den Verstoß, mithin bei einer Bekanntgabe der Vermietungsabsicht Gewerberaum im Gebäude der Zulassungsstelle des Beklagten zur Anmietung zugeschlagen worden wäre. Ein dahingehender Vortrag fehlt. Ein solcher Vortrag hätte sich insbesondere auch damit auseinanderzusetzen gehabt, aus welchen Gründen der Beklagte, der bei der Vermietung den nicht von vornherein als sachfremd abzutenden Gesichtspunkt einer Förderung regional ansässiger Wirtschaftsunternehmen im Auge gehabt hat, zu denen die Klägerin nicht gehört, die Klägerin unter elf weiteren Interessenten hätte berücksichtigen müssen. Sachliche Gesichtspunkte, die zu ihren Gunsten den Ausschlag hätten geben können, finden sich im Vorbringen der Klägerin nicht genannt.

e) Für die hiernach abschlägig beschiedenen Anträge besteht ebensowenig eine Rechtsgrundlage in § 1 UWG . Im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung sind die gleichen Beurteilungsmaßstäbe anzuwenden, die auch bei § 20 GWB maßgebend sind (vgl. BGHZ 96, 337 , 346 -- Abwehrblatt II).

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91 , 92 Abs. 1 , 97 Abs. 1 , 708 Nr. 10 , 713 ZPO .

Der Streitwert für den Berufungsrechtszug wird festgesetzt auf 50.000 DM.

Der Wert der Beschwer der Klägerin beträgt 45.000 DM, derjenige auf Seiten des Beklagten 5.000 DM.

Urteil des BGH Kartellsenat vom 28.09.1999

Beteiligungsverbot für Schilderträger

KZR 18/98

Normen: § 14 GWB, § 16 GWB, § 21 Abs 1 GWB, § 1 UWG

Boycottverbot: Vertikalvertragliche Vereinbarung als Boykottaufruf; gesellschaftsrechtliche Beteiligung als Gegenstand; Marktstellung als Unbilligkeitskriterium - Beteiligungsverbot für Schilderträger

Leitsatz

Beteiligungsverbot für Schilderträger

1. Eine nach GWB § 21 Abs 1 verbotene Aufforderung zu einer Liefer- oder Bezugssperre kann sich aus einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Verrufer und dem Adressaten des Boykottaufrufs ergeben.
2. Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung an einem Unternehmen stellt eine gewerbliche Leistung dar, die Gegenstand eines verbotenen Boykotts sein kann.
3. Im Rahmen der Interessenabwägung, die bei GWB § 21 Abs 1 zur Feststellung einer Unbilligkeit der Behinderung stattzufinden hat, kann es maßgeblich darauf ankommen, ob der Verrufer über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

Fundstellen

EBE/BGH 1999, 387-390 (Leitsatz und Gründe)

ZIP 1999, 2069-2073 (Leitsatz und Gründe)

WRP 2000, 89-92 (Leitsatz und Gründe)

Urteil des BGH Kartellsenat vom 28.09.1999

Beteiligungsverbot für Schilderträger

KZR 18/98

WuW/E DE-R 395-399 (Leitsatz und Gründe)
WM 2000, 206-209 (Leitsatz und Gründe)
NJW 2000, 809-811 (Leitsatz und Gründe)
ZMR 2000, 159-162 (Leitsatz und Gründe)
LM GWB § 21 Nr 10 (3/2000) (Leitsatz und Gründe)
DB 2000, 204-206 (Leitsatz und Gründe)
GewArch 2000, 163-165 (Leitsatz und Gründe)
GRUR 2000, 344-347 (Leitsatz und Gründe)
BGHR GWB 1999 § 21 Abs 1 Absicht 1 (Gründe)
BGHR GWB 1999 § 21 Abs 1 Bezugssperre 2 (Leitsatz und Gründe)
BGHR GWB 1999 § 21 Abs 1 Boykottaufruf 2 (Leitsatz und Gründe)
BGHR GWB 1999 § 21 Abs 1 Unbilligkeit 1 (Leitsatz und Gründe)
BGHR UWG § 1 Boykott 1 (Gründe)

weitere Fundstellen

EBE/BGH 1999, BGH-Ls 619/99 (Leitsatz)
Magazindienst 2000, 148 (Leitsatz)

Verfahrensgang

vorgehend OLG Dresden Kartellsenat, 11. Juni 1998, Az: U 478/98 Kart
vorgehend LG Leipzig, 9. Januar 1998, Az: 6 HKO 7864/97

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Fortführung BGH Kartellsenat, 8. April 2003, Az: KZR 39/99
Anschluß OLG Düsseldorf Kartellsenat, 12. Dezember 2001, Az: U (Kart) 4/01
Festhaltung BGH Kartellsenat, 3. Juli 2001, Az: KZR 11/00

Literaturnachweise

Hans-Jürgen Ahrens, GRUR 2000, 347-350 (Anmerkung)
Volker Emmerich, LM GWB § 21 Nr 10 (3/2000) (Anmerkung)

Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 11. Juni 1998 aufgehoben.

Urteil des BGH Kartellsenat vom 28.09.1999

Beteiligungsverbot für Schilderpräger

KZR 18/98

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist ein bundesweit tätiges Unternehmen der Schilderprägebranche. Der beklagte Landkreis ist Eigentümer eines Geländes, auf dem sich neuerdings die Kfz-Zulassungsstelle des Landkreises befindet. Bei einer Ausschreibung der Vermietung von drei Containerstandplätzen für Schilderprägebetriebe war die Klägerin nicht zum Zuge gekommen, weil es sich bei ihr nicht um ein aus dem Landkreis stammendes Unternehmen handelt. Diese Entscheidung nimmt die Klägerin hin. Sie wendet sich dagegen, dass der Beklagte die ausgewählten Schilderprägebetriebe dazu verpflichtet hat, mit der Klägerin in keiner Weise zusammenzuarbeiten. Es geht dabei um folgende Regelung im Mietvertrag (Anlage zu § 26, Anl. K 5), der die drei Vertragspartner des Beklagten - mit der nachstehend kursiv wiedergegebenen Ergänzung - zugestimmt haben:

Dem Mieter ist bekannt, dass er den Zuschlag für die vermietete Standfläche aus Gründen der Wirtschaftsförderung nur deshalb erhalten hat, weil er nach seinen Angaben im Zuschlagsverfahren ein allein mit Hauptsitz im Landkreis S. ansässiger und tätiger Unternehmer der Schilderprägebranche ist, der mit keinem Großfilialisten der gleichen Branche, insbesondere mit der Fa. K. GmbH <Rechtsvorgängerin der Klägerin> und der mit dieser verbundenen Firmen, in irgendeiner Form zusammenarbeitet, abhängig ist oder in geschäftlichen Beziehungen steht bzw. auf deren Rechnung - auch teilweise - sein Gewerbe ausübt <Anmerkung der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: der nun folgende Text bis zum Satzende ist im Original kursiv wiedergegeben>, mit Ausnahme solcher Beziehungen, die in dieser Branche unumgänglich bzw. üblich sind (z.B. Beziehen von Materialien von der Fa. U. KG). Dass keine solchen rechtlichen/tatsächlichen Beziehungen bestehen oder in Zukunft aufgenommen werden, sichert der Mieter hiermit ausdrücklich zu.

Die Parteien sind sich darüber einig, dass dem Vermieter ein besonderes, außerordentliches Kündigungsrecht für den Fall zusteht, wenn entgegen der vorgenannten Zusicherung, die Grundlage für den Abschluß dieses Mietvertrages ist, solche Beziehungen dennoch zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrages schon bestanden haben, danach eingegangen und/oder weiter aufrechterhalten werden sollten.

Nach dem Bekanntwerden oder dem Aufkommen des Verdachtes auf solche Beziehungen bei dem Vermieter obliegt es dem Mieter, diesen Verdacht nach vorheriger schriftlicher Aufforderung unter Angabe der Verdachtsmomente beweiskräftig auszuräumen. Gelingt

Urteil des BGH Kartellsenat vom 28.09.1999

Beteiligungsverbot für Schilderträger

KZR 18/98

ihm dies nicht, ist der Vermieter berechtigt, ohne Einhaltung einer Frist das Mietverhältnis zu kündigen. ...

Im Rahmen der Auseinandersetzung über diese Vereinbarung erläuterte der Beklagte sein Vorgehen gegenüber den Mietern und gegenüber der Klägerin wie folgt (Rundschreiben vom 7.11.1996, Anl. K 6):

Die Zusatzvereinbarung unter § 26 des Mietvertrages ist einzig und allein dahingehend zu interpretieren, dass gesellschaftsrechtliche Verflechtungen (vgl. insoweit insbesondere die Legaldefinition in § 271 HGB) zwischen Ihnen und irgendwelchen überregional tätigen Firmen/Personen durch diese Klausel verhindert werden sollen. Hierunter fällt insbesondere auch ein sogenannter Vertrag zur Errichtung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Zwecke der Herstellung und des Vertriebes von Kraftfahrzeugkennzeichenschildern, Prägeschildern und sonstigen Schildern aller Art und artverwandter Produkte, wie ihn inzwischen Herr W. mit der Fa. D. & Partner GbR mit der Folge, dass ihm gekündigt worden ist, geschlossen hat.

Der Landkreis bezweckte und bezweckt nämlich mit der Vergabe der an Sie vermieteten Standflächen, Ihnen als kreiseinheimischen Schilderherstellern die Möglichkeit einzuräumen, sich eine eigenständige und unabhängige wirtschaftliche Existenzgrundlage aufbauen zu können. Die Landkreisverwaltung sieht sich in Anbetracht der sehr hohen Arbeitslosenquote in unserem Landkreis hierzu in die Pflicht genommen. Sie sind selbstverständlich nicht gehindert, auch gesellschaftsrechtliche Bindungen mit vorgenannten Firmen/Personen einzugehen, müssen dann allerdings in der Konsequenz - wie jetzt bereits Herr W. - auf die an Sie vermieteten Standflächen verzichten.

Die Zusatzvereinbarung unter § 26 des Mietvertrages bezweckt also nicht, Sie daran zu hindern, in geschäftliche Kontakte mit der Fa. K. AG <Klägerin>, mit dieser verbundenen Firmen/Personen oder überhaupt sonstigen überregional tätigen Firmen/Personen der Schilderprägebranche zu treten. Es bleibt Ihnen also völlig unbenommen, alles, was Sie für die Durchführung Ihres Gewerbes an geschäftlichen Kontakten für erforderlich oder für sich als vorteilhaft halten bzw. was Sie an Materialien (z.B. Prägemaschinen, Platinen usw.) benötigen, über geschäftliche Kontakte z.B. von der Fa. K. AG zu beziehen. Die in Absatz 1 der Zusatzvereinbarung unter § 26 der Mietverträge benannte Fa. U. ist insoweit nur beispielhaft zu verstehen.

Der Landkreis wird aus solchen Geschäftskontakten in keinsten Weise Verstöße i.S.d. vorgenannten Vertragsbestimmung schließen, was Ihnen hiermit über das bereits mündlich Gesagte auch ausdrücklich schriftlich zugesichert wird. Sie haben also wegen Geschäftsbeziehungen dieser Art keinerlei Nachteile zu befürchten. Den Landkreis interessiert nämlich überhaupt nicht - wie schon mündlich mit treffenden Worten dargelegt -, von wem Sie ihre Arbeitsmittel usw. beziehen.

Urteil des BGH Kartellsenat vom 28.09.1999

Beteiligungsverbot für Schilderträger

KZR 18/98

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die vom Beklagten durchgesetzte Mietvertragsklausel enthalte einen kartellrechtlich und lauterkeitsrechtlich unzulässigen Boykottaufruf. Mit der vorliegenden Klage hat sie den Beklagten wegen der Verwendung dieser Klausel auf Unterlassung in Anspruch genommen und beantragt, es dem Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen,

Mietverträge über eine Stellfläche zur Aufstellung eines Containers zur Prägung von Kfz-Kennzeichen auf dem Grundstück ... abzuschließen und/oder bereits abgeschlossene Mietverträge fortzuführen, falls der Mietvertrag die ... (oben wiedergegebene) Klausel enthält.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er hat sich auf den Standpunkt gestellt, die Klausel enthalte keine Liefer- oder Bezugssperre, sondern diene nur der bei der Vergabe der Standflächen verfolgten Förderung der einheimischen Wirtschaft.

Das Landgericht hat der Klage unter dem Gesichtspunkt eines Boykotts nach § 26 Abs. 1 GWB a.F. (jetzt § 21 Abs. 1 GWB) und einer wettbewerbswidrigen Behinderung nach § 1 UWG stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen (OLG-Report Dresden 1998, 354).

Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie ihren Klageantrag weiterverfolgt. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch der Klägerin aus § 35 Abs. 1 i.V. mit § 26 Abs. 1 GWB a.F. (jetzt § 33 Satz 1 i.V. mit § 21 Abs. 1 GWB) sowie aus § 1 UWG verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Ein kartellrechtlich unzulässiger Boykottaufruf liege bereits deshalb nicht vor, weil es an dem Merkmal der Aufforderung zu einer Liefer- oder Bezugssperre fehle. Die beanstandete Klausel ziele darauf ab, nicht den Warenaustausch, sondern gesellschaftsrechtliche Verflechtungen mit der Klägerin oder einem anderen überregional tätigen Unternehmen zu unterbinden. Darüber hinaus liege auch keine Absicht vor, bestimmte Unternehmen unbillig zu behindern. Dem beklagten Landkreis sei es allein darum gegangen, gesellschaftsrechtliche Verflechtungen der ausgewählten Mieter mit Großfilialisten der Branche zu verhindern. Das dahinter stehende Ziel des Beklagten, die Wettbewerbschancen einheimischer Bewerber zu stärken, indem ihnen ein Standortvorteil eingeräumt werde, sei rechtlich nicht zu beanstanden. Dabei seien Großunternehmen ausgeschlossen worden, denen es durch ihre wirtschaftliche Überlegenheit möglich sei, den Wettbewerb durch Niedrig-

Urteil des BGH Kartellsenat vom 28.09.1999

Beteiligungsverbot für Schilderträger

KZR 18/98

preise zu verzerren und dadurch einheimische Wettbewerber zur Aufgabe ihrer unternehmerischen Betätigung zu zwingen. Die weite Fassung der Vertragsklausel diene allein dem Zweck, Umgehungen zu vermeiden, wie sie bereits in der Vergangenheit vorgekommen seien. Im übrigen fehle es auch deswegen an einer unbilligen Behinderung, weil der Klägerin in ausreichendem Maße andere Bezugs- und Absatzmöglichkeiten zur Verfügung stünden.

Ein Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG scheidet aus, weil die Parteien nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stünden. Ferner sei zu berücksichtigen, dass der Beklagte lediglich den vor Ort ansässigen selbständigen Unternehmen in rechtlich nicht zu mißbilligender Weise einen Standortvorteil habe gewähren wollen.

II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision nicht stand. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Die bislang getroffenen Feststellungen rechtfertigen es nicht, den von der Klägerin geltend gemachten Unterlassungsanspruch aus § 33 Satz 1 i.V. mit § 21 Abs. 1 GWB n.F. zu verneinen. Nach diesen Bestimmungen dürfen Unternehmen ein anderes Unternehmen nicht in der Absicht, bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefer- oder Bezugssperren auffordern.

a) Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Anwendbarkeit des Boykottatbestandes nach § 21 Abs. 1 GWB weder dadurch in Frage gestellt wird, dass es sich bei der fraglichen Klausel um eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung in einem Austauschvertrag handelt, noch dadurch, dass auch eine unbillige Behinderung der Klägerin nach § 20 Abs. 1 GWB in Betracht zu ziehen gewesen wäre.

Der Umstand, dass die von der Klägerin beanstandete Sperre in einem Mietvertrag, also in einer Vertikalvereinbarung i.S. der §§ 14 ff. GWB, enthalten ist, schließt die Anwendbarkeit des § 21 Abs. 1 GWB nicht aus. Allerdings fallen die regelmäßigen Wirkungen der Ausschließlichkeitsbindungen nach § 16 GWB nicht unter § 21 Abs. 1 GWB; denn die jeder Ausschließlichkeitsbindung immanente Folge des Ausschlusses anderer Unternehmen nimmt das Gesetz hin und unterwirft sie lediglich einer Mißbrauchskontrolle durch die Kartellbehörden (vgl. BGH, Beschl. v. 5.7.1973 - KVR 3/72, WuW/E 1269, 1275 f. - Fernost-Schiffahrtskonferenz; Wolter in Frankfurter Kommentar zum GWB, 3. Aufl., § 18 Rdn. 192; Klosterfelde/Metzlaff in Langen/Bunte, Kartellrecht, 8. Aufl., § 18 GWB Rdn. 248; ferner Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl., § 18 Rdn. 256 ff.). Die restriktive Anwendung des § 21 Abs. 1 GWB auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in Vertikalverträgen findet jedoch dort ihre Grenze, wo die Beschränkung eine gegen bestimmte Dritte gerichtete Zielsetzung aufweist und wo mit ihrer Hilfe bestimmte, individualisierbare Unternehmen getroffen oder sogar vom Markt verdrängt oder ferngehalten werden sollen (vgl. BGH, Beschl. v. 4.11.1980 - KRB 3/80, WuW/E 1786 - ARA; Wolter in Frankfurter Kommentar aaO § 18 Rdn. 192; Emmerich in Immenga/Mestmäcker aaO § 18 Rdn. 258).

Urteil des BGH Kartellsenat vom 28.09.1999

Beteiligungsverbot für Schilderpräger

KZR 18/98

Mit der Öffnung des Anwendungsbereichs des § 21 Abs. 1 GWB für derartige Vertikalvereinbarungen ist im übrigen nicht notwendig ein Unwerturteil verbunden. Denn besondere Umstände, die eine derartige Klausel als berechtigt erscheinen lassen, können noch im Rahmen der Interessenabwägung, die bei Prüfung des Merkmals der Unbilligkeit der Beeinträchtigung stattzufinden hat, berücksichtigt werden.

Dass in dem Verhalten des Beklagten auch ein Verstoß gegen das Verbot der unbilligen Behinderung nach § 20 Abs. 1 GWB liegen kann, steht der Anwendung des § 21 Abs. 1 GWB ebenfalls nicht entgegen (BGH, Urt. v. 30.9.1971 - KZR 13/70, WuW/E 1211, 1216 - Kraftwagen-Leasing; Markert in Immenga/ Mestmäcker aaO § 26 Rdn. 314; Carlhoff in Frankfurter Kommentar aaO § 26 Rdn. 413).

b) Ein Boykottaufruf im Sinne des § 21 Abs. 1 GWB setzt die Beteiligung dreier Unternehmen (oder Unternehmensvereinigungen) voraus: den Verrufer, den Adressaten des Boykottaufrufs und den Verrufenen (BGH, Urt. v. 10.10.1989 - KZR 22/88, WuW/E 2603, 2605 - Neugeborenentransporte; Urt. v. 27.4.1999 - KZR 54/97 , WuW/E DE-R 303, 304 - "Sitzender Krankentransport"). Diese Dreizahl der beteiligten Unternehmen ist hier gegeben.

c) Das Berufungsgericht hat angenommen, es fehle schon an der Aufforderung zu einer Liefer- oder Bezugssperre; denn die beanstandete Klausel sei lediglich darauf angelegt, gesellschaftsrechtliche Verflechtungen des Mieters mit Großanbietern wie der Klägerin, nicht dagegen die Belieferung durch solche Unternehmen zu unterbinden.

Diese Beurteilung steht mit den getroffenen Feststellungen nicht im Einklang. Denn ungeachtet der Motive, die den Beklagten dazu bewogen haben, auf der beanstandeten Klausel zu bestehen, erfaßt sie auch die Lieferung von Material oder Maschinen durch Unternehmen wie die Klägerin, ausgenommen solche Lieferungen, die unumgänglich oder branchenüblich sind. Dies erkennt auch das Berufungsgericht, wenn es darauf hinweist, dass die mit Hilfe der fraglichen Klausel zu vermeidende Abhängigkeit etwa auch dann eintrete, wenn mit einem überregional tätigen Unternehmen der Alleinbezug von Materialien vereinbart werde.

Darüber hinaus bleibt bei der Beurteilung durch das Berufungsgericht - worauf die Revision zutreffend hinweist - unberücksichtigt, dass auch die gesellschaftsrechtliche Beteiligung an einem Unternehmen eine gewerbliche Leistung darstellt, die Gegenstand eines Boykotts, also einer Liefersperre, sein kann. Dass es sich dabei um den üblichen Geschäftsverkehr handelt, also um das tägliche Angebots- oder Nachfrageverhalten der Boykottadressaten, hier der drei Schilderpräger, mit denen der Beklagte Mietverträge abgeschlossen hat, ist nicht erforderlich (vgl. Carlhoff in Frankfurter Kommentar aaO § 26 Rdn. 31; Markert in Immenga/Mestmäcker aaO § 26 Rdn. 23). Vielmehr kann sich der Boykottaufruf auch darauf beziehen, bestimmten Dritten keine Anteile am Unternehmen des Boykottadressaten zukommen zu lassen oder ihnen sonst in irgendeiner Weise besonderen Einfluß einzuräumen.

Urteil des BGH Kartellsenat vom 28.09.1999

Beteiligungsverbot für Schilderpräger

KZR 18/98

d) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann nach den getroffenen Feststellungen auch nicht verneint werden, dass die Aufforderung des Beklagten auf eine unbillige Beeinträchtigung der Klägerin gerichtet war.

aa) Das Berufungsgericht hat eine unbillige Beeinträchtigung der Klägerin schon deswegen verneint, weil ihr andere Bezugs- und Absatzmöglichkeiten in ausreichendem Maße zur Verfügung stünden. Auf diesen Gesichtspunkt kommt es indessen nicht entscheidend an. Die Frage, ob eine Beeinträchtigung unbillig ist, muss ebenso wie im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB durch eine umfassende Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB beantwortet werden (BGH, Beschl. v. 25.10.1988 - KRB 4/88, WuW/E 2562, 2563 - markt-intern-Dienst; Urt. v. 2.7.1996 - KZR 20/91 , WuW/E 3067, 3071 - Fremdleasingboykott II; WuW/E DE-R 303, 305 f. - "Sitzender Krankentransport"; Markert in Immenga/Mestmäcker aaO § 26 Rdn. 37 f.; v. Gamm, Kartellrecht, 2. Aufl., § 26 GWB Rdn. 17). Die alternativen Absatz- oder Bezugsmöglichkeiten des gesperrten Unternehmens können in diesem Rahmen eine Rolle spielen, jedoch allein als ein Umstand unter mehreren. Keinesfalls ist eine Liefer- oder Bezugssperre schon deshalb unbedenklich, weil das gesperrte Unternehmen andere Absatz- oder Bezugsmöglichkeiten hat. Denn die Abhängigkeit des gesperrten Unternehmens ist keine Voraussetzung des Boykottatbestandes.

bb) Im Rahmen der Interessenabwägung ist zunächst zu berücksichtigen, dass es sich bei der im Streitfall beanstandeten Klausel um eine Ausschließlichkeitsbindung i.S. des § 16 GWB handelt, die das Gesetz grundsätzlich als zulässig erachtet. Dem Vermieter ist es - vorbehaltlich des Einschreitens der Kartellbehörde - nicht schlechthin verwehrt, im Rahmen des Mietvertrages auf die Art und Weise der Nutzung der Räumlichkeiten Einfluß zu nehmen und dabei entsprechend den eigenen wirtschaftlichen oder sonstigen Interessen seine Verfügungsgewalt auch in der Weise auszuüben, dass beispielsweise die Waren eines bestimmten dritten Unternehmens vom Mieter nicht angeboten werden dürfen.

cc) Von entscheidender Bedeutung ist danach, ob das Interesse des Beklagten, die einheimischen Schilderpräger zu Lasten auswärtiger Unternehmen zu begünstigen, auch mit Blick auf die Zielsetzung des GWB als berechtigt angesehen werden kann. Diese Frage kann auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht abschließend beantwortet werden.

Das Berufungsgericht hat bislang keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Beklagte als Vermieter der Standflächen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (vgl. dazu BGH, Urt. v. 14.7.1998 - KZR 1/97 , WuW/E DE-R 201, 202 - Schilderpräger im Landratsamt). Hierzu bestand aus seiner Sicht zunächst auch keine Veranlassung, da der Beklagte ungeachtet einer besonderen Marktstellung Adressat des Boykottverbots ist. Jedoch kann die Frage der Marktstellung bei der Bewertung der Interessen auch im Rahmen des Boykottatbestands des § 21 Abs. 1 GWB eine entscheidende Rolle spielen. So verhält es sich

Urteil des BGH Kartellsenat vom 28.09.1999

Beteiligungsverbot für Schilderträger

KZR 18/98

im Streitfall. Denn der Beklagte wäre für den Fall, dass er als Vermieter geeigneter Gewerbeflächen für Schilderträger am Sitz der neuen Kfz-Zulassungsstelle über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, grundsätzlich zu einer Gleichbehandlung der Interessenten verpflichtet. Jedenfalls wäre eine Bevorzugung einheimischer Unternehmen zu Lasten der - unterstellt - günstigeren oder qualitativ besseren Gebote kreisfremder Schilderträger nicht gerechtfertigt (vgl. BGH WuW/E DE-R 201, 205 - Schilderträger im Landratsamt).

Im Streitfall wendet sich die Klägerin zwar nicht dagegen, dass sie als kreisfremde Nachfragerin bei der Ausschreibung der Containerstandflächen nicht zum Zuge gekommen ist. Die Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Ausschreibung und Entscheidung, an drei kreisangehörige Schilderträger zu vermieten, steht deswegen auch nicht zur Überprüfung. Gleichwohl hängt auch die Interessenabwägung im Streitfall von der Frage ab, ob die Bevorzugung einheimischer Unternehmen rechters war. Denn entweder ist gegen eine Bevorzugung einheimischer Schilderträger nichts einzuwenden; dann kann auch das Interesse an flankierenden Maßnahmen berechtigt sein, wie sie der Beklagte in den Mietverträgen vorgesehen hat. Oder der Beklagte war als marktbeherrschender Anbieter Normadressat des Diskriminierungsverbots und damit grundsätzlich zur Gleichbehandlung der Interessenten verpflichtet; in diesem Fall kann sein Interesse, nur kreisangehörige Unternehmen zu berücksichtigen und den Markt gegenüber auswärtigen, möglicherweise erheblich leistungskräftigeren Schilderträgern abzuschotten, nicht als berechtigt angesehen werden. Im Blick auf die Zielsetzung des Gesetzes genießt das Interesse, die einheimische Wirtschaft vor dem Wettbewerb auswärtiger Unternehmen zu schützen, keinen Schutz.

e) Mit Erfolg rügt die Revision, dass das Berufungsgericht eine entsprechende Absicht des Beklagten, die Klägerin unbillig zu beeinträchtigen, verneint hat. Das Berufungsgericht hat nicht beachtet, dass auch das Verbot einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung, auf das das Verhalten des Beklagten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in erster Linie abzielt, eine Liefersperre i.S. des § 21 Abs. 1 GWB sein kann (dazu oben unter II.1.c). Darüber hinaus hat der Beklagte auch mit Hilfe der Bezugssperre eine besondere Einflußnahme der Klägerin oder anderer Großanbieter auf die Mieter der Containerstandflächen vermeiden wollen. Auch hier deckt sich die Absicht des Beklagten mit dem vertraglich vereinbarten Verbot. Dass der Beklagte - wovon auszugehen ist - sein Verhalten als rechtmäßig angesehen hat, steht der Annahme einer Beeinträchtigungsabsicht nicht entgegen (vgl. nur BGH WuW/E 3067, 3072 - Fremdleasingboykott II).

2. Ebenfalls mit Erfolg rügt die Revision, dass das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin aus § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt einer wettbewerbswidrigen Behinderung nicht als gegeben angesehen hat.

a) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht ein Handeln des Beklagten zu Zwecken des Wettbewerbs verneint. Zwar besteht zwischen den Parteien kein Wettbewerbsverhältnis, so

Urteil des BGH Kartellsenat vom 28.09.1999

Beteiligungsverbot für Schilderpräger

KZR 18/98

dass eine Förderung des eigenen Wettbewerbs des Beklagten ausscheidet. Für das Merkmal des Handelns zu Zwecken des Wettbewerbs kommt jedoch auch eine Förderung fremden Wettbewerbs in Betracht (vgl. BGH, Urt. v. 13.11.1979 - KZR 1/79, WuW/E 1666, 1668 - Denkkettel-Aktion). Nach den getroffenen Feststellungen hat der Beklagte fremden Wettbewerb, nämlich den ortsansässiger, unabhängiger Schilderprägebetriebe, fördern wollen. Um sie vor einem für möglich gehaltenen Verdrängungswettbewerb überregionaler Filialisten zu schützen, sollte verhindert werden, dass einer der Branchenführer unmittelbar oder mittelbar Einfluß auf einen der Anbieter nehmen und durch Niedrigpreise den Wettbewerb verzerren kann.

b) Die weiteren Merkmale eines nach § 1 UWG wettbewerbswidrigen Boykotts decken sich weitgehend mit den objektiven Merkmalen des kartellrechtlichen Boykottatbestandes. Insbesondere müssen die Erwägungen, die im Rahmen der kartellrechtlichen Prüfung maßgeblich die Interessenabwägung bestimmen, auch im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Prüfung zum Tragen kommen (vgl. BGH WuW/E DE-R 303 - "Sitzender Krankentransport"). Von dem Ergebnis dieser - vom Berufungsgericht erneut vorzunehmenden - Interessenabwägung wird daher auch die lauterkeitsrechtliche Beurteilung abhängen.

III. Danach ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Sache ist zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird die Klägerin im übrigen Gelegenheit haben, in der zweiten Variante ihres Antrags ("... und/oder bereits abgeschlossene Mietverträge fortzuführen, ...") dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Beklagte grundsätzlich vertraglich gebunden ist, eine denkbare Nichtigkeit der beanstandeten Klausel nach § 134 BGB i.V. mit § 21 Abs. 1 GWB aber kaum die Nichtigkeit des gesamten Vertrages zur Folge hätte (§ 139 BGB).

Urteil des Brandenburgisches Oberlandesgericht

3. Zivilsenat vom 26.05.1999

3 U 172/98

Verfahrensgang

vorgehend LG Potsdam, 14. Juli 1998, Az: 6 O 238/98, Urteil
nachgehend BGH Kartellsenat, 8. April 2003, Az: KZR 39/99, Urteil

Tenor

Auf die Berufung der Kläger wird das am 14. Juli 1998 verkündete Urteil des Landgerichts Potsdam - 6 O 238/98 - abgeändert:

1. Der Beklagten wird zur Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu DM 500.000,00 bzw. einer Ordnungshaft, zu vollziehen an einem der beiden Geschäftsführer, verboten, einen Mietvertrag über Räumlichkeiten im Gebäudekomplex F... Center, F... platz 10 a, 1... K... , gelegen im Erdgeschoß, rechts vom Eingang 10 c, entsprechend der in Kopie beigefügten Skizze, dort rot umrandet und mit dem Großbuchstaben A gekennzeichnet, oder sonstige Räume im bezeichneten F... -Center, mit der Streithelferin zur Herstellung und zum Verkauf von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen abzuschließen.

2. Der Beklagten wird zur Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu DM 500.000,00 bzw. Ersatzhaft, zu vollziehen an einem der beiden Geschäftsführer verboten, die im Klageantrag zu 1) bezeichneten Räumlichkeiten oder sonstige Räume im Gebäudekomplex F... -Center, F... platz 10 a, 1... K... , der Streithelferin zur Herstellung oder zum Verkauf von Kfz-Kennzeichen bzw. zur Akquisition zum Verkauf oder zur Herstellung von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen

Urteil des Brandenburgisches Oberlandesgericht

3. Zivilsenat vom 26.05.1999

3 U 172/98

zu überlassen bzw. die Nutzung der bezeichneten Räumlichkeiten gegen Zahlung einer Nutzungsentschädigung weiterhin zu gestatten.

3. Der Beklagten wird zur Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu DM 500.000,00 bzw. Ersatzhaft, zu vollziehen an einem der beiden Geschäftsführer verboten, mit anderen Personen, Personengesellschaften oder Kapitalgesellschaften einen Mietvertrag über Räume im Gebäudekomplex im F... -Center, F... platz 10 a, 1... K... zur Herstellung oder zum Verkauf von Kfz-Kennzeichen oder zur Akquisition zum Verkauf oder zur Herstellung von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen abzuschließen und die Räumlichkeiten an andere Personen, Personengesellschaften oder Kapitalgesellschaften zur Herstellung und zum Vertrieb von Kfz-Kennzeichen oder zur Akquisition zum Verkauf oder zur Herstellung von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen zu überlassen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Die durch die Nebenintervention verursachten Kosten werden der Streithelferin der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von DM 105.000,00 abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet. Als Sicherheit genügt die schriftliche unbedingte, unbefristete, unwiderrufliche und selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank, einer sonstigen, dem Einlagensicherungsfonds angeschlossenen Bank mit Sitz im Inland oder einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse Deutschlands.

Die Beschwer der Beklagten übersteigt DM 60.000,00.

Tatbestand

Die Prozeßparteien streiten um Konkurrenzschutzansprüche aus einem Mietvertrag über Gewerberäume im Verkaufs- und Dienstleistungskomplex F... -Center in K... .

Die Kläger, Kfz-Schilderpräger, mieteten mit schriftlichem Vertrag aus Dezember 1997 von der Beklagten, die Eigentümerin der Immobilie ist, etwa 60 m² Gewerbefläche im ersten Obergeschoß an. Diese wurden ihnen gemäß Teil A § 1 Abs. 2 des Mietvertrages (künftig: MVtr/A) zum Betrieb und zur Nutzung als Verkaufs- und Herstellungsstätte von amtlich zugeteilten Kraftfahrzeugkennzeichen sowie zur Betreibung einer Versicherungsmehrfachagentur überlassen. Außerdem haben beide Seiten im ersten Paragraphen unter anderem vereinbart:

Urteil des Brandenburgisches Oberlandesgericht

3. Zivilsenat vom 26.05.1999

3 U 172/98

„(6) Die vertragsschließenden Parteien sind sich darüber einig, dass der Mieter für die Dauer des Mietverhältnisses Konkurrenzschutz, bezogen auf Herstellung und Verkauf von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen sowie für eine Versicherungsmehrfachagentur, für sich in Anspruch nehmen kann.

(7) Dem Mieter ist bekannt, dass durch die Vielzahl der im Gebäudekomplex vertretenen Verkaufsgeschäfte unter Umständen eine Mehrfachbesetzung einer Branche, evtl. auch unmittelbar benachbart erfolgen kann. Der Mieter verzichtet ferner auf jegliche Schadensersatzforderungen aus dem Grunde, dass ein anderer Mieter innerhalb eines gleichen oder innerhalb eines anders gelagerten Sortiments die gleichen Artikel führt. Sofern sich nach Abschluß des Mietvertrages Änderungen in der Zusammensetzung der Mieter bzw. Branchen ergeben, erwachsen hieraus dem Mieter keine Schadensersatzforderungen an den Vermieter.“

Der Vertragsunterzeichnung waren umfangreiche Verhandlungen, speziell über die Fragen des Konkurrenzschutzes, mit dem beiderseits als Zeugen benannten T... L... vorausgegangen, einem Mitarbeiter der C... Center-Management und Immobilienverwaltungs GmbH, die für die Beklagte handelte. Im Ergebnis wurde der in den bis dahin vorliegenden Entwürfen noch nicht enthaltene § 1 Abs. 6 MVtr/A eingefügt.

Im Februar 1998 nahm die Kfz-Zulassungsstelle im ersten Obergeschoß des F... -Centers ihre Tätigkeit auf. Deren Büroräume grenzen - ohne unmittelbaren Zugang zum Mietbereich der Kläger - an die neben deren Geschäft gelegene Führerscheinstelle an. Gleichzeitig eröffnete im Erdgeschoß des Einkaufs- und Dienstleistungskomplexes die Streithelferin ein Ladenlokal, in dem sie ebenfalls Kfz-Schilder anfertigte und vertrieb; ein Mietvertrag zwischen ihr und der Beklagten ist noch nicht abgeschlossen worden. Die Kläger erwirkten daraufhin im Februar des vergangenen Jahres beim Amtsgericht K... zwei einstweilige Verfügungen gegen die Beklagte; darin wurde dieser verboten, die Räume an die Streitgehilfin zu vermieten, sowie ihr aufzugeben, dort Herstellung und Verkauf von Kraftfahrzeugkennzeichen zu untersagen. Das Untersagungsgebot wurde vom Landgericht im Rechtfertigungsverfahren bestätigt (LG Potsdam, Urt. v. 07.04.1998 - 6 O 86/98); im übrigen haben die Kläger ihren Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz zurückgenommen. Beim vorliegenden Rechtsstreit handelt es sich um die Klage zur Hauptsache, deren Erhebung den Klägern von der Zivilkammer aufgegeben worden war (LG Potsdam, Beschl. v. 20.04.1998 - 6 O 86/98).

Die Streithelferin bot in dem von ihr genutzten, an der Ladenpassage gelegenen Lokal zunächst außer Kfz-Kennzeichen Malerbedarf an. Seit kurzem werden dort statt letzterem von einem W... er Einzelunternehmer Sportartikel verkauft.

Die Kläger haben nunmehr vorgetragen, ihnen sei durch den Zeugen T... L... bei den Vertragsverhandlungen zugesichert worden, sie müßten nicht damit rechnen, dass ein anderer Schilderpräger im F... -Center Kfz-Kennzeichen herstellen oder verkaufen bzw. ein ent-

Urteil des Brandenburgisches Oberlandesgericht

3. Zivilsenat vom 26.05.1999

3 U 172/98

sprechender Mietvertrag abgeschlossen werde. Dies habe er aufgrund ihrer ausdrückliche Forderung nach ausschließlichem Konkurrenzschutz für Herstellung und Verkauf von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen sowohl in einer Besprechung am 14. November als auch bei den abschließenden Verhandlungen am 01. Dezember 1997 erklärt. § 1 Abs. 7 MVtr/A beziehe sich, wie ihnen der Zeuge bestätigt habe, lediglich auf etwa im Center angebotene Nebenprodukte wie z.B. die Kfz-Halterung und Schrauben. Auch der Geschäftsführer der Beklagten R... T... habe Herrn L... bestätigt, den Klägern könne Konkurrenzschutz eingeräumt werden. Darüber gebe es - wie sie erstmals im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht behauptet haben - eine schriftliche Äußerung vom Mai oder Juni 1997.

Die Kläger haben in erster Instanz zuletzt beantragt:

1. Die Beklagte wird zur Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu DM 500.000,00 bzw. einer Ordnungshaft, zu vollziehen an einem der beiden Geschäftsführer, verurteilt, es zu unterlassen, einen Mietvertrag über Räumlichkeiten im F... -Center, F... platz 10 a, 1... K... , gelegen im Erdgeschoß, rechts vom Eingang 10 c, entsprechend der in Kopie beigefügten Skizze, dort rot umrandet, mit der Firma W... er Malergesellschaft mbH, vertreten durch den Geschäftsführer Herrn I... G... , G... S... 1, 1... W... abzuschließen, soweit nicht im Mietvertrag ausdrücklich das Verbot enthalten ist, die Räumlichkeiten zur Herstellung und zum Verkauf von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen zu nutzen bzw. zur Akquisition, zur Herstellung und zum Verkauf von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen.

2. Die Beklagte wird zur Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu DM 500.000,00 bzw. Ersatzhaft, zu vollziehen an einem der beiden Geschäftsführer, verurteilt, es zu unterlassen, die im Klageantrag zu 1 bezeichneten Räumlichkeiten der W... er Malergesellschaft mbH, vertreten durch den Geschäftsführer Herrn I... G... , G... S... 1, 1... W... zu überlassen, soweit nicht ausdrücklich die Nutzung dieser Räume zur Herstellung oder zum Verkauf von Kfz-Kennzeichen bzw. zur Akquisition, zum Verkauf oder zur Herstellung von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen untersagt ist.

3. Die Beklagte wird zur Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu DM 500.000,00 bzw. Ersatzhaft, zu vollziehen an einem der beiden Geschäftsführer, verurteilt, es zu unterlassen, mit anderen Personen, Personengesellschaften oder Kapitalgesellschaften einen Mietvertrag über die im Klageantrag zu 1 bezeichneten Räume oder sonstige Räume des F... -Centers, F... platz 10 a, 1... K... abzuschließen oder Räumlichkeiten an andere Personen, Personengesellschaften oder Kapitalgesellschaften zu überlassen, soweit nicht jeweils ausdrücklich die Herstellung und der Vertrieb von Kfz-Kennzeichen ausdrücklich untersagt ist.

Die Beklagte und ihre Streithelferin haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, § 1 Abs. 6 MVtr/A billige den Klägern wohl einen gewissen Konkurrenzschutz zu. Diese dürften gegenüber anderen Anbietern der Branche nicht in einer Weise benachteiligt werden, die ihre Wettbewerbssituation verschlechtere; sie selbst, die Beklagte, sei im Rahmen ihrer Leistungstreuepflicht gehalten, für ein ausgewogenes Verhältnis möglicherweise widerstreitender Interessen zu sorgen. Einen Ausschließlichkeitsanspruch gebe die Regelung jedoch nicht her. Das folge eindeutig aus § 1 Abs. 7 MVtr/A. Die Kläger könnten lediglich verlangen, dass keinem anderen Unternehmen Flächen vermietet würden, die günstiger als ihre zur Kfz-Zulassungsstelle lägen. Beim Ladenlokal der Streithelferin sei dies aber nicht der Fall. Lege man § 1 Abs. 6 MVtr/A nach den Vorstellungen der Kläger aus, so sei die darin enthaltene Klausel wegen Sitten-, Wettbewerbs- und Kartellrechtswidrigkeit nichtig, weil sich aufgrund des mehrphasigen Arbeitsablaufs bei der Zuteilung amtlicher Kennzeichen der einzig relevante Markt für Kfz-Schilder am Sitz der Behörde im F... -Center befinde.

Die Streithelferin hat darüber hinaus vorgetragen, aus dem Zusammenhang von § 1 Abs. 6 und 7 MVtr/A ergebe sich, dass zugunsten der Kläger kein ernstlich gemeinter und effektiv durchsetzbarer Konkurrenzschutz vereinbart worden sei. Es fehle jegliche Sanktionsbewehrung. Im übrigen sei der Beklagten vom Landkreis D... bei der Auswahl des neuen Standortes für das Straßenverkehrsamt ausdrücklich zur Auflage gemacht worden, die bislang existierende Wettbewerbssituation nicht einseitig zu verändern. Ferner hätten die Kläger durch Aufnahme eines anderen Schilderträgers als Untermieter konkludent auf Konkurrenzschutz verzichtet.

Durch das den Parteien und der Streithelferin, jeweils zu Händen ihrer Prozeßbevollmächtigten, am 22. Juli 1998 zugestellte Urteil, auf das hiermit zur näheren Sachdarstellung Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Aus § 1 Abs. 6 MVtr/A könne, so hat es ausgeführt, kein Konkurrenzschutz in dem von den Klägern begehrten ausschließlichen Sinne hergeleitet werden. Dies komme jedenfalls im nachfolgenden Absatz 7 deutlich zum Ausdruck, zumal die Frage des Konkurrenzschutzes Gegenstand langwieriger - in eine Individualabrede mündender - Vorverhandlungen gewesen sei. Der neue Vortrag der Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 23. Juni 1998, die Beklagte habe durch ihren Geschäftsführer R... T... eine Mehrfachbesetzung mit Schilderträgern explizite ausgeschlossen, sei wegen Verspätung gemäß § 296 Abs. 2 i.V.m. § 282 ZPO nicht zuzulassen. Es käme zu einer Verzögerung des Rechtsstreits, weil in einem weiteren Termin der Zeuge T... L... vernommen werden müßte. Die Verspätung beruhe auf grober Nachlässigkeit, da in dieser Sache nicht zum ersten Male verhandelt worden sei und sich bei der Abfassung der Hauptsacheklage unmittelbar habe aufdrängen müssen, dass es zu der nunmehr behaupteten Zusicherung ausschließlichen Konkurrenzschutzes substantiierten Vortrags bedürfe, weil die Vermutung der Vollständig- und Richtigkeit der Urkunde dagegen spreche. Einer Zurückweisung stehe nicht entgegen, dass am 23. Juni 1998 der

Urteil des Brandenburgisches Oberlandesgericht

3. Zivilsenat vom 26.05.1999

3 U 172/98

frühe erste Termin stattgefunden habe; dieser sei wie ein Haupttermin vorbereitet und durchgeführt worden. Von einer terminsvorbereitenden Ladung des Zeugen L... habe die Kammer abgesehen, weil der Vortrag zur Genehmigung der Zusicherungen durch den Geschäftsführer T... nicht hinreichend substantiiert gewesen sei. Der aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herzuleitende allgemeine Konkurrenzschutz gehe hier lediglich dahin, dass die Beklagte innerhalb des F... -Centers keinem Schilderträger günstiger gelegene Geschäftsräume vermieten dürfe. Dies sei aber mit der Überlassung eines Lokals im Erdgeschoß an die Streithelferin nicht geschehen.

Dagegen richten sich die Kläger mit ihrer am 21. August 1998 eingelegten Berufung, die mittels eines am 21. September 1998 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatzes begründet wurde. Sie wenden sich unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens speziell gegen die Annahme der Vorinstanz, ihre Darlegungen zur Zustimmung des Geschäftsführers T... seien unzureichend substantiiert gewesen und ihre ergänzenden Äußerungen im Termin könnten wegen grober Nachlässigkeit als verspätet zurückgewiesen werden. Zumindest - so meine sie - hätte ihnen der vertragsimmanente Konkurrenzschutz nicht verwehrt werden dürfen. Unabhängig davon lägen die Geschäftsräume der Streithelferin günstiger als ihre eigenen.

Nach wiederholter Neufassung ihrer Anträge begehren die Kläger nunmehr, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Potsdam vom 14.07. 1998 zu 6 O 238/98 die Beklagte zu verurteilen:

1. Der Beklagten wird zur Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu DM 500.000,00 bzw. einer Ordnungshaft, zu vollziehen an einem der beiden Geschäftsführer, verboten, einen Mietvertrag über Räumlichkeiten im Gebäudekomplex F... -Center, F... platz 10 a, 1... K... , gelegen im Erdgeschoß, rechts vom Eingang 10 c, entsprechend der in Kopie beigefügten Skizze, dort rot umrandet und mit dem Großbuchstaben A gekennzeichnet, oder sonstige Räume im bezeichneten F... -Center, mit der Firma W... er Malergesellschaft, vertreten durch den Geschäftsführer Herrn I... G... , G... S... 1, 1... W... zur Herstellung und zum Verkauf von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen abzuschließen.

2. Der Beklagten wird zur Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu DM 500.000,00 bzw. Ersatzhaft, zu vollziehen an einem der beiden Geschäftsführer verboten, die im Klageantrag zu 1) bezeichneten Räumlichkeiten oder sonstige Räume im Gebäudekomplex F... -Center, F... platz 10 a, 1... K... , der W... er Malergesellschaft mbH, vertreten durch den Geschäftsführer Herrn I... G... , G... S... 1, 1... W... zur Herstellung oder zum Verkauf von Kfz-Kennzeichen bzw. zur Akquisition zum Verkauf oder zur Herstellung von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen zu überlassen bzw. die Nutzung der bezeichneten Räumlichkeiten gegen Zahlung einer Nutzungsentschädigung weiterhin zu gestatten.

Urteil des Brandenburgisches Oberlandesgericht

3. Zivilsenat vom 26.05.1999

3 U 172/98

3. Der Beklagten wird zur Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu DM 500.000,00 bzw. Ersatzhaft, zu vollziehen an einem der beiden Geschäftsführer verboten, mit anderen Personen, Personengesellschaften oder Kapitalgesellschaften einen Mietvertrag über Räume im Gebäudekomplex im F... -Center, F... platz 10 a, 1... K... zur Herstellung oder zum Verkauf von Kfz-Kennzeichen oder zur Akquisition zum Verkauf oder zur Herstellung von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen abzuschließen und die Räumlichkeiten an andere Personen, Personengesellschaften oder Kapitalgesellschaften zur Herstellung und zum Vertrieb von Kfz-Kennzeichen oder zur Akquisition zum Verkauf oder zur Herstellung von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen zu überlassen.

Die Beklagte und ihre Streithelferin beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens die Entscheidung des Landgerichts. Die Beklagte bestreitet, dass der Zeuge T... L... zur Einräumung absoluten Konkurrenzschutzes berechtigt gewesen sei. Zudem meint sie, der Absatz von Kfz-Kennzeichen durch die Streitgehilfin stelle sich lediglich als Vertrieb von Nebenartikeln dar.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie der bisherigen Prozeßgeschichte wird ergänzend auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen (insbesondere der Lichtbilder und Grundrißzeichnungen), auf die Terminprotokolle und auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I. Die Berufung der Kläger ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 516 ff. ZPO). Das zulässige Rechtsmittel hat Erfolg. Die Kläger können aufgrund ihres Mietvertrages von der Beklagten verlangen, dass ihnen im F... -Center K... in dem im Tenor ausgewiesenen Umfange Konkurrenzschutz für die Herstellung und den Verkauf von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen gewährt wird.

1. Gegen die Zulässigkeit ihres Rechtsschutzbegehrens ergeben sich keine Bedenken.

a) Die Klageanträge sind hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO . Die Grundrißskizze, auf die in Nr. 1 der Anträge verwiesen wird, ist von den Klägern zu den Gerichtsakten gereicht worden. Zwischen den Parteien besteht kein Streit darüber, dass die Skizze zwar das erste Obergeschoß des F... -Centers zeigt, sich das von der Streithel-

Urteil des Brandenburgisches Oberlandesgericht

3. Zivilsenat vom 26.05.1999

3 U 172/98

ferin genutzte Ladenlokal jedoch an der Stelle im Erdgeschoß befindet, an der der im Plan des Obergeschosses rot gekennzeichnete Raum belegen ist.

b) Die klageweise Geltendmachung eines vertraglichen Unterlassungsanspruchs, wie ihn die Kläger hier erhoben haben, setzt - anders als etwa eine Rechtsverfolgung aufgrund des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) - keine (dort zum Anspruchsgrund gehörende) Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr voraus; sie erfordert indes ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis (vgl. BGH, Urt. v. 14.12.1988 - VIII ZR 31/88, ZMR 1989, 148 ; Urt. v. 21.01.1999 - I ZR 135/96 , Juris-Dok.-Nr. KORE300129900 , zur Veröffentlichung in Printmedien vorgesehen; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Aufl., Kap. 6 Rdn. 6 ff. und Kap. 51 Rdn. 59). Hieran fehlt es im Streitfall nicht. Die Prozeßparteien sind sich darüber uneinig, in welchem Umfange die Kläger mietvertraglichen Konkurrenzschutz in Anspruch nehmen können. Ob und inwieweit außerdem die besonderen Prozeßvoraussetzungen des § 259 ZPO vorliegen, also eine Nichterfüllung des Unterlassungsbegehrens zu besorgen ist, bedarf keiner Klärung. Denn hierauf kommt es nicht an; der vertragliche Unterlassungsanspruch ist bereits fällig (vgl. dazu Teplitzky a.a.O., Kap. 51 Rdn. 59).

2. Die Kläger können ihr Rechtsschutzbegehren zumindest auf § 535 Satz 1 i.V.m. § 536 BGB stützen. Gemäß der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum, der der erkennende Senat beitrifft, hat der Vermieter gewerblich zu nutzender Räume auch ohne Bestehen einer vertraglichen Regelung die Verpflichtung, den Mieter gegen Konkurrenz im selben Hause zu schützen; dies beruht auf der Erwägung, dass es bei der Vermietung von Räumen zum Betriebe eines bestimmten Geschäfts zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs gehört, in anderen Räumen des Gebäudes oder auf unmittelbar angrenzenden Grundstücken des Vermieters kein Konkurrenzunternehmen zuzulassen oder gar selbst zu betreiben (sog. vertragsimmanenter Konkurrenzschutz; st. Rspr., vgl. BGH, Urt. v. 26.01.1955 - VI ZR 274/53, ZMR 1955, 200; BGHZ 70, 79 , 80 f.; BGH, Urt. v. 24.01.1979 - VIII ZR 56/78, WuM 1979, 144 , 145 = NJW 1979, 1404 ; ferner Kraemer in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Kap. III Rdn. 1240; Gather, DWW 1998, 302 ; Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 7. Aufl., Rdn. 687; jeweils m.w.N.).

a) Diesen grundsätzlichen Rechtsanspruch der Kläger haben die hiesigen Prozeßparteien - was an sich ohne weiteres möglich wäre (§ 305 BGB) - mit den Bestimmungen in § 1 Abs. 6 und 7 MVtr/A nicht ausgeschlossen.

Bei objektiver Betrachtung stehen die beiden Vertragsklauseln nach ihrem Wortlaut und Sinngehalt zueinander in einem unlösbaren Widerspruch. Denn man kann nicht einerseits ausdrücklich für Herstellung und Verkauf von amtlich zugeteilten Kfz-Kennzeichen sowie für eine Versicherungsmehrfachagentur Konkurrenzschutz zusagen und sich andererseits zugleich versprechen lassen, dass der Mieter aus der eventuellen Mehrfachbesetzung ei-

Urteil des Brandenburgisches Oberlandesgericht

3. Zivilsenat vom 26.05.1999

3 U 172/98

ner Branche keine Rechte herleiten wird. Unter diesen Umständen wäre es zu einer Einigung über die wettbewerblichen Fragen im schriftlichen Mietvertrag gerade nicht gekommen. Der Fall ist dann vergleichbar mit jenem, in dem die Partner in einem Vertragsformular zwischen einander ausschließenden Alternativen keine Wahl getroffen haben (vgl. dazu BGH, Urt. v. 10.02.1988 - VIII ZR 33/87, WM 1988, 876 , 877).

Weder dem Vertragswerk selbst noch dem sonstigen Vortrag der Parteien läßt sich ferner ein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass nach ihrem übereinstimmenden Willen den Klägern keinerlei Konkurrenzschutz gewährt werden sollte. Dagegen spricht nicht allein § 1 Abs. 6 MVtr. Unstreitig haben die Parteien gerade über den diesen Punkt eingehend verhandelt und die Regelung ergänzend in den Vertragsentwurf aufgenommen. Auch von der Beklagten wurde dargetan, dass den Klägern ein gewisses Maß an Konkurrenzschutz habe zukommen sollen. Die von diesen in Kopie zu den Akten gereichten Vollmachtsurkunde, die der Geschäftsführer der Beklagten R... T... am 28. Mai 1997 für die C... Center-Management und Immobilienverwaltungsgesellschaft mbH zum Abschluß des Mietvertrages mit den Klägern ausgestellt hat, enthält im Abschnitt „Konditionen“ unter „Sonstiges“ den ausdrücklichen Zusatz „Konkurrenzschutz“. Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass eine entsprechende vertragliche Abrede mit den Klägern gewollt und gleichzeitig von der Vollmacht des Zeugen L... gedeckt gewesen ist.

Fehlt es an gegenteiligen Abreden der Parteien, so greift zumindest die aus § 535 Satz 1 i.V.m. § 536 BGB folgende Regelung ein. Insbesondere die salvatorische Klausel in § 19 Abs. 7 MVtr/A spricht dafür, dass die Partner den Vertrag trotz eines möglicherweise versteckten Einigungsmangels (§ 155 BGB) - also auch ohne die in sich widersprüchliche Bestimmung - abgeschlossen und es bei der gesetzlichen belassen hätten.

b) Ob die Absprachen mit dem Zeugen L... - wie die Kläger behaupten - über den Umfang des vertragsimmanenten Wettbewerbsschutzes hinausgingen und solche von der Vollmacht, die die Beklagte erteilt hatte, gedeckt waren, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen. Zwar ist der Vermieter aufgrund der gesetzlichen Regelung nicht verpflichtet, dem Mieter jeden fühlbaren oder unliebsamen Wettbewerb fernzuhalten; es muss vielmehr nach den Umständen des einzelnen Falles abgewogen werden, inwieweit nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Belange beider Seiten die Fernhaltung von Konkurrenz erforderlich ist (st. Rspr., vgl. BGH ZMR 1955, 200 , 201; BGHZ 70, 79 , 80 f.; BGH WuM 1979, 144 , 145 = NJW 1979, 1404). Das ist hier - entgegen der Auffassung der Streithelferin - nicht etwa deshalb entbehrlich, weil die Kläger einen Untermieter aufgenommen haben. Hierin liegt kein Verzicht auf Ansprüche im Verhältnis zur Beklagten.

Einen anderen Gewerbetreibenden mit gleichem Hauptsortiment muss der Mieter regelmäßig nicht dulden. Das gilt auch dann, wenn es sich - wie vorliegend - nicht um konkurrierende Waren-, sondern um miteinander in Wettbewerb stehende Werkleistungsangebote handelt.

Urteil des Brandenburgisches Oberlandesgericht

3. Zivilsenat vom 26.05.1999

3 U 172/98

aa) Eine Begrenzung des Konkurrenzschutzes in der Weise, dass die Beklagte innerhalb des F... -Centers lediglich keinem anderen Schilderpräger günstiger gelegene Räume vermieten darf als den Klägern, trägt den Interessen beider Seiten nicht hinreichend Rechnung. Welche Geschäftslage tatsächlich die bessere ist, hängt regelmäßig von einer Vielzahl unterschiedlichster Faktoren ab und läßt sich oft nur mit großem Aufwand feststellen. Nicht alle Umstände sind von der Beklagten beeinflussbar und zeitlich hinreichend konstant. So kann etwa im Streitfall eine bedeutende Rolle spielen, ob und wann die Verbindungstür zwischen der Führerscheinstelle und der Kfz-Zulassungsstelle geöffnet oder geschlossen ist. Dies steht jedoch allein im Ermessen des Straßenverkehrsamtes. Ein aktuelles Verhalten dieser Art von einem Dritten kann indes nicht letztlich ausschlaggebend dafür sein, ob es in einem besonders auf Dauer und auf Verlässlichkeit angelegten Rechtsverhältnis wie einem Mietvertrag zu schwerwiegenden Vertragsstörungen kommt.

bb) Das Rechtsschutzbegehren der Kläger bewegt sich im Rahmen der räumlichen und sachlichen Grenzen des vertragsimmanenten - und damit von der Beklagten geschuldeten - Konkurrenzschutzes.

Das Wettbewerbsverbot erstreckt sich auf das gesamte F... -Center. Denn dieses stellt ein einheitliches Gebäude dar, das insgesamt im Eigentum der Beklagten steht. Insoweit ist der vorliegende Rechtsstreit nicht mit dem vom Bundesgerichtshof Ende der siebziger Jahre entschiedenen Fall vergleichbar; dort war die als Fußgängerzone ausgestaltete Ladenstraße ausweislich des Tatbestandes 350 oder 500 m lang und an einzelnen Ladeneinheiten bestand Teileigentum (vgl. BGH WuM 1979, 144 f. = NJW 1979, 1404). Hier befinden sich die jeweiligen Mieträume der Kläger und das von der Streithelferin genutzte Ladenlokal bereits im selben Hause, zumindest jedoch in unmittelbarer Nachbarschaft.

In sachlicher Hinsicht erfaßt das Konkurrenzverbot Wettbewerber, die Kfz-Kennzeichen als Hauptartikel anbieten. Hierbei kommt es nicht darauf an, was in erster Linie Gegenstand des Unternehmens der Streithelferin ist. Als maßgeblich erweist sich vielmehr, wie sich letztere gegenüber der (potentiellen) Kundschaft des Einkaufszentrums präsentiert. Jedenfalls seitdem sie den Verkauf von Malerbedarf in den Räumen aufgegeben hat und dort von einem anderen Gewerbetreibenden Sportbekleidung (einschließlich sog. Fanartikel) angeboten wird, kann von einem bloßen Nebensortiment an Nummernschildern nicht mehr gesprochen werden. Die von den Klägern vorgelegten Lichtbilder zeigen auffällige Werbung für die Prägung von amtlich zugeteilten Kennzeichen. Darüber hinaus wird - was die Eigenständigkeit beider Geschäftsbetriebe unterstreicht - an der gläsernen Eingangstür des Ladenlokals eine deutliche Trennung der Öffnungszeiten von Sportgeschäft und Schilderprägestelle sichtbar, wobei sich die der letzteren nach denen des Straßenverkehrsamtes richten. Aufgrund der erheblichen Branchenferne nehmen die angesprochenen Verkehrskreise erfahrungsgemäß im allgemeinen auch nicht an, die Herstellung der Schilder erfolge lediglich nebenher im Sportgeschäft durch dessen Inhaber.

Urteil des Brandenburgisches Oberlandesgericht

3. Zivilsenat vom 26.05.1999

3 U 172/98

c) Auf die Wirksamkeitsbedenken, die insbesondere die Streitgehilfin der Beklagten gegen einen absoluten oder ausschließlichen Konkurrenzschutz für die Kläger erhebt, kommt es nicht an. Selbst wenn die Prozeßparteien § 1 Abs. 6 MVtr/A den von den Klägern behaupteten weitergehenden Inhalt beigemessen haben sollten und die Klausel - was der erkennende Senat nicht annimmt - wegen Sitten-, Wettbewerbs- oder Kartellrechtswidrigkeit nichtig wäre, würde es jedenfalls beim vertragsimmanenten Konkurrenzschutz für die Kläger verbleiben. In § 19 Abs. 7 MVtr/A haben die Parteien ausdrücklich vereinbart, dass die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen die Gültigkeit des gesamten Vertrages nicht berührt. Vielmehr sollen an die Stelle der unwirksamen Klausel andere, gültige Regelungen treten, die dem Sinn und Zweck dieser Bestimmungen unter Berücksichtigung des ursprünglichen Parteiwillens weitestgehend entsprechen. Das trifft jedenfalls für den vertragsimmanenten Konkurrenzschutz zu. Dieser kann, da er sich aus dem Gesetz selbst ergibt, keineswegs gesetzeswidrig sein. Solches wäre ein Widerspruch in sich.

Der hiesige Rechtsstreit ist im übrigen nach Auffassung des erkennenden Senats auch nicht mit jenen - jüngst wiederholt von für Kartellsachen zuständigen Gerichten entschiedenen - Streitfällen vergleichbar, in denen der Landkreis selbst als Vermieter auftritt und im Gebäude seiner Kfz-Zulassungsstelle oder in deren unmittelbarer Nähe Schilderprägen Räumlichkeiten gegen Entgelt zur Nutzung überlässt (vgl. BGH, Urt. v. 14.07.1998 - KZR 1/97, WRP 1999, 105 - Schilderprägen im Landratsamt; OLG Stuttgart NJW-RR 1997, 1541). Die Beklagte führt den Bedarf an den hier in Rede stehenden Werkleistungen nicht selbst herbei, sondern ist lediglich für den Landkreis - ebenso wie für alle anderen Nutzer von Räumlichkeiten - Vermieter. Jedenfalls gegen den Abschluss von Mietverträgen mit einem Inhalt, den bereits das Gesetz selbst vorsieht, können unter diesen Umständen keine Bedenken erhoben werden.

Ob sich die Kläger auch dann auf Konkurrenzschutz berufen könnten, wenn Herstellung und Verkauf von Nummernschildern durch einen anderen im F... -Center vertretenen Unternehmer nach der Verkehrsanschauung lediglich im Nebensortiment erfolgen würden, braucht hier nicht entschieden zu werden. Ein solcher Fall ist nicht Streitgegenstand; er wird auch nicht von den zuletzt gestellten Anträgen der Kläger erfasst. Bei der Vermietung oder Überlassung von Räumen zu einem bestimmten Zweck, wird regelmäßig der Hauptzweck der Geschäftstätigkeit benannt. Ebensowenig geht es im Streitfall darum, ob die Kläger Werbung für andere Schilderprägen im F... -Center dulden müßten, die nicht mit der Überlassung von Räumen verbunden ist.

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 und § 101 Abs. 1 2. Halbs. ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10 und

§ 711 Satz 1 ZPO . Art und Höhe der Sicherheitsleistung wurden gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 ZPO bestimmt. Die Anregung der Streithelferin, die Revision zuzulassen, brauchte der Senat schon deshalb nicht aufzugreifen, weil hier gemäß § 546 Abs. 1 Satz 1 ZPO kraft

Urteil des Brandenburgisches Oberlandesgericht

3. Zivilsenat vom 26.05.1999

3 U 172/98

Gesetzes die Wertrevision stattfindet. Der Wert der Beschwer war nur hinsichtlich der Beklagten festzusetzen; auf eine eigene Beschwer der Nebenintervenientin kommt es für die Zulässigkeit der Revision nicht an (vgl. dazu BGH, Urt. v. 16.01.1997 - I ZR 208/94 , NJW 1997, 2385 = WM 1997, 1576 ; ferner Thomas/Putzo, ZPO, 21. Aufl., Vorbem § 511 Rdn. 20).

III. Der Gebührenstreitwert für die Berufungsinstanz wird auf DM 90.000,00 festgesetzt (§ 3 ZPO i.V.m. § 12 Abs. 1 Satz 1 GKG).

Urteil des OLG Dresden 7. Zivilsenat vom 29.10.1998

7 U 1117/98

Normen: § 134 BGB, § 26 Abs 2 S 2 WettbewG

Wettbewerbsbeschränkung: Konkurrenzklausele in Mietvertrag für Kfz-Schilderträger

Orientierungssatz

Die Konkurrenzklausele in einem Mietvertrag zwischen einem Landkreis und einem Kfz-Schilderträger über Räume im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle, die verbietet weitere Räume auf dem Grundstück an andere Betriebe, welche Kfz-Kennzeichen herstellen und vertreiben, zu vermieten, ist wegen eines Verstoßes gegen GWB § 26 Abs 2 S 2 (juris: WettbewG) iVm BGB § 134 nichtig.

Fundstellen

ZMR 2000, 20-23 (Leitsatz und Gründe)
NJWE-WettbR 2000, 30-32 (Leitsatz und Gründe)
WuM 2000, 113-116 (Leitsatz und Gründe)
GRUR 2000, 551-553 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Chemnitz, 19. März 1998, Az: 1 O 6191/9

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Franz Otto, DVP 2001, 388 (Aufsatz)

Tenor

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Chemnitz, 1. Zivilkammer, vom 19.03.1998 (Az: 1 O 6191/97) abgeändert und die Klage abgewiesen.

2. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreites.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 12.000,00 DM abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Den Parteien wird nachgelassen, die Sicherheit in Form einer unwiderruflichen, unbefristeten und unbedingten selbstschuldnerischen Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürgen zugelassenen inländischen Kreditinstitutes zu erbringen.

4. Die Beschwer für den Kläger beträgt 100.000,00 DM.

Tatbestand

Der Kläger begehrt von dem beklagten Landkreis die Unterlassung des Abschlusses von Mietverträgen mit zwei Konkurrenten über die Aufstellung von Containern mit einer eingerichteten Kfz.-Schilder-Prägestelle auf dem Parkplatz vor dem Gebäude der Kfz.-Zulassungsstelle des Beklagten in M.

Der Kläger, der überregional als Schilderpräger tätig ist, betreibt im Gebäude des Straßenverkehrsamtes des beklagten Landkreises in M., Sch. 6, einen Betrieb zur Herstellung und zum Vertrieb von Kfz.-Kennzeichen. Im Gebäude Sch. 6 in M. befinden sich Verwaltungsbehörden des Beklagten, namentlich das Straßenverkehrsamt und insbesondere auch die Kfz.-Zulassungsstelle.

Bis Anfang 1994 besaß der Kläger eine Genehmigung für den Betrieb einer in einem Container untergebrachten Prägestelle auf dem Gelände der Kfz.-Zulassungsstelle in M. Zugleich war Gerhard H. ebenfalls in einer in einem Container angebrachten Prägestelle auf dem Gelände in M. mit dem Vertrieb von Kfz.-Kennzeichen befasst.

Im März 1994 schloss der Beklagte mit dem Kläger und Gerhard H. jeweils einen Mietvertrag über je einen Gewerberaum in dem Gebäude der Kfz.-Zulassungsstelle in M. ab.

Das mit dem Kläger geschlossene Mietverhältnis begann lt. § 2 Abs. 1 des Mietvertrages, wegen dessen Inhalt auf die in Ablichtung vorliegende Vertragsurkunde (Anlage K 1 = Anlagenband Kläger) verwiesen wird, am 01.04.1994 und endete am 31.03.2004. In § 2 Abs. 2 des Mietvertrages wurde dem Kläger "nach Ablauf des Festmietverhältnisses eine Opti-

on zur Verlängerung des Mietverhältnisses von 1 x 5 Jahren zu den gleichen Bedingungen eingeräumt". § 4 des Mietvertrages enthält eine Regelung hinsichtlich der außerordentlichen Kündigungsmöglichkeiten. In § 16 des Mietvertrages heißt es unter der Überschrift "Konkurrenzklausele":

"Der Vermieter verpflichtet sich, für die Dauer von 10 Jahren auf dem Grundstück Sch. 6, - M. keine weitere Räume an Betriebe, welche Kfz-Kennzeichen herstellen und vertreiben, zu vermieten."

Eine entsprechende Klausel wurde in den Mietvertrag mit Gerhard H. nicht aufgenommen.

Nachdem im Jahre 1997 im Zuge der Kreisgebietsreform die vormalige Kfz.-Zulassungsstelle des Kreises Z. geschlossen wurde, beabsichtigt der beklagte Landkreis, Mietverträge mit den dort vorher ansässigen Unternehmern Wolfgang K. und Lutz M. abzuschließen. Diese betrieben wie der Kläger, aber in Z., ein Gewerbe zur Herstellung und zum Vertrieb von Kfz.-Kennzeichen. Die beiden Unternehmer wollen ihren Geschäftssitz nach M. in den Bereich der dortigen Kfz.-Zulassungsstelle verlegen. Die Mietverträge sollten die Berechtigung der Unternehmer K. und M. zum Gegenstand haben, auf dem Gelände der Kfz.-Zulassungsstelle Sch. 6 in M., Container mit einem entsprechenden Kfz.-Zeichen-Prägebetrieb aufzustellen.

Hiergegen wendet sich der Kläger. Er hat den Standpunkt eingenommen, dem Beklagten sei es durch § 16 des zwischen den Parteien bestehenden Mietvertrages verwehrt, Mietverträge mit weiteren Konkurrenten im Gebäude oder auf dem Gelände Sch. 6 in M. abzuschließen. Er sei 1994 aus bauästhetischen Gründen veranlasst worden, seinen Standort in einem Container auf dem Grundstück Sch. 6 in M. aufzugeben und in das Gebäude der Kfz.-Zulassungsstelle zu ziehen. Die Konkurrenzschutzklausel habe deshalb Aufnahme in den Vertrag gefunden, um ihn für die von ihm getätigten Investitionen zu entschädigen. Sie beschränke sich nicht räumlich auf das Gebäude, sondern betreffe das gesamte Gelände der Kfz.-Zulassungsstelle. Den Vertragstext habe der Beklagte entworfen. Abgesehen davon, dass der Vertrag kartellrechtlich nicht zu beanstanden sei, sei es aber ebenfalls treuwidrig, wenn sich der Beklagte nunmehr als Urheber auf eine Nichtigkeit des Vertrages berufe, den er schließlich nahezu 5 Jahre durchgeführt und für verbindlich erachtet habe. Im Übrigen laufe eine Vergabe an die Konkurrenten M. und K. im Hinblick auf ihre Modalitäten ebenfalls dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zuwider, so dass ihm jedenfalls unter diesem Gesichtspunkt ein Unterlassungsanspruch zustehe. Zu berücksichtigen sei, dass die Konkurrenten M. und K. auf eigenes Risiko unbefristete Mietverträge abgeschlossen hätten und sie daher die ihnen durch die Schließung der Kfz.-Zulassungsstelle in Z. entstehenden Nachteile zu tragen hätten.

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, es bis Februar 2004 zu unterlassen, auf dem Grundstück Sch. 6 in M. andere Kfz.-Zeichenpräger als den Kläger und den ortsansässigen Unter-

nehmer Gerhard H., Ahornweg 34 in S. zuzulassen, insbesondere einen Mietvertrag über die Aufstellung eines Containers mit eingerichteter Kfz.-Schilder-Prägestelle auf dem Parkplatz vor dem Gelände der Kfz.-Zulassungsstelle des Beklagten Sch. 6 mit den Herren Wolfgang K. und/oder Lutz M. abzuschließen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat zunächst darauf verwiesen, dass der Begriff "Räume" in § 16 des Mietvertrages eng auszulegen sei. Dieser beziehe sich nur auf Zimmer im Gebäude der Kfz.-Zulassungsstelle. Im Übrigen sei die Konkurrenzklausel des § 16 des Mietvertrages nach §§ 26 GWB , 134 BGB nichtig. Er habe, was die Vermietung von Gewerberäumen für Kfz.-Schilderpräger in M. betreffe, eine überragende Marktstellung i.S.d. § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB inne. In der Nähe der Kfz.-Zulassungsstelle gebe es keine weiteren Immobilien, in denen Kfz.-Kennzeichenhersteller Räumlichkeiten anmieten könnten. Da potenzielle Laufkundschaft Umwege scheue, die sie daran hinderten, den Zulassungsvorgang zu einem zügigen Abschluss zu bringen, würden Mitbewerber des Klägers durch die Klausel des § 16 des Mietvertrages am Markt Zutritt gehindert. Eine derartige Exklusivität habe er dem Kläger vertraglich nicht einräumen dürfen. Er habe sich auf die Konkurrenzklausel zu einem Zeitpunkt eingelassen, in dem die jetzt in der obergerichtlichen Rechtsprechung geäußerten Bedenken noch nicht bestanden hätten. Es stehe ihm frei, sich die bessere Rechtseinsicht zu eigen zu machen und sich gegenüber dem Kläger auf die Nichtigkeit der Konkurrenzklausel zu berufen. Nur könne er seinem gesetzlichen Auftrag nachkommen. Ein besonderes vertrauensbegründendes Verhalten sei nicht gegeben. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass sich durch die Schließung der Kfz.-Zulassungsstelle in Z. die Zulassungszahlen in M. erhöhen würden.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Zur Begründung hat es darauf verwiesen, dass dem Kläger aus § 16 des Mietvertrages ein Unterlassungsanspruch zustehe. Zunächst sei § 16 des Mietvertrages dahingehend auszulegen, dass er sich auch auf Freiflächen vor dem eigentlichen Verwaltungsgebäude beziehe. Weiterhin sei § 16 des Mietvertrages nicht nach §§ 26 GWB , 134 BGB nichtig. Bei Abschluss des Mietvertrages im Jahre 1994 seien keine anderen Bewerber vorhanden gewesen, so dass durch diese Absprache im Jahre 1994 niemand diskriminiert worden sei. Der Kläger habe im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Klausel erhebliche Investitionen vorgenommen. Insofern behalte sich die Beklagte, die dieses Vertrauen erzeugt habe, jedenfalls widersprüchlich, wenn sie sich nunmehr auf eine Nichtigkeit der Absprache berufe. Solange Obergerichte widersprüchlich zu den Anforderungen entschieden, die § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB an eine Körperschaft des öffentlichen Rechts als Vermieterin von Gewerberäumen an Kfz.-Kennzeichenpräger stelle, habe im Zweifel der Grundsatz der Vertragstreue Vorrang.

Gegen das am 20.03.1998 zugestellte Urteil hat der beklagte Landkreis am 17.04.1998 Berufung eingelegt und diese am 15.05.1998 begründet.

Der Beklagte wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag. Er verweist auch im Rahmen der Berufungsinstanz darauf, dass wegen der Gewohnheiten der Kundschaft ein Schilderträger, der sich in unmittelbarer Nähe der Kfz.-Zulassungsstelle befinde, einen unaufholbaren Standortvorteil habe. In akzeptabler Nähe zur M.er Zulassungsstelle gebe es sonst keine tauglichen Gewerbeflächen. Der Mietvertragsentwurf, den er erarbeitet habe, habe die Konkurrenzklausele noch nicht enthalten. Sie sei erst auf ausdrücklichen Wunsch des Klägers in den Vertrag aufgenommen worden.

Der Beklagte beantragt,

das am 18.03.1998 verkündete Urteil des Landgerichts Chemnitz, Az: 1 O 6191/97 , aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger macht geltend, die Konkurrenzklausele in § 16 des Mietvertrages sei nicht auf seine Veranlassung aufgenommen worden, sondern habe sich schon im Vertragsentwurf des Beklagten wiedergefunden. Durch § 16 habe sichergestellt werden sollen, dass der Beklagten dritten Schilderträgern nirgendwo auf dem Gelände Gelegenheit zur Eröffnung eines Betriebes gebe. Mit Räumen seien Flächen gemeint gewesen. Im Übrigen sei § 16 des Mietvertrages auch wirksam. Ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht liege nicht vor. Ebenfalls aber verhalte sich der Beklagte treuwidrig, wenn er sich auf die Nichtigkeit der Konkurrenzklausele berufe. Der Beklagte gebe nur den Z.er Konkurrenten K. und M. Gelegenheit, Containerstellflächen auf dem Grundstück Sch. 6 in M. zu mieten, während er andere Bewerber abweise. Jedenfalls unter dem Gesichtspunkt dieses selbst kartellrechtswidrigen Verhaltens stehe dem Kläger ein Unterlassungsanspruch zu. Im Übrigen nimmt der Kläger auf seinen erstinstanzlichen Vortrag Bezug.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist begründet.

Dem Kläger steht ein Unterlassungsanspruch gegen den beklagten Landkreis weder aus Vertrag noch aus Gesetz zu.

I.

Ein Unterlassungsanspruch des Klägers ergibt sich zunächst nicht aus § 16 des zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrages. Die in § 16 des Mietvertrages getroffene Ab-

sprache ist wegen eines Verstoßes gegen § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB i.V.m. § 134 BGB nichtig.

1. Zunächst umfasst die Konkurrenzklausele des § 16 des Mietvertrages nicht lediglich das Verbot, keine weiteren Räume innerhalb des auf dem Grundstück Sch. 6 in M. befindlichen Gebäudes an andere Betriebe, welche Kfz.-Kennzeichen herstellen und vertreiben, zu vermieten. Zwar deutet der Wortlaut auf ein derartiges Verständnis hin. Allerdings ist nach §§ 133, 157 BGB bei der Auslegung eines Vertrages der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks haften zu bleiben. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Abschluss der Mietverträge zwischen dem beklagten Landkreis und dem Kläger sowie Gerhard H. gerade den Sinn hatte, die Schilderprägearbeiten von Containern in das Gebäude hinein zu verlagern. Unstreitig wurde auch nach dieser Verlagerung auf dem Gelände der Kfz.-Zulassungsstelle das Herstellen und der Vertrieb von Kennzeichenschildern in Containern nicht mehr vorgenommen. Zu diesem Hintergrund des zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrages tritt der Sinn und Zweck der Konkurrenzklausele hinzu. Diese will ersichtlich den Status quo gewährleisten und das Hinzukommen weiterer Mitbewerber verhindern. Diesen Zweck entfaltet die Klausel aber lediglich dann in vollem Umfang, wenn sie sich nicht lediglich auf das Gebäude, sondern auch auf das Gelände, das nach der Vorstellung der Parteien gerade von entsprechenden Containern freigehalten werden sollte, bezieht.

2. Jedoch verstößt die Klausel gegen § 26 Abs. 2 GWB. Nach § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB dürfen unter anderem marktbeherrschende Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln. Diese Regelung gilt nach §§ 26 Abs. 2 Satz 2 GWB auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben.

a) Zunächst ist der beklagte Landkreis ein Unternehmen im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Der Unternehmensbegriff im Sinne des GWB ist, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 18.04.1996 - 7 U 2422/95 (NJW-RR 1997, 299 li. Sp. unten) - klargestellt hat, funktional zu verstehen und umfasst jede selbständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr. Als Vermieter von Geschäftsräumen erbringt der Beklagte eine gewerbliche Leistung auf privatrechtlicher Grundlage und ist damit als Unternehmen anzusehen.

b) Der beklagte Landkreis ist auch als ein relativ marktstarkes Unternehmen i.S.d. § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB anzusehen. Entgegen einer verbreiteten Rechtsprechung (OLG Karls-

ruhe, WRP 1996, 447 ff., 448 f.; OLG Rostock, WRP 1996, 465 ff., 466; OLG Stuttgart, NJW-RR 1996, 1003 ; NJW-RR 1997, 1541 ; OLG München, NJW 1997, 296 r. Sp. unten; OLG Schleswig, NJW-RR 1997, 1539 r. Sp.; OLG Jena, OLG-NL 1998, 184 ff., 185 li. Sp.) ist bei der Frage, ob der Beklagte auf dem Sektor der von ihm angebotenen Leistungen, nämlich der Vermietung von Gewerberäumen für Kfz.-Schilderträger, keinem oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, nicht allein auf den Immobilienmarkt in unmittelbarer Nähe der Kfz.-Zulassungsstelle des Beklagten abzustellen. Bei der Bestimmung des räumlich relevanten Marktes kommt es - dies hat der Senat bereits in dem angeführten Urteil (NJW-RR 1997, 299 ff., 300 li. Sp.) ausgeführt - auf die Schilderträger als Marktgegenseite an. Der Nachfrageradius von Schilderträgern variiert. Während kleinere Betriebe oft nur eine Kfz.-Zulassungsstelle betreuen, sind andere Unternehmen der Schilderträgerbranche bundesweit mit der Herstellung und dem Vertrieb von Kfz.-Kennzeichenschildern befasst. Für letztere ist der beklagte Landkreis nur ein Anbieter unter vielen. Auf den Schutz des Diskriminierungsverbotes des § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB können sich daher lediglich kleine und mittlere Unternehmen, die von marktstarken Unternehmen abhängig sind, berufen, nicht jedoch bundesweit tätige Unternehmen. In Bezug auf kleine und mittlere Unternehmen liegt insoweit das nach § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB erforderliche Abhängigkeitsverhältnis vor (Senatsurteil vom 18.04.1996 - 7 U 2422/95 = NJW-RR 299 ff., S. 300).

c) Weiterhin hat der beklagte Landkreis auch einen gleichartigen Unternehmen zugänglichen Geschäftsverkehr i.S.d. § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB durch die Vermietung von Gewerberäumen in der Kfz.-Zulassungsstelle eröffnet.

d) Die Konkurrenzklausel des § 16 des streitgegenständlichen Mietvertrages stellt auch eine unbillige Behinderung i.S.d. § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB dar.

aa) Unter dem Begriff der Behinderung i.S.d. § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB fallen alle Verhaltensweisen eines Normadressaten, die die Betätigungsmöglichkeiten seiner Mitbewerber oder seiner Zulieferer bzw. Abnehmer im Wettbewerb beeinträchtigen. Für das Vorliegen einer Behinderung kommt es dabei allein darauf an, ob das Marktverhalten objektiv nachteilige Auswirkungen für den Wettbewerber besitzt (Frankfurter Kommentar - Carlhoff, GWB, § 26 Rdn. 232; Immenga/Mestmäcker-Markert, GWB, 2. Aufl., § 26 Rdn. 36; von Gamm, Kartellrecht, 2. Aufl., § 26 Rdn. 38 jeweils m.w.N.). Eine derartige Behinderung ist im vorliegenden Fall gegeben. Durch die Konkurrenzklausel werden andere als die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits in dem Gebäude der Kfz.-Zulassungsstelle befindlichen Schilderträgerunternehmen von der Anmietung von Räumen bzw. Flächen auf der Kfz.-Zulassungsstelle bewusst ferngehalten.

bb) Diese Behinderung ist auch unbillig. Ob eine beabsichtigte Beeinträchtigung unbillig ist, ist aufgrund einer Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbes gerichteten Zielsetzung des Gesetzes zu beurteilen (Immenga/Mestmäcker-Markert, GWB, 2. Aufl., § 26 Rdn. 37 m.w.N.). In diesem Zusam-

menhang ist von maßgeblicher Bedeutung, dass der beklagte Landkreis zur Vermietung von Räumen und Flächen auf dem Gelände der Kfz.-Zulassungsstelle berechtigt und fiskalisch auch verpflichtet ist. Er darf bei der Vermietung jedoch nicht gegen die ihm auferlegte Neutralitätspflicht im Wettbewerb verstoßen und insbesondere seine Position als Behörde nicht ohne sachgerechten Grund zugunsten nur eines Bewerbers einsetzen (vgl. OLG München, NJW-RR 1997, 296 ff., 298 r. Sp.). Diesen Anforderungen ist der beklagte Landkreis mit der Vereinbarung der in § 16 des Mietvertrages enthaltenen Konkurrenzschutzklausel nicht nachgekommen. In diesem Zusammenhang ist zunächst die lange Laufzeit des Vertrages sowie die dem Kläger in diesem Vertrag eingeräumte Verlängerungsoption von weiteren 5 Jahren zu berücksichtigen. Hinzu tritt der Gesichtspunkt, dass in § 4 des Mietvertrages die Kündigungsmöglichkeit für den beklagten Landkreis als Vermieter auf bestimmte schwere Vertragsverletzungen des Klägers beschränkt werden. Mit der Aufnahme der Konkurrenzklausel des § 16 in den Mietvertrag band sich somit der beklagte Landkreis langfristig die Hände und nahm schon im Jahr 1994 in Kauf, dass er die Bedürfnisse kreisangehöriger Schilderpräger in Zukunft nicht werde befriedigen können. Von der Konkurrenzklausel geht damit eine Sperrwirkung im Hinblick auf die Anmietung von Räumen und Flächen durch weitere Mitbewerber, insbesondere auch durch sog. Newcomer aus, obwohl auf dem Gelände der Kfz.-Zulassungsstelle unstreitig Flächen für das Aufstellen entsprechender Container zur Verfügung stehen. Dabei sticht weiterhin ins Auge, dass dem ebenfalls im Gebäude der Kfz.-Zulassungsstelle in M. untergebrachten Schilderpräger H. keine derartige Konkurrenzklausel zugestanden wurde. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass sich in der unmittelbaren Umgebung der Kfz.-Zulassungsstelle in M. anderweitige zur Anmietung zur Verfügung stehende Gewerbeflächen nicht befinden. Nach dem Vortrag des Beklagten befinden sich Gewerbemietflächen erst in einer Entfernung, die nach einem Fußweg von etwa 15 Minuten erreichbar sind. Diesem Vortrag ist der Kläger in nicht erheblicher Weise entgegengetreten. Er hat lediglich in pauschaler Weise das Bestehen einer sog. Insellage bestritten, ohne jedoch konkret zu den örtlichen Gegebenheiten und etwaigen Ausweichmöglichkeiten Stellung zu nehmen. Insbesondere vor diesem Hintergrund stellt die mit § 16 des Mietvertrages verbundene Ausschließung von dritten Konkurrenten eine erhebliche Beeinträchtigung von deren Interessen und damit auch des Wettbewerbes dar. Die Konkurrenzklausel zementiert somit den Status quo und lässt einen weiteren Wettbewerb nicht zu. Dem gegenüber stehen aufseiten des Klägers keine schutzwürdigen Interessen. Sein Verweis auf hohe Investitionskosten stellt keinen Gesichtspunkt dar, der die Unbilligkeit der von § 16 des Mietvertrages ausgehenden Behinderung zu beseitigen geeignet wäre. Zum einen sichert bereits die Laufzeit des Vertrages dem Kläger den Standortvorteil und ermöglicht bereits eine entsprechende Absicherung des insoweit bestehenden Unternehmerrisikos. Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Kläger mit seinem Unternehmen überregional tätig ist und - wie er im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt hat - über zwei weitere Standorte verfügt. Dies wie auch der Gesichtspunkt, dass dem in dem Gebäude der Kfz.-Zulassungsstelle tätigen Mitbewerber H. eine Konkurrenzklausel nicht zugestanden wurde, belegt, dass sie zur Absicherung der wirtschaftlichen Existenz des Klägers nicht

notwendig ist. Unter Berücksichtigung der erheblichen negativen Auswirkungen auf die Freiheit des Wettbewerbes und des fehlenden schutzwürdigen Interesses des Klägers an einer derart weitreichenden Konkurrenzklausele ist ein unbillige Behinderung i.S.d. § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB gegeben, so dass jedenfalls die Klausel des § 16 des streitgegenständlichen Mietvertrages nach § 134 BGB wirksam ist. Dem Kläger steht daher kein Unterlassungsanspruch auf der Grundlage dieser vertraglichen Regelung zu. Die Frage, ob der Mietvertrag insgesamt unwirksam ist, kann im Rahmen dieses Rechtsstreites dahinstehen.

2. Der beklagte Landkreis ist auch nicht nach § 242 BGB daran gehindert, sich auf die Nichtigkeit des § 16 des Mietvertrages zu berufen. Im vorliegenden Fall dient das verletzte Gesetz nicht dem Schutz eines Vertragspartners. Vielmehr verfolgt § 26 Abs. 2 GWB mit der Sicherung der Freiheit des Wettbewerbes allgemein- und ordnungspolitische Interessen. Allein deren Verwirklichung dient § 26 Abs. 2 GWB. Diese Ziele des § 26 Abs. 2 GWB können nicht hinter Individualinteressen eines Vertragspartners zurückstehen. Bereits aus diesem Grund scheidet der Verweis des Klägers auf ein treuwidriges Verhalten. Unabhängig davon ist auch nicht ersichtlich, dass das Berufen des Beklagten auf die Unwirksamkeit des § 16 des Mietvertrages für den Kläger zu einem schlicht untragbaren Ergebnis führt.

II.

Ein Unterlassungsanspruch des Klägers gegen den beklagten Landkreis ergibt sich auch nicht aus §§ 35 Abs. 1, 26 Abs. 2 Satz 2 GWB. Es ist in keiner Weise ersichtlich, wie eine Vermietung von Standflächen an andere Schilderprägeunternehmen zu einer Diskriminierung oder Ungleichbehandlung des Klägers führen könnte. Der Kläger will vielmehr gerade eine Gleichbehandlung, die zum Verlust seiner aus einer nichtigen Vertragsklausel herrührenden Privilegien führen würde, verhindern.

III.

Dem Kläger steht auch kein Unterlassungsanspruch nach §§ 1 UWG, 26 Abs. 2 Satz 2 GWB unter dem Gesichtspunkt einer wettbewerbswidrigen Vergabe von Stellflächen durch den beklagten Landkreis zu.

1. Aus dem Vortrag des Klägers ergibt sich nicht, dass der beklagte Landkreis durch die Vergabe von Stellplätzen an die ehemaligen Z.er Schilderpräger K. und M. gegen § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB verstößt. Der beklagte Landkreis verstößt nicht schon allein deshalb gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2, weil er alle kreisangehörigen kleinen oder mittleren Schilderpräger bei der Vergabe bevorzugt berücksichtigt. Ein förmliches Ausschreibungsverfahren muss der beklagte Landkreis in diesem Zusammenhang nicht durchführen (Senatsurteil vom 18.04.1996 - 7 U 2422/95 = NJW-RR 1997, 299 ff., 301). Im Übrigen hat der Kläger auch nicht einen kreisangehörigen Schilderpräger benannt, dem

der beklagte Landkreis einen Standplatz auf dem Gelände der Zulassungsstelle verweigert hat.

2. Unabhängig davon steht dem Kläger auch bei Zugrundelegung eines kartellrechtswidrigen Auswahlverfahrens durch den beklagten Landkreis kein Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG zu, weil er mit der Vereinbarung der Konkurrenzklausel selbst gegen das GWB verstoßen hat. Der Einwand der "unclean hands" schließt den Unterlassungsanspruch im Wettbewerbsrecht zwar grundsätzlich nicht aus, da das Sanktionensystem des UWG der Verwirklichung öffentlicher Interessen auch dann zur Verfügung stehen soll, wenn sich der Anspruchssteller in seinem Geschäftskreis selbst Vorwürfe gefallen lassen muss. Anerkannt missbräuchlich ist es jedoch, über § 1 UWG die Perpetuierung eines Zustandes zu erstreiten, der von den Anforderungen des § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB noch weiter entfernt ist als der bekämpfte. Setzt sich der Anspruchssteller durch die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruches in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten, ist ihm ein Anspruch aus § 1 UWG verwehrt (Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl., Einl. UWG, Rdn. 449; BGH, GRUR 1957, 23 ff., 24 r. Sp.; GRUR 1971, 582 ff., 584 r. Sp.).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO .

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10 , 711 , 108 Abs. 1 ZPO .

Die Festsetzung des Wertes der Beschwer beruht auf § 546 Abs. 2 ZPO .

Urteil des BGH Kartellsenat vom 14.07.1998

Schilderpräger im Landratsamt

KZR 1/97

Norm: § 26 Abs 2 WettbewG

Kartellrechtswidrigkeit der Vermietung von Gewerbeflächen an einen Schilderpräger im Amtsgebäude einer KfZ-Zulassungsstelle - Schilderpräger im Landratsamt

Leitsatz

Schilderpräger im Landratsamt

Einem Landkreis ist es aus kartellrechtlichen Gründen nicht schlechthin verwehrt, Gewerbeflächen innerhalb des Gebäudes einer Kfz-Zulassungsstelle an einen Schilderpräger zu vermieten.

Fundstellen

- BB 1998, 2334-2335 (Leitsatz und Gründe)
- NJW 1998, 3778-3780 (Leitsatz und Gründe)
- WRP 1999, 105-109 (Leitsatz und Gründe)
- WuW/E DE-R 201-205 (Leitsatz und Gründe)
- GewArch 1999, 27-30 (Leitsatz und Gründe)
- ZMR 1999, 16-19 (Leitsatz und Gründe)
- LM GWB § 26 Nr 94 (4/1999) (Leitsatz und Gründe)
- GRUR 1999, 278-281 (Leitsatz und Gründe)
- MDR 1999, 558-559 (Leitsatz und Gründe)
- BGHR GWB § 22 Unternehmen, marktbeherrschendes 5 (Leitsatz und Gründe)
- BGHR GWB § 22 Abs 1 Marktabgrenzung 4 (Leitsatz und Gründe)
- BGHR GWB § 26 Abs 2 Drittmarkt 1 (Leitsatz und Gründe)
- BGHR GWB § 26 Abs 2 Geschäftsverkehr, zugänglicher 3 (Leitsatz und Gründe)

Urteil des BGH Kartellsenat vom 14.07.1998

Schilderpräger im Landratsamt

KZR 1/97

BGHR GWB § 26 Abs 2 Interessenabwägung 11 (Leitsatz und Gründe)

BGHR UWG § 1 Marktbehinderung 2 (Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen

EBE/BGH 1998, BGH-Ls 613/98 (Leitsatz)

DAR 1998, 473 (Leitsatz)

WuM 1998, 751 (Leitsatz)

NJWE-WettbR 1999, 68 (Leitsatz)

DÖV 1999, 263 (Leitsatz)

Verfahrensgang

vorgehend OLG München Kartellsenat, 7. November 1996, Az: U (K) 5870/95
vorgehend LG München I, 18. Oktober 1995, Az: 7 HKO 14899/95

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Fortführung BGH Kartellsenat, 8. April 2003, Az: KZR 39/99

Literaturnachweise

Plehwe Thomas von, jurisPR-WettbR 6/2006 Anm. 4 (Anmerkung)

Horst-Peter Götting, LM GWB § 26 Nr 94 (4/1999) (Anmerkung)

Praxisreporte

Plehwe Thomas von, jurisPR-WettbR 6/2006 Anm. 4 (Anmerkung)

Tenor

Die Revision gegen das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts München vom 7. November 1996 wird auf Kosten der Klägerinnen zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob der beklagte Landkreis in einer Kraftfahrzeugzulassungsstelle Räume an ein Unternehmen vermieten darf, das Kraftfahrzeugschilder prägt und verkauft.

Der beklagte Landkreis unterhält seit 1987 in G. bei M. eine Außenstelle, in der das Landratsamt eine Zulassungsstelle betreibt. Im Keller des Gebäudes gelegene Räumlichkeiten vermietet er ebenfalls seit 1987 an Schilderprägeunternehmen, die er jeweils mit Hilfe einer Ausschreibung auswählt. Derartige Ausschreibungen fanden 1987, 1990 und 1994 statt. Das Unternehmen, das seit 1990 in den Räumen tätig ist, zahlt eine Miete von 20 % des Bruttoumsatzes, mindestens jedoch 5.000 DM monatlich. Es verlangt 39 DM für ein einfaches und 48 DM für ein Eurokennzeichen. Auf die Ausschreibung 1994, an der sich 29 Unternehmen - darunter auch die Klägerinnen - beteiligt hatten, erhielt eine bisher nicht berücksichtigte Mietinteressentin den Zuschlag für einen Mietvertrag mit einer Laufzeit von drei Jahren. Sie hatte ein Mietangebot abgegeben, dessen Höhe zwischen den Parteien streitig ist, jedenfalls aber nicht unter einem Umsatzanteil von 50 % und einer Mindestmiete von 18.000 DM liegt. Der Vollzug des geschlossenen Mietvertrags wurde bis zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits zurückgestellt.

Die Klägerin zu 1 betreibt bundesweit etwa 300 Schilderprägestellen, meist in räumlicher Nähe zu Kfz-Zulassungsstellen. In G. führt sie seit 1991 zusammen mit der Klägerin zu 2 ein entsprechendes Geschäft, das sich in etwa 50 m Entfernung von der Zulassungsstelle auf der anderen Straßenseite befindet. Die Klägerinnen bieten die Kennzeichen zu 38 DM und 46 DM an. Für das Geschäftslokal zahlen die Klägerinnen eine Monatsmiete von 3.000 DM.

Die Klägerinnen haben vorgetragen, dass etwa 94 % der in G. verkauften Kennzeichen von der Anbieterin in der Zulassungsstelle stammten. Da die Schilder in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zulassungsverfahren erworben werden müßten - wer ein Fahrzeug zulassen möchte, muss zunächst die Zulassungsstelle aufsuchen, sich danach das Kennzeichen verschaffen, um mit dem Kennzeichen nochmals bei der Zulassungsstelle vorzusprechen -, vermittele der Standort dem im Gebäude der Zulassungsstelle untergebrachten Anbieter einen uneinholbaren Vorteil und lasse Mitbewerber, da andere Wettbewerbsfaktoren wie der Preis nahezu bedeutungslos seien, ohne Marktchancen. Die Klägerinnen haben die Ansicht vertreten, das Verhalten des beklagten Landkreises verstoße gegen § 26 Abs. 2 GWB und gegen § 1 UWG. Zur Begründung haben sie sich u.a. auf eine Stellungnahme gestützt, die die bayerische Landeskartellbehörde in einem anderen Verfahren abgegeben hat: Danach könne eine behinderungs- und diskriminierungsfreie

Urteil des BGH Kartellsenat vom 14.07.1998

Schilderpräger im Landratsamt

KZR 1/97

Vermietung von Gewerbeflächen an Schilderpräger durch den Landkreis nur dadurch erfolgen, dass er entweder allen interessierten Schilderprägern Räumlichkeiten zur Verfügung stelle oder eine Vermietung an Schilderpräger ganz unterlasse.

Die Klägerinnen haben den beklagten Landkreis auf Unterlassung in Anspruch genommen und zuletzt beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Räume und/oder Flächen im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle G. an Kfz-Schilderpräger zu vermieten oder sonst zum Gebrauch zu überlassen und insbesondere aufgrund der Ausschreibung vom November 1994 einen Pacht- oder ähnlichen Vertrag zu schließen oder einen bereits geschlossenen Vertrag fortzuführen,

hilfsweise:

Räume und/oder Flächen im Gebäude der G. Kfz-Zulassungsstelle entgeltlich oder unentgeltlich zum Gebrauch zu überlassen, ohne vorherig ein gleichförmiges öffentliches Ausschreibungsverfahren mit von vornherein festgelegten transparenten, objektiven und strengen, d.h. von jedem Bewerber abstrakt gleichermaßen zu erfüllenden Kriterien durchgeführt zu haben.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er hat das Ergebnis von Zählungen vorgebracht, nach denen der Anteil der bisherigen Mieterin an dem Schilderverkauf je nach Wetterlage bei 75 % oder 83 % gelegen habe. Während es bei der Eröffnung der Zulassungsstelle 1987 darum gegangen sei, überhaupt eine Versorgung mit Kfz-Schildern zu gewährleisten, werde heute durch die Vermietung der Kellerräume in der Zulassungsstelle ein Monopol des Unternehmens der Klägerinnen verhindert.

Das Landgericht hat den Beklagten gemäß dem Hauptantrag verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen (OLG München WRP 1997, 218).

Mit ihrer Revision verfolgen die Klägerinnen ihr Klagebegehren weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch der Klägerinnen aus § 26 Abs. 2 GWB oder § 1 UWG verneint und zur Begründung ausgeführt: Zwar sei der Beklagte Normadressat des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots, weil er auf dem relevanten Markt für die Anmietung oder den Erwerb von Räumen, die für den Betrieb einer Schilder-

Urteil des BGH Kartellsenat vom 14.07.1998

Schilderpräger im Landratsamt

KZR 1/97

prägestelle geeignet seien, in der Zulassungsstelle G. oder in ihrer unmittelbaren Nähe keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sei. Es gehe bei der fraglichen Vermietung auch um einen Geschäftsverkehr, der Unternehmen, die mit dem Unternehmen der Klägerinnen gleichartig seien, üblicherweise zugänglich sei. Fraglich sei aber schon, ob der Beklagte die Klägerinnen behindere oder diskriminiere. Beim Marktzutritt seien die Klägerinnen vom Beklagten nicht behindert worden. Da der Beklagte im Rahmen der Ausschreibung an alle Bewerber denselben Maßstab angelegt habe, könne in der Auswahl der berücksichtigten Mieterin, die das Höchstgebot abgegeben habe, auch keine Ungleichbehandlung gesehen werden. Soweit die Klägerinnen darauf abstellten, dass sie durch das Verhalten des Beklagten im Absatz der Kfz-Kennzeichen behindert würden, weil die in den Räumen der Zulassungsstelle tätige Mitbewerberin einen - vom Beklagten vermittelten - Standortvorteil genieße, gehe es um einen vom Beklagten nicht beherrschten Drittmarkt. Schon hieran könne der geltend gemachte Anspruch aus § 26 Abs. 2 GWB scheitern, weil die marktbeherrschende Stellung des Beklagten gerade auf dem Markt bestehen oder sich auswirken müsse, auf dem die Klägerinnen behindert oder diskriminiert würden. Die Frage könne jedoch offen bleiben, da jedenfalls keine unbillige Behinderung vorliege. Denn die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens der Klägerinnen könne nur dann beeinträchtigt worden sein, wenn dem Standortvorteil des im Gebäude der Zulassungsstelle tätigen Mitbewerbers kein entsprechender Nachteil gegenüberstehe. Durch die unterschiedliche Höhe der Miete, die die Klägerinnen auf der einen und die Mitbewerberin auf der anderen Seite zu zahlen habe, werde der Standortvorteil weitgehend relativiert. Dies werde sich in einem funktionierenden Wettbewerb über den Preis ausgleichen. Es bestehe kein Zweifel, dass sich das Käuferverhalten bei einem Preisunterschied von etwa 20 % ändern werde. Dem könne nicht entgegengehalten werden, dass der Preis für die Kfz-Schilder für die Verbraucher angesichts der hohen Fahrzeugpreise keine Rolle spiele. Die Frage, ob der Beklagte Werbung der Klägerinnen für ihre (günstigeren) Preise im Gebäude der Zulassungsstelle gestatten müsse, sei nicht Gegenstand des Rechtsstreits. Gestatte er dem im Gebäude tätigen Schilderpräger Hinweise auf sein Angebot, so müsse er auch dem Unternehmen der Klägerinnen entsprechende Werbemöglichkeiten bieten.

Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung sei neben dem Interesse der Klägerinnen an freier wettbewerblicher Entfaltung das Interesse des beklagten Landkreises zu berücksichtigen, sein Vermögen bestmöglich zu verwerten. Dem Interesse der Allgemeinheit an einem funktionierenden Wettbewerb entspreche es im übrigen nicht, wenn dem Unternehmen der Klägerinnen durch eine Untersagung der Vermietung seinerseits ein Monopol zufiele. Schließlich sei auch zu berücksichtigen, dass auch im Falle einer Untersagung Standortvorteile für den Wettbewerber mit der günstigsten Lage zur Zulassungsstelle unvermeidbar wären.

Das Berufungsgericht hat auch einen Anspruch der Klägerinnen aus § 1 UWG verneint. Den Hilfsantrag hat es als nicht hinreichend bestimmt angesehen.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Mit Recht hat das Berufungsgericht einen Unterlassungsanspruch der Klägerinnen aus § 35 Abs. 1 i.V. mit § 26 Abs. 2 GWB verneint.

a) Allerdings ist der beklagte Landkreis, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat, Normadressat des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB .

aa) Der relevante Markt, auf den zur Ermittlung der Marktstellung des Beklagten abzustellen ist, umfasst in sachlicher und räumlicher Hinsicht das Angebot von Gewerbeflächen, die sich für einen Schilderpräger, der den bei den Besuchern einer bestimmten Zulassungsstelle anfallenden Bedarf an Kfz-Schildern decken möchte, zur Anmietung oder sonstigen Nutzung eignen. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass dieser Markt nach dem auch insoweit anwendbaren Bedarfsmarktkonzept nicht auf die im Gebäude der Zulassungsstelle befindlichen Räume beschränkt, sondern auf solche Flächen zu erstrecken ist, die sich in unmittelbarer Nähe des Gebäudes der Zulassungsstelle befinden. Die Nachfrage nach Kfz-Schildern wird erfahrungsgemäß nicht nur von Schilderträgern mit einem Geschäftslokal im Gebäude oder auf dem Gelände der Kfz-Zulassungsstelle, sondern auch von solchen Anbietern befriedigt, die sich in unmittelbarer Nähe angesiedelt haben. Unter diesen Umständen begegnet die Annahme des Berufungsgerichts, für die Nachfrage der Marktgegenseite bestehe insoweit eine funktionelle Austauschbarkeit, keinen durchgreifenden Bedenken. Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht daraus, dass sich aus dem Kreis der bei der Ausschreibung 1994 nicht berücksichtigten Bewerber kein weiteres Unternehmen in der Nähe der Zulassungsstelle niedergelassen hat. Denn dies kann ohne weiteres darauf zurückzuführen sein, dass die Wettbewerbschancen für einen dritten Anbieter in G. als gering eingestuft werden.

bb) Ob die getroffenen Feststellungen die Annahme des Berufungsgerichts tragen, der beklagte Landkreis sei auf dem in Rede stehenden Markt keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt, kann offen bleiben. Denn der Beklagte genießt gegenüber den anderen Anbietern von Gewerbeflächen, die für einen Schilderprägebetrieb in Betracht kommen, jedenfalls eine überragende Marktstellung (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Sie leitet sich aus dem Vorteil ab, den der Standort innerhalb des Gebäudes der Zulassungsstelle dem dort tätigen Anbieter vermittelt. Das Berufungsgericht hat in anderem Zusammenhang festgestellt, dass es sich insofern um einen gewichtigen Vorteil handele, weil für den Bürger, der vor und nach dem Erwerb des Kennzeichens die Zulassungsstelle aufsuchen müsse, ein hoher Anreiz bestehe, seinen Bedarf bei dem im Hause befindlichen Anbieter zu decken. Dies drückt sich auch in dem auf diesen Anbieter entfallenden Anteil der verkauften Schilder aus, der selbst nach dem Vortrag des Beklagten trotz geringfügig höherer Preise mindestens bei 75 % liegt. Der Vorzug, den dieser Anbieter auf dem Markt für Kfz-Kennzei-

Urteil des BGH Kartellsenat vom 14.07.1998

Schilderpräger im Landratsamt

KZR 1/97

chen genießt, kommt auf dem vorgelagerten Vermietungsmarkt dem beklagten Landkreis zugute, der - wie der Streitfall belegt - in der Lage ist, sich diese Vorzüge durch eine deutlich höhere Miete oder Pacht entgelten zu lassen, als sie für Standorte außerhalb des Gebäudes der Zulassungsstelle bezahlt werden.

b) Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass es sich bei der Anmietung von Räumen im Gebäude der Zulassungsstelle des Beklagten um einen Geschäftsverkehr handelt, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist. Die verschiedenen Bewerber für die Anmietung der Räume im Gebäude der Zulassungsstelle sind ihrer wirtschaftlichen Funktion nach untereinander gleichartig. Auch wenn jeweils nur ein Anbieter als Mieter der in Rede stehenden Räume zugelassen werden kann, handelt es sich um einen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr. Wie der Senat bereits in der Vergangenheit entschieden hat, schließen quantitative Begrenzungen des Zugangs die Üblichkeit nicht aus (vgl. BGHZ 52, 65, 70 - Sportartikelmesse; 107, 273, 278 - Staatslotterie).

c) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts stellt sich im Streitfall nicht die vom Berufungsgericht erörterte Frage, ob die Klägerinnen mit Hilfe des Anspruchs aus § 26 Abs. 2 GWB auch dagegen vorgehen können, dass sie vom Beklagten auf einem anderen als dem beherrschten Markt behindert oder ungleich behandelt werden (vgl. dazu BGH, Urt. v. 23.2.1988 - KZR 17/86, WuW/E 2483, 2490 - Sonderungsverfahren; Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl., § 26 Rdn. 81; Carlhoff in Frankfurter Kommentar zum GWB, 3. Aufl., § 26 Rdn. 194 ff.; vgl. auch BGHZ 114, 218, 229 - Einzelkostenerstattung). Im Streitfall steht allein das Verhalten des Beklagten auf dem Vermietungsmarkt in Frage, auf dem das Unternehmen der Klägerinnen Gewerbeflächen zur Anmietung für ihren Schilderprägebetrieb nachfragt. Dabei geht es darum, ob im Verhalten des Beklagten eine unbillige Behinderung oder eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung des Unternehmens der Klägerinnen als Nachfrager von Vermietungsleistungen zu sehen ist. Auch wenn sich das Verhalten des Beklagten für die Klägerinnen auch auf der nachfolgenden Absatzstufe, also beim Vertrieb der Kfz-Kennzeichen, negativ auswirkt, ist für die Beurteilung im Rahmen des § 26 Abs. 2 GWB nur die mögliche Behinderung oder Ungleichbehandlung auf dem Vermietungsmarkt von Bedeutung. Lediglich in Fällen, in denen der Anspruchsteller auf dem beherrschten Markt nicht tätig ist, gleichwohl aber gegen Auswirkungen vorgehen möchte, die das Verhalten des marktmächtigen oder marktstarken Unternehmens auf einem anderen als dem beherrschten Markt hat, stellt sich die sogenannte Drittmarktproblematik.

d) Zu Unrecht hat es das Berufungsgericht in Zweifel gezogen, dass das Unternehmen der Klägerinnen dadurch ungleich behandelt und in seiner Geschäftstätigkeit behindert zu werden droht, dass die Räume in der Zulassungsstelle nicht an die Klägerinnen, sondern an eine Mitbewerberin vermietet werden sollen. Der Begriff der Behinderung in § 26 Abs. 2 GWB ist weit zu verstehen und erfaßt jedes Marktverhalten, das objektiv nachteilige Auswirkungen für den Betroffenen hat (vgl. BGH, Urt. v. 8.6.1967 - KZR 5/66, WuW/E 863,

Urteil des BGH Kartellsenat vom 14.07.1998

Schilderpräger im Landratsamt

KZR 1/97

870 - Rinderbesamung II; BGHZ 81, 322 , 327 - Original-VW-Ersatzteile II; 116, 47, 57 - Amtsanzeiger). Auch die Feststellung einer unterschiedlichen Behandlung trägt noch kein Unwerturteil in sich. Vielfach wird ein Marktverhalten sogar beide Alternativen des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB erfüllen. So verhält es sich im Streitfall: Eine Behinderung der Klägerinnen droht bereits dadurch, dass der Beklagte - aus welchen Gründen auch immer - die Gewerbeflächen im Gebäude der Zulassungsstelle nicht an ihr Unternehmen, sondern an einen Dritten vermieten möchte. Darin liegt gleichzeitig eine Ungleichbehandlung, die unabhängig davon zu bejahen ist, ob der Beklagte für die Entscheidung zugunsten des Dritten vernünftige Gründe anzuführen vermag.

e) Kann der Beurteilung, es liege weder eine Behinderung noch eine unterschiedliche Behandlung vor, nicht beigetreten werden, erweist sich die vom Berufungsgericht angestellte Hilfserwägung hingegen als zutreffend: Die gebotene Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes ergibt, dass die Behinderung der Klägerinnen durch den Beklagten nicht als unbillig angesehen werden kann und für die Ungleichbehandlung ein sachlich gerechtfertigter Grund besteht.

aa) Im Rahmen der Interessenabwägung ist zunächst zu berücksichtigen, dass das von den Klägerinnen begehrte Verbot darauf gerichtet ist, den Beklagten mit der in Rede stehenden gewerblichen Leistung vollständig vom Wettbewerb auszuschließen. Eine derart weitgehende Rechtsfolge kann im Rahmen des § 26 Abs. 2 GWB nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommen. Denn diese Bestimmung zielt darauf ab, die Spielräume, die der Normadressat genießt, einzuengen, nicht aber, ihn gänzlich vom Wettbewerb auszuschließen. Auch kann der Normadressat im allgemeinen nicht gezwungen werden, seine Interessen vollständig denen eines anderen Unternehmens unterzuordnen.

bb) Bei dem Interesse, das der Beklagte mit der Vermietung der Gewerbeflächen verfolgt, geht es nicht nur um das fiskalische Interesse, zusätzliche Einnahmen zu erwirtschaften, sondern zumindest auch darum, den Kunden der Zulassungsstelle dadurch entgegenzukommen, dass sie einen Schilderpräger im selben Gebäude aufsuchen können. Im Streitfall stand dieser Gesichtspunkt zunächst im Vordergrund; den getroffenen Feststellungen ist zu entnehmen, dass nach Eröffnung der Zulassungsstelle im Jahre 1987 eine Versorgung mit Kfz-Kennzeichen nicht gewährleistet gewesen wäre, wenn der Beklagte nicht die Räume im Gebäude der Zulassungsstelle zur Verfügung gestellt hätte. Dass es sich bei dem Verkauf der Kfz-Kennzeichen um ein mit der hoheitlichen Tätigkeit der Zulassungsstelle in engem Zusammenhang stehendes Geschäft handelt und eine einfache Erwerbsmöglichkeit den Bedürfnissen des Publikums entgegenkommt, hat der Bundesgerichtshof auch im Rahmen der Beurteilung nach § 1 UWG als maßgeblichen Umstand angesehen, weshalb selbst der Verkauf der Schilder durch die Zulassungsstelle nicht beanstandet worden ist (BGH, Urt. v. 26.4.1974 - I ZR 8/73, GRUR 1974, 733 , 735 = WRP 1974, 397 - Schilderverkauf).

Urteil des BGH Kartellsenat vom 14.07.1998

Schilderpräger im Landratsamt

KZR 1/97

cc) Auf der Seite der Klägerinnen sowie anderer potentieller Mitbewerber ist das Interesse zu berücksichtigen, ihre Chancen im Wettbewerb nicht dadurch gefährdet zu sehen, dass der Beklagte einem Mitbewerber Geschäftsräume vermietet, die diesem einen erheblichen Standortvorteil verschaffen. Dem Umstand, dass die öffentliche Hand auf diese Weise Einfluß auf das Wettbewerbsgeschehen nimmt, kommt dabei allerdings - entgegen einer im Schrifttum geäußerten Auffassung (vgl. Immenga, NJW 1995, 1921 , 1926; J.B. Nordemann, WRP 1996, 383 , 384) - keine entscheidende Bedeutung zu. Auch an anderer Stelle wirkt sich die nicht auf eigene Leistung zurückzuführende Nachfrage- oder Angebotsmacht der öffentlichen Hand im Wettbewerb aus, ohne dass sich daraus kartellrechtlich ein Verbot wirtschaftlichen Handelns ableiten ließe. Vor allem aber werden die wettbewerbsschädlichen Auswirkungen, die von einem Verhalten wie dem im Streitfall beanstandeten ausgehen, nicht zutreffend dargestellt. Der auch von der Revision erhobene Einwand, durch die Vermietung der Räume im Gebäude der Zulassungsstelle an einen Schilderpräger werde der Leistungswettbewerb vollständig ausgeschaltet, ist nicht begründet.

Zutreffend ist zwar, dass der im Gebäude oder auf dem Gelände der Zulassungsstelle tätige Mitbewerber - wie bereits dargelegt - einen Standortvorteil genießt, der je nach den örtlichen Verhältnissen erheblich sein kann. Mit Recht hat jedoch das Berufungsgericht darauf hingewiesen, dass sich ein solcher Standortvorteil in einem funktionierenden Wettbewerb dadurch ausgleicht, dass für den vorteilhaften Standort ein höherer Preis, also in der Regel eine höhere Miete oder Pacht, zu zahlen ist, der sich im allgemeinen auch in höheren Verkaufspreisen niederschlagen wird. Die Rügen, die die Revision gegenüber dieser Beurteilung des Berufungsgerichts erhebt, gehen fehl. Die vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang angestellten Erwägungen können insbesondere nicht als hypothetisch abgetan werden. Denn sie gründen sich auf ein allgemeines Erfahrungswissen hinsichtlich der wirtschaftlichen Zusammenhänge, auf das bei der kartellrechtlichen Beurteilung der widerstreitenden Interessen ohne weiteres zurückgegriffen werden kann. Darüber hinaus gibt der Streitfall ein Beispiel für das Funktionieren der Marktgesetze: Denn das Ergebnis der Ausschreibung des Jahres 1994 zeigt, dass für den vorteilhaften Standort im allgemeinen ein höherer Preis zu zahlen ist und damit dem vom Standort her benachteiligten Wettbewerber ein Ausgleich in der Form eines deutlichen Kostenvorteils zukommt, der sich in günstigeren Endverbraucherpreisen niederschlagen kann.

Allerdings können Preisvorteile nur dann zum Zuge kommen, wenn für den Wettbewerber, der seine Schilder von dem ungünstigeren Standort aus anbietet, Möglichkeiten bestehen, auf sein Angebot, insbesondere auf die von ihm verlangten Preise, an geeigneter Stelle hinzuweisen. Dass es im Streitfall an derartigen Möglichkeiten fehlen würde, ist indessen nicht dargetan.

dd) Im Streitfall ist die Auswahl des Mieters der fraglichen Räume unter angemessenen und fairen Bedingungen erfolgt. Der Beklagte führt in regelmäßigen Abständen Ausschrei-

Urteil des BGH Kartellsenat vom 14.07.1998

Schilderträger im Landratsamt

KZR 1/97

bungen durch, bei denen der Interessent zum Zuge kommt, der das Höchstgebot abgibt. Die beschränkte Vertragsdauer gibt nicht berücksichtigten Interessenten die Möglichkeit, sich bei einer der nächsten Ausschreibungen erneut um die Räume zu bemühen. Ein solches Vorgehen berücksichtigt die Interessen der Schilderträger in fairer und angemessener Weise und bietet aus Rechtsgründen keinen Anlaß zu Beanstandungen. Insbesondere kann - entgegen der Auffassung der Revision - nicht davon ausgegangen werden, der Beklagte fordere mit dem Angebot, die fraglichen Gewerbeflächen an den meistbietenden Interessenten zu vermieten, zu ruinösem Wettbewerb auf und rufe Hasardeure auf den Plan, die zur Zahlung unverhältnismäßig hoher Mieten bereit seien. Ob ein bestimmter Mietzins für einen bevorzugten Standort angemessen ist, richtet sich in erster Linie nicht nach objektiven Gesichtspunkten, sondern nach den besonderen Umsatzerwartungen an dem bevorzugten Standort.

ee) Entgegen der Auffassung der Revision sprechen allgemeine Grundsätze wie das Subsidiaritätsprinzip oder das Prinzip des Leistungswettbewerbs nicht gegen das Verhalten des Beklagten. Die Erwägungen, die die Revision in diesem Zusammenhang anstellt, bauen auf der - unzutreffenden - Annahme auf, dass durch die Vermietung von Gewerbeflächen im Gebäude der Zulassungsstelle der Leistungswettbewerb auf dem Kennzeichenmarkt ausgeschaltet und damit der Bestand des Wettbewerbs nachhaltig gefährdet würde. Das Berufungsgericht hat diese Befürchtung indessen - wie bereits dargelegt - mit rechtsfehlerfreien Erwägungen ausgeräumt.

ff) Schließlich darf bei den Erwägungen, die die Revision zu den drohenden Wettbewerbsverzerrungen auf dem Kennzeichenmarkt anstellt, nicht außer Betracht bleiben, dass eine entsprechende Situation auch ohne eine Vermietung von Gewerbeflächen durch die öffentliche Hand eintreten kann. Auch wenn im Gebäude oder auf dem Gelände der Zulassungsstelle keine Gewerbeflächen für Schilderträger zur Verfügung gestellt werden, können sich für den räumlich am günstigsten gelegenen Wettbewerber ganz ähnliche Standortvorteile ergeben, wie sie ein im Gebäude der Zulassungsstelle tätiger Anbieter genießt, ohne dass dies mit den Mitteln des Kartellrechts zu verhindern wäre.

2. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist auch nicht aus § 1 UWG begründet. Im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung sind insoweit die gleichen Beurteilungskriterien wie bei § 26 Abs. 2 GWB maßgebend (vgl. BGHZ 96, 337, 346 - Abwehrblatt II; 107, 40, 41 - Krankentransportbestellung). Eine Gefährdung des Wettbewerbsbestandes, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes das lauterkeitsrechtliche Verbot einer Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand rechtfertigen könnte (vgl. BGHZ 82, 375, 390 - Brillen-Selbstabgabestellen; 123, 157, 161 - Abrechnungs-Software für Zahnärzte), steht im Streitfall - wie dargelegt - nicht in Rede. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das Unternehmen der Klägerinnen nicht allein auf den Standort in G. angewiesen ist, sondern sich auch bei anderen Kfz-Zulassungsstellen um vorteilhafte Gewerbeflächen - sei es innerhalb oder außerhalb der Zulassungsstelle - bemühen kann.

Urteil des BGH Kartellsenat vom 14.07.1998

Schilderpräger im Landratsamt

KZR 1/97

3. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Klage auch mit dem Hilfsantrag abgewiesen, weil dieser nicht hinreichend bestimmt ist (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Die Anforderungen, die nach diesem Antrag an die Ausschreibung der zu vermietenden Räume zu stellen sind ("... mit von vornherein festgelegten transparenten, objektiven und strengen, d.h. von jedem Bewerber abstrakt gleichermaßen zu erfüllenden Kriterien ..."), verlagern - wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat - den Streit über die im einzelnen zu beachtenden Erfordernisse der Ausschreibung unzulässigerweise in das Vollstreckungsverfahren. Die Revision hat insoweit auch keine gesonderten Rügen erhoben. Wie dargelegt, ist im übrigen das vom Beklagten eingehaltene Ausschreibungsverfahren, bei dem der meistbietende Anbieter den Zuschlag erhält, nicht zu beanstanden.

III. Danach ist die Revision der Klägerinnen mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Urteil des BGH Kartellsenat vom 14.07.1998

KZR 15/97

Normen: § 1 UWG, § 26 Abs 2 S 1 WettbewG

Wettbewerbsbeschränkung und Wettbewerbsverstoß durch Diskriminierung: Verbot an einen Landkreis zur Vermietung von Räumen in einer Kfz-Zulassungsstelle an einen Schilderprägebetrieb

Orientierungssatz

1. Ein Landkreis darf auf dem Gelände des Landratsamtes, in dem sich auch die Kraftfahrzeugzulassungsstelle befindet, Räume an Unternehmen vermieten, die Kraftfahrzeugschilder prägen und verkaufen.
2. Zwar ist der Landkreis Normadressat des Behinderungs- und Diskriminierungsverbotes des GWB § 26 Abs 2 S 1 (juris: WettbewG). Jedoch ist zu beachten, dass der sachlich relevante Markt, auf den zur Ermittlung der Marktstellung des Landkreises abzustellen ist, in sachlicher und räumlicher Hinsicht auch das Angebot von Gewerbeflächen umfasst, die sich für einen Schilderpräger eignen und die sich in unmittelbarer Nähe des Gebäudes der Zulassungsstelle befinden. Die Nachfrage von Kfz-Schildern wird erfahrungsgemäß nicht nur von Schilderträgern mit einem Geschäftslokal im Gebäude oder auf dem Gelände der Kfz-Zulassungsstelle, sondern auch von solchen Anbietern befriedigt, die sich in unmittelbarer Nähe angesiedelt haben.
3. Zwar wird ein Schilderprägebetrieb, dadurch ungleich behandelt und in seiner Geschäftstätigkeit behindert, wenn die Räume in der Zulassungsstelle nicht an ihn, sondern an zwei Mitbewerber vermietet worden sind, jedoch führt diese Behinderung nicht zu dem genannten Unterlassungsanspruch, wenn die gebotene umfassende Interessenabwägung ergibt, dass die Behinderung nicht als unbillig angesehen werden kann.
4. Es ist vorliegend nicht ersichtlich, dass die Auswahl der Mieter nicht unter angemessenen und fairen Bedingungen erfolgt ist; insbesondere hat der Landkreis angekündigt, dass er in regelmäßigen Abständen Ausschreibungen durchführen wird, bei denen der Interessent zum Zuge kommt, der das höchste Angebot abgibt. In der Vermietung von Räumen in

der Kfz-Zulassungsstelle an einen Schilderprägebetrieb ist daher weder ein Verstoß gegen GWB § 26 Abs 2 S 1 noch ein solcher nach UWG § 1 zu sehen.

Verfahrensgang

vorgehend OLG Stuttgart Kartellsenat, 28. Februar 1997, Az: 2 U (Kart) 208/96
vorgehend LG Stuttgart, 27. August 1996, Az: 11 KfH O 48/96

Tenor

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats - Kartellsenats - des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 28. Februar 1997 aufgehoben.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stuttgart vom 27. August 1996 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob der beklagte Landkreis auf dem Gelände des Landratsamtes, in dem sich auch die Kraftfahrzeugzulassungsstelle befindet, Räume an Unternehmen vermieten darf, die Kraftfahrzeugschilder prägen und verkaufen.

Die Klägerin betreibt bundesweit etwa 300 Schilderprägestellen, meist in räumlicher Nähe zu Kfz-Zulassungsstellen. Der beklagte Landkreis unterhält das Landratsamt in A., das als untere Verwaltungsbehörde u.a. für die Zulassung von Kraftfahrzeugen und für die Zuteilung von Kfz-Kennzeichen zuständig ist. Das Grundstück, auf dem sich das Landratsamt mit der Kfz-Zulassungsstelle befindet, weist hinsichtlich seiner Zugänglichkeit eine Art In-sellage auf, weil es von einer Bahntrasse, dem kanalisierten Fluß K. und zwei vierspurig ausgebauten Straßen umgeben ist. Das Grundstück des Landratsamtes ist von Nordwesten her zugänglich. Für das Gebäude gibt es neben einem (Haupt-)Eingang im Nordwesten einen weiteren Eingang im Südosten, der unmittelbar zur Kfz-Zulassungsstelle führt.

Für die Besucher der Zulassungsstelle gibt es Parkplätze entlang der südöstlichen Grundstücksgrenze. Dort befindet sich - vom Eingang zur Zulassungsstelle etwa 15 m entfernt - ein kleines Nebengebäude, in dem zwei Schilderprägebetriebe untergebracht sind. Der Beklagte hatte die Vermietung dieser Räume im Oktober 1995 ausgeschrieben; dabei erhielten die Unternehmen den Zuschlag, die das Höchstangebot (40 % des Umsatzes) abgegeben hatten. Die Laufzeit der Mietverträge ist nicht befristet, der Beklagte hat jedoch in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht erklärt, nach vier Jahren sei ein neues Ausschreibungsverfahren vorgesehen. Die Klägerin, die sich an der Ausschreibung nicht beteiligt hatte, hat ein für den Betrieb einer Schilderprägestelle geeignetes Garagengrundstück in der W.-Straße auf der anderen Seite des K. angemietet, ohne bislang dort einen entsprechenden Betrieb eröffnet zu haben. Auf der anderen Seite der Bahntrasse befindet sich in der W.-Straße noch ein weiterer Schilderpräger. Auf dieses Unternehmen und auf die beiden auf dem Gelände des Landratsamtes angesiedelten Betriebe weist der Beklagte in der Zulassungsstelle durch einen Aushang hin.

Die Klägerin sieht in der Vermietung der Räume auf dem Gelände des Landratsamtes eine nach § 26 Abs. 2 GWB kartellrechtswidrige und nach § 1 UWG wettbewerbswidrige unbillige Behinderung der anderen Schilderpräger. Da die Schilder in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zulassungsverfahren erworben werden müßten - wer ein Fahrzeug zulassen möchte, muss zunächst die Zulassungsstelle aufsuchen, sich danach das Kennzeichen verschaffen, um mit dem Kennzeichen nochmals bei der Zulassungsstelle vorzusprechen -, vermittele der Standort den in unmittelbarer Nähe der Zulassungsstelle untergebrachten Anbietern einen uneinholbaren Vorteil und lasse Mitbewerber, da andere Wettbewerbsfaktoren wie der Preis nahezu bedeutungslos seien, ohne Marktchancen. Da eine diskriminierungsfreie Vermietung der Räume für die Schilderprägestellen im Nebengebäude auch durch eine Ausschreibung nicht zu erreichen sei, müsse der Beklagte die Vermietung der Räume sowie die Fortführung der eingegangenen Mietverhältnisse unterlassen. Außerdem sei der Beklagte der Klägerin zum Ersatz des ihr entstandenen Schadens verpflichtet.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

1. es dem Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten,
 - a) im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Räume und/oder Flächen im Gebäude und/oder auf dem Grundstück des O. kreises in A., in dem die Kfz-Zulassungsstelle untergebracht ist, an Kfz-Schilderpräger zu vermieten oder sonstwie zum Gebrauch zu überlassen und/oder derartige Räume/Flächen zur Gebrauchsüberlassung auszuschreiben, insbesondere aufgrund der Ausschreibung vom 12./14.10.1995;

b) die aufgrund der Ausschreibung vom 12./14.10.1995 geschlossenen Mietverträge mit Kfz-Schilderträgern fortzuführen;

hilfsweise:

den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin einen Raum zu vermieten, der den aufgrund der Ausschreibung vom 12./14.10.1995 beschriebenen Räumen an Lage zu den Zulassungsschaltern der Kfz-Zulassungsstelle in A., Größe, Ausstattung, Zugänglichkeit und sonstigen Eigenschaften entspricht;

2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche Schäden zu ersetzen, die der Klägerin durch die Vermietung des Beklagten an Schilderprägebetriebe aufgrund der Ausschreibung vom 12./14.10.1995 entstanden sind.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er hat in Abrede gestellt, dass er den maßgeblichen Markt beherrsche, und hat auf eine Reihe anderer Grundstücke in der Umgebung des Landratsamtes verwiesen, die sich für Schilderprägestellen ebenfalls eigneten. Maßgeblich für die Vermietung sei die kundenfreundliche Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens; ferner gehe es darum, Einnahmen zu erzielen, wie sie auch ein privater Vermieter verlange.

Das Landgericht hat den Beklagten gemäß den Hauptanträgen verurteilt. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg (OLG Stuttgart NJW-RR 1997, 1541).

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat in dem Verhalten des Beklagten einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot gesehen und zur Begründung ausgeführt: Der Beklagte besitze auf dem hier relevanten Markt der Vermietung von Räumen oder Flächen, die zum Betrieb von Schilderprägestellen in Betracht kommen, eine überragende Marktstellung. Da die Kunden nicht bereit seien, für den Erwerb der Kfz-Kennzeichen weite Wege in Kauf zu nehmen, bestehe schon bei Objekten in der näheren Umgebung des Landratsamtes nur noch ein geringes Anmietungsinteresse. Dies werde im Streitfall durch die Insellage besonders deutlich, in der sich das Landratsamt befinde. Auf der anderen Seite komme die Klägerin, auch wenn sie an der Ausschreibung im Herbst 1995 nicht teilge-

nommen habe, als Anspruchsberechtigte in Betracht. Da alle Mietinteressenten im Streitfall eine identische wirtschaftliche Funktion ausübten, handele es sich auch um einen gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr. Schließlich sei auch von einer Ungleichbehandlung der Klägerin durch den Beklagten auszugehen, da er ihr anders als Mitbewerbern das Zustandekommen einer Geschäftsbeziehung verweigere.

Für diese Ungleichbehandlung habe der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte keine hinreichenden Gründe vorbringen können. Im Ergebnis der Abwägung überwiege das Interesse der Klägerin an einer Offenhaltung des Marktes. Das vom Beklagten angeführte, an sich begrüßenswerte Interesse an einer zügigen und bürgerfreundlichen Gestaltung des Zulassungsverfahrens könne einen erheblichen Eingriff der öffentlichen Hand in den Wettbewerb zugunsten einzelner nicht rechtfertigen. Dies gelte auch für das fiskalische Interesse an einer möglichst einträglichen Vermietung der fraglichen Räume. Der Vorteil, in dessen Genuss der Beklagte dabei komme, beruhe nicht auf eigener Leistung und könne daher nicht als leistungsgerecht anerkannt werden. Daran könne auch der Umstand nichts ändern, dass der Beklagte nicht nur einen, sondern zwei Wettbewerber durch die Vermietung von Räumlichkeiten auf dem Gelände des Landratsamtes bevorzuge. Dass bei der Ausschreibung des Beklagten der Meistbietende den Zuschlag erhalten habe, gewährleiste für die außerhalb des Amtsgeländes tätigen Anbieter nicht den Ausgleich der Wettbewerbschancen. Selbst wenn die höhere Miete sich in höheren Preisen niederschlagen sollte, könne der außerhalb tätige Anbieter auf den Vorteil, der für den Verbraucher ohnehin nur von untergeordneter Bedeutung sei, nicht hinweisen.

Da das Verhalten des Beklagten gegen ein gesetzliches Verbot verstoße, seien die vom Beklagten geschlossenen Mietverträge nichtig. Da offenbar keine Möglichkeit bestehe, auf dem Amtsgelände in entsprechend günstiger Position weitere Schilderpräger anzusiedeln, könne dem Diskriminierungsverbot nur mit Hilfe eines Verbots der Fortsetzung der Mietverträge zur Durchsetzung verholphen werden. Schließlich sei der Beklagte der Klägerin auch zum Ersatz des durch sein Verhalten entstandenen und noch entstehenden Schadens verpflichtet.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Abweisung der Klage.

1. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts stehen der Klägerin keine Ansprüche aus § 35 Abs. 1 i.V. mit § 26 Abs. 2 GWB zu.

a) Allerdings ist der beklagte Landkreis, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat, Normadressat des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB .

aa) Der relevante Markt, auf den zur Ermittlung der Marktstellung des Beklagten abzustellen ist, umfaßt in sachlicher und räumlicher Hinsicht das Angebot von Gewerbeflächen, die sich für einen Schilderpräger, der den bei den Besuchern einer bestimmten Zulassungs-

stelle anfallenden Bedarf an Kfz-Schildern decken möchte, zur Anmietung oder sonstigen Nutzung eignen. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass der Markt in räumlicher Hinsicht nach dem auch insoweit anwendbaren Bedarfsmarktkonzept nicht auf die im Gebäude der Zulassungsstelle befindlichen Räume beschränkt, sondern auch auf solche Flächen zu erstrecken ist, die sich in unmittelbarer Nähe des Gebäudes der Zulassungsstelle befinden. Die Nachfrage nach Kfz-Schildern wird erfahrungsgemäß nicht nur von Schilderprägnern mit einem Geschäftslokal im Gebäude oder auf dem Gelände der Kfz-Zulassungsstelle, sondern auch von solchen Anbietern befriedigt, die sich in unmittelbarer Nähe angesiedelt haben. Unter diesen Umständen begegnet die Annahme des Berufungsgerichts, für die Nachfrage der Marktgegenseite bestehe insoweit eine funktionelle Austauschbarkeit, keinen durchgreifenden Bedenken.

bb) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte genieße gegenüber den anderen Anbietern von Gewerbeflächen, die für einen Schilderprägebetrieb in Betracht kommen, jedenfalls eine überragende Marktstellung (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Zutreffend hat das Berufungsgericht dargelegt, dass sich diese besondere Marktstellung aus dem Vorteil ableitet, den der Standort auf dem Gelände des Landratsamtes dem dort tätigen Anbieter vermittelt. Denn für den Bürger, der vor und nach dem Erwerb des Kennzeichens die Zulassungsstelle aufsuchen muss, besteht ein hoher Anreiz, seinen Bedarf bei dem auf dem Gelände befindlichen Anbieter zu decken. Der Vorzug, den dieser Wettbewerber auf dem Markt für Kfz-Kennzeichen genießt, kommt auf dem vorgelagerten Vermietungsmarkt dem beklagten Landkreis zugute, der in der Lage ist, sich diese Vorzüge durch eine deutlich höhere Miete oder Pacht entgelten zu lassen, als sie für Standorte außerhalb des Gebäudes der Zulassungsstelle bezahlt werden.

b) Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass es sich bei der Anmietung von Räumen auf dem Gelände der Zulassungsstelle des Beklagten um einen Geschäftsverkehr handelt, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist. Die verschiedenen Bewerber für die Anmietung der Räume im Gebäude der Zulassungsstelle sind ihrer wirtschaftlichen Funktion nach untereinander gleichartig. Auch wenn nur zwei Anbieter als Mieter der in Rede stehenden Räume zugelassen werden können, handelt es sich um einen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr. Wie der Senat bereits in der Vergangenheit entschieden hat, schließen quantitative Begrenzungen des Zugangs die Üblichkeit nicht aus (vgl. BGHZ 52, 65 , 70 - Sportartikelmesse; 107, 273, 278 - Staatslotterie).

c) Zutreffend hat das Berufungsgericht weiter angenommen, dass die Klägerin dadurch ungleich behandelt und in ihrer Geschäftstätigkeit behindert worden ist, dass die Räume in der Zulassungsstelle nicht an sie, sondern an zwei Mitbewerber vermietet worden sind. Der Begriff der Behinderung in § 26 Abs. 2 GWB ist weit zu verstehen und erfaßt jedes Marktverhalten, das objektiv nachteilige Auswirkungen für den Betroffenen hat (vgl. BGH, Ur. v. 8.6.1967 - KZR 5/66, WuW/E 863, 870 - Rinderbesamung II; BGHZ 81, 322 , 327 - Original-VW-Ersatzteile II; 116, 47, 57 - Amtsanzeiger). Auch die Feststellung einer unterschiedlichen Behandlung trägt noch kein Unwerturteil in sich. Vielfach wird ein Marktver-

halten sogar beide Alternativen des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB erfüllen. So verhält es sich im Streitfall: Eine Behinderung der Klägerin besteht schon darin, dass der Beklagte - aus welchen Gründen auch immer - die Gewerbeflächen auf dem Gelände der Zulassungsstelle nicht an sie, sondern an zwei Mitbewerber vermietet hat. Darin liegt gleichzeitig eine Ungleichbehandlung, die unabhängig davon zu bejahen ist, ob der Beklagte für die Entscheidung zugunsten der Mitbewerber vernünftige Gründe anzuführen vermag.

d) Unabhängig davon, ob von einer Ungleichbehandlung oder von einer Behinderung auszugehen ist, hängt die Frage des sachlich gerechtfertigten Grundes bzw. der Unbilligkeit von einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes ab. Diese Abwägung ergibt, dass die Behinderung der Klägerin durch den Beklagten nicht als unbillig angesehen werden kann.

aa) Im Rahmen der Interessenabwägung ist zunächst zu berücksichtigen, dass das von der Klägerin begehrte Verbot darauf gerichtet ist, den Beklagten mit der in Rede stehenden gewerblichen Leistung vollständig vom Wettbewerb auszuschließen. Eine derart weitgehende Rechtsfolge kann im Rahmen des § 26 Abs. 2 GWB nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommen. Denn diese Bestimmung zielt darauf ab, die Spielräume, die der Normadressat genießt, einzuengen, nicht aber, ihn gänzlich vom Wettbewerb auszuschließen. Auch kann der Normadressat im allgemeinen nicht gezwungen werden, seine Interessen vollständig denen eines anderen Unternehmens unterzuordnen.

bb) Bei dem Interesse, das der Beklagte mit der Vermietung der Gewerbeflächen verfolgt, geht es nicht nur um das fiskalische Interesse, zusätzliche Einnahmen zu erwirtschaften, sondern zumindest auch darum, den Kunden der Zulassungsstelle dadurch entgegenzukommen, dass sie einen Schilderpräger auf dem Gelände der Zulassungsstelle aufsuchen können. Diesem Gesichtspunkt kommt gerade auch dann Bedeutung zu, wenn der Weg zu außerhalb tätigen Anbietern etwas beschwerlich wäre. Dass es sich bei dem Verkauf der Kfz-Kennzeichen um ein mit der hoheitlichen Tätigkeit der Zulassungsstelle in engem Zusammenhang stehendes Geschäft handelt und eine einfache Erwerbsmöglichkeit den Bedürfnissen des Publikums entgegenkommt, hat der Bundesgerichtshof auch im Rahmen der Beurteilung nach § 1 UWG als maßgeblichen Umstand angesehen, weshalb selbst der Verkauf der Schilder durch die Zulassungsstelle nicht beanstandet worden ist (BGH, Urt. v. 26.4.1974 - I ZR 8/73, GRUR 1974, 733 , 735 = WRP 1974, 397 - Schilderverkauf).

cc) Auf der Seite der Klägerin sowie anderer potentieller Mitbewerber ist das Interesse zu berücksichtigen, ihre Chancen im Wettbewerb nicht dadurch gefährdet zu sehen, dass der Beklagte zwei Mitbewerbern Geschäftsräume vermietet, die diesen einen erheblichen Standortvorteil verschaffen. Dem Umstand, dass die öffentliche Hand auf diese Weise Einfluß auf das Wettbewerbsgeschehen nimmt, kommt dabei allerdings - entgegen einer im Schrifttum geäußerten Auffassung (vgl. Immenga, NJW 1995, 1921 , 1926; J.B. Nordemann, WRP 1996, 383 , 384) - keine entscheidende Bedeutung zu. Auch an anderer

Stelle wirkt sich die nicht auf eigene Leistung zurückzuführende Nachfrage- oder Angebotsmacht der öffentlichen Hand im Wettbewerb aus, ohne dass sich daraus kartellrechtlich ein Verbot wirtschaftlichen Handelns ableiten ließe. Vor allem aber werden die wettbewerbsschädlichen Auswirkungen, die von einem Verhalten wie dem im Streitfall beanstandeten ausgehen, nicht zutreffend dargestellt. Der auch von der Revisionserwiderung vorgebrachte Einwand, durch die Vermietung der Räume im Gebäude der Zulassungsstelle an einen Schilderträger werde der Leistungswettbewerb vollständig ausgeschaltet, ist nicht begründet.

Zutreffend ist zwar, dass der im Gebäude oder auf dem Gelände der Zulassungsstelle tätige Mitbewerber - wie bereits dargelegt - einen Standortvorteil genießt, der je nach den örtlichen Verhältnissen erheblich sein kann. Mit Recht weist jedoch die Revision darauf hin, dass sich ein solcher Standortvorteil in einem funktionierenden Wettbewerb dadurch ausgleicht, dass für den vorteilhaften Standort ein höherer Preis, also in der Regel eine höhere Miete oder Pacht, zu zahlen ist, der sich im allgemeinen auch in höheren Verkaufspreisen niederschlagen wird. Derartige Erwägungen können nicht als hypothetisch abgetan werden. Denn sie gründen sich auf ein allgemeines Erfahrungswissen hinsichtlich der wirtschaftlichen Zusammenhänge, auf das bei der kartellrechtlichen Beurteilung der widerstreitenden Interessen ohne weiteres zurückgegriffen werden kann. Danach ist davon auszugehen, dass für den vorteilhaften Standort im allgemeinen ein höherer Preis zu zahlen ist und damit dem vom Standort her benachteiligten Wettbewerber ein Ausgleich in der Form eines deutlichen Kostenvorteils zukommt, der sich in günstigeren Endverbraucherpreisen niederschlagen kann.

Allerdings können Preisvorteile nur dann zum Zuge kommen, wenn für den Wettbewerber, der seine Schilder von dem ungünstigeren Standort aus anbietet, Möglichkeiten bestehen, auf sein Angebot, insbesondere auf die von ihm verlangten Preise, an geeigneter Stelle hinzuweisen. Dass es im Streitfall an derartigen Möglichkeiten fehlen würde, ist indessen nicht dargetan.

dd) Im Streitfall ist nicht ersichtlich, dass die Auswahl der Mieter für die beiden Räume nicht unter angemessenen und fairen Bedingungen erfolgt ist. Der Beklagte hat darüber hinaus angekündigt, dass er in regelmäßigen Abständen Ausschreibungen durchführen werde, bei denen der Interessent zum Zuge kommt, der das Höchstgebot abgibt. Dies gibt nicht berücksichtigten Interessenten die Möglichkeit, sich bei einer der nächsten Ausschreibungen erneut um die Räume zu bemühen. Ein solches Vorgehen berücksichtigt die Interessen der Schilderträger in fairer und angemessener Weise und bietet aus Rechtsgründen keinen Anlaß zu Beanstandungen. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, der Beklagte fordere mit dem Angebot, die fraglichen Gewerbeflächen an den meistbietenden Interessenten zu vermieten, zu ruinösem Wettbewerb auf und riefen Hasardeure auf den Plan, die zur Zahlung unverhältnismäßig hoher Mieten bereit seien. Ob ein bestimmter Mietzins für einen bevorzugten Standort angemessen ist, richtet sich in erster

Linie nicht nach objektiven Gesichtspunkten, sondern nach den besonderen Umsatzerwartungen an dem bevorzugten Standort.

ee) Schließlich darf bei den Erwägungen, die das Berufungsgericht zu den drohenden Wettbewerbsverzerrungen auf dem Kennzeichenmarkt anstellt, nicht außer Betracht bleiben, dass eine entsprechende Situation auch ohne eine Vermietung von Gewerbeflächen durch die öffentliche Hand eintreten kann. Auch wenn im Gebäude oder auf dem Gelände der Zulassungsstelle keine Gewerbeflächen für Schilderträger zur Verfügung gestellt werden, können sich für den räumlich am günstigsten gelegenen Wettbewerber ganz ähnliche Standortvorteile ergeben, wie sie ein im Gebäude oder auf dem Gelände der Zulassungsstelle tätiger Anbieter genießt, ohne dass dies mit den Mitteln des Kartellrechts zu verhindern wäre.

2. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist auch nicht aus § 1 UWG begründet. Im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung sind insoweit die gleichen Beurteilungskriterien wie bei § 26 Abs. 2 GWB maßgebend (vgl. BGHZ 96, 337, 346 - Abwehrblatt II; 107, 40, 41 - Krankentransportbestellung). Eine Gefährdung des Wettbewerbsbestandes, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes das lauterkeitsrechtliche Verbot einer Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand rechtfertigen könnte (vgl. BGHZ 82, 375, 390 - Brillen-Selbstabgabestellen; 123, 157, 161 - Abrechnungs-Software für Zahnärzte), steht im Streitfall - wie dargelegt - nicht in Rede. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin nicht allein auf den Standort in A. angewiesen ist, sondern sich auch bei anderen Kfz-Zulassungsstellen um vorteilhafte Gewerbeflächen - sei es innerhalb oder außerhalb der Zulassungsstelle - bemühen kann.

3. Liegt im Verhalten des Beklagten weder ein Verstoß nach § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB noch ein solcher nach § 1 UWG, fehlt auch für das Verbot der Fortführung der abgeschlossenen Mietverträge sowie für die Feststellung der Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz die Grundlage.

III. Stehen der Klägerin die geltend gemachten Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nicht zu, kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Die Klage ist abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Urteil des OLG Dresden Kartellsenat vom 11.06.1998

U 478/98 Kart

Normen: § 26 Abs 1 WettbewG, § 35 Abs 1 WettbewG, § 1 UWG

Wettbewerbs- und kartellrechtliche Beurteilung von Mietvertragsklauseln eines Landkreises zum Schutze einheimischer Kfz-Schilderpräger

Leitsatz

1. Eine Klausel in einem Mietvertrag, die gesellschaftsrechtliche Verflechtungen des Mieters mit überregional tätigen Unternehmen der Schilderprägebranche unterbindet, stellt keine Liefer- und Bezugssperre im Sinne des GWB § 26 Abs 1 (juris: WettbewG) dar.
2. Besteht der Zweck einer solchen Klausel in der Absicherung der Vergabekriterien für die Vermietung von Stellflächen auf dem Gelände der Kfz-Zulassungsstelle, so fehlt es darüber hinaus an der nach GWB § 26 Abs 1 erforderlichen Absicht der unbilligen Beeinträchtigung bestimmter Wettbewerber.
3. Auch ist in einer solchen Klausel kein Boykottaufruf zu erblicken, der gegen UWG § 1 verstößt.

Fundstellen

OLGR Dresden 1998, 354-358 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

Urteil des OLG Dresden Kartellsenat vom 11.06.1998

U 478/98 Kart

vorgehend LG Leipzig, kein Datum verfügbar, Az: 6 HKO 7864/97
nachgehend BGH, Az: KZR 18/98
nachgehend BGH Kartellsenat, 28. September 1999, Az: KZR 18/98

Urteil des Thüringer OLG 2. Zivilsenat vom 29.04.1998

2 U 1852/97

Normen: § 22 Abs 1 Nr 2 WettbewG, § 26 Abs 2 S 1 WettbewG, § 35 WettbewG, § 1 UWG

Wettbewerbsbeschränkung durch eine Gemeinde als marktbeherrschendes Unternehmen: Grundsätze für die Ausschreibung und Vergabe von Standflächen vor einer Kfz-Zulassungsstelle an einen gewerblichen Schilderträger

Leitsatz

1. Eine Gemeinde, die eine Grundstücksfläche im Eingangsbereich vor ihrer Kfz-Zulassungsstelle an Kfz-Schilderträger verpachten will, besitzt nach GWB § 22 Abs 1 Nr 2 (juris: WettbewG) eine marktbeherrschende Stellung und ist bei der Vergabeentscheidung an das Diskriminierungsverbot des GWB § 26 Abs 2 S 1 gebunden.
2. Die Verpachtung der Grundstücksfläche steht nur dann im Einklang mit GWB § 26 Abs 2 S 1 , wenn die Gemeinde als marktbeherrschendes Unternehmen durch eine öffentliche Ausschreibung allen Interessenten die gleiche Chance eingeräumt hat, den Pachtvertrag abzuschließen und das Vergabeverfahren diskriminierungsfrei ausgestaltet ist (Anschluß OLG Rostock, 1995-10-18, 2 U 49/95, WRP 1996, 465). Hierzu gehört auch die Bekanntgabe der Vergabekriterien in der Ausschreibung.
3. Die Vergabe der zu verpachtenden Grundstücksfläche nach Kriterien, die im Widerspruch zu den in der Ausschreibung genannten Kriterien stehen oder in dieser nicht genannt werden, verstößt im Verhältnis zu den nicht berücksichtigten Mitbewerbern gegen GWB § 26 Abs 2 S 1 .

Fundstellen

OLG-NL 1998, 184-186 (Leitsatz und Gründe)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Anschluß OLG Rostock 2. Zivilsenat, 18. Oktober 1995, Az: 2 U 49/95

Tenor

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Verfügungsklägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Verfügungsklägerin, die als Unternehmen der Schilderpräge-Branche bundesweit mit der Herstellung und dem Vertrieb von Kfz-Kennzeichen beschäftigt ist, begehrt von der Verfügungsbeklagten, der Stadt E, die Unterlassung der Verpachtung einer unbefestigten Fläche in der Dort betreibt die Stadt E in dem Gebäude des Ordnungsamtes die Kfz-Zulassungsstelle, die zuvor mehrere Jahre ihren Standort in der ... hatte. An dem letztgenannten Ort unterhielt die Verfügungsklägerin ebenfalls über mehrere Jahre ihren Geschäftsbetrieb. In unmittelbarer Nähe der neuen Kfz-Zulassungsstelle haben sich bereits drei private Schilderpräger angesiedelt; ein weiterer befindet sich in der nahegelegenen E Straße.

Im Zusammenhang mit dem Umzug der Kfz-Zulassungsstelle bot die Stadt E im Rahmen einer Ausschreibung in ihrem Amtsblatt vom 27.06.1997 eine ca. 90 m² große Fläche für Kfz-Schilderprägedienste unmittelbar am Eingangsbereich des Ordnungsamtes F Straße ... zur Verpachtung an. Im Hinblick auf das Objekt hatte die Ausschreibung folgenden Wortlaut:

"Verpachtung einer unbefestigten Fläche von 90 m² für drei Kfz-Schilderprägedienste (Bietergemeinschaft zulässig) für fünf Jahre mit Verlängerungsoption, gebunden an den Standort des Ordnungsamtes.

(...)

In den Ausschreibungsunterlagen werden die Voraussetzungen, unter denen eine Vergabe erfolgen wird, konkretisiert."

In den Ausschreibungsbedingungen wurde neben den durch die Pächter zu erbringenden Leistungen und den von den Bewerbern zu erfüllenden Voraussetzungen hinsichtlich des Pachtzinses festgelegt:

"Die Pächter haben dem Verpächter ein Angebot für die monatliche Höhe des Pachtzinses zu unterbreiten; das Mindestangebot pro Schilderdienst liegt bei DM 300,00 monatlich."

Als letzten Tag der Angebotsabgabe setzte die Verfügungsbeklagte den 18.07.1997 fest.

Mit Schreiben vom 16.07.1997 bewarb sich die Verfügungsklägerin als Angehörige einer aus drei Firmen bestehenden Bietergemeinschaft um die Anpachtung der ausgeschriebenen Gesamtfläche. Als monatlichen Mietzins bot sie für die gesamte Fläche, die für drei Schilderprägedienste vorgesehen war, einen Betrag von DM 3000,00 zzgl. Mehrwertsteuer und Nebenkosten an. Insgesamt bewarben sich bis zum 18.07.1997 20 Schilderprägedienste bei der Verfügungsbeklagten, zwei weitere reichten ihre Unterlagen nach dem 18.07.1997 beim Liegenschaftsamt ein.

Als Ergebnis der Ausschreibung erhielten drei Bieter den Zuschlag, die für die jeweiligen Stellplätze den höchsten Pachtzins angeboten hatten. Dieser betrug je Stellplatz monatlich DM 5000,00, DM 3250,00 und DM 3150,00. Die Verfügungsklägerin fand keine Berücksichtigung.

Die Verfügungsklägerin hat behauptet:

In einer Unterredung mit ihrem Mitarbeiter, Herrn ... W, habe der Vorsitzende des Liegenschaftsausschusses, Herr Dr. G geäußert, Prägegemeinschaften, die sich für zwei oder mehr Plätze beworben hätten, seien unabhängig von der Höhe des Pachtzinses von vornherein ausgeschlossen.

Die Verfügungsklägerin hat die Auffassung vertreten:

Das Verhalten der Verfügungsbeklagten verstoße gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB . Durch die Vermietung von Pachtflächen auf ihrem Gelände an Kfz-Schilderpräger greife sie unbillig und in nicht sachgerechter Art und Weise in den Markt ein. Aus diesem Grunde verstoße das Verhalten der Verfügungsbeklagten zusätzlich gegen § 1 UWG . Zudem sei die Vergabe unter den Pachtinteressenten nicht nach sachgerechten Kriterien erfolgt, da die Verfügungsbeklagte Prägegemeinschaften, die sich für die Gesamtfläche beworben hätten, von vornherein nicht berücksichtigt habe. Ferner sei die Angebotsfrist von drei Wochen sachwidrig kurz gewesen.

Die Verfügungsklägerin hat beantragt,

der Verfügungsbeklagten unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu DM 500.000, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu verbieten,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Flächen für Kfz-Schilderprägedienste unmittelbar am Eingangsbereich des Ordnungsamtes F-Straße ..., ... an Kfz-Schilderpräger aufgrund der Ausschreibung vom 27.06.1997 zu vermieten oder sonstig zum Gebrauch zu überlassen.

Die Verfügungsbeklagte hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Die Verfügungsbeklagte hat behauptet:

Herr Dr. G habe die von der Verfügungsklägerin behaupteten Aussagen in dem Gespräch am 17. Oktober 1997 nicht getätigt.

Die Verfügungsbeklagte hat die Auffassung vertreten:

Ihr sei weder ein Verstoß gegen § 26 Abs. 2 GWB noch eine Verletzung des § 1 UWG vorzuwerfen. Sie habe durch ein gleichförmiges, öffentliches Ausschreibungsverfahren ermessensfehlerfrei drei Mitbewerber der Verfügungsklägerin vorgezogen, da diese für die ausgeschriebenen Flächen den höchsten Pachtzins geboten hätten.

Das Landgericht Erfurt hat mit dem am 27.11.1997 verkündeten Urteil den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

Das Landgericht hat ausgeführt:

Der Verfügungsklägerin stehe kein Unterlassungsanspruch aus § 35 Abs. 1 GWB i.V. mit § 26 Abs. 2 GWB zu. Zwar sei die Verfügungsbeklagte ein marktbeherrschendes Unternehmen, sie habe die Verfügungsklägerin aber nicht in unbilliger Weise behindert. Da die Verfügungsbeklagte aufgrund der begrenzten Kapazitäten nicht in der Lage gewesen sei, alle Nachfragen nach Pachtflächen zu befriedigen, sei sie gehalten gewesen, die Nachfrager gleich zu behandeln und keinen Bewerber ohne sachlich gerechtfertigten Grund zu benachteiligen. Diese Anforderungen habe sie durch die am 27.06.1997 erfolgte Ausschreibung im Amtsblatt der Stadt E erfüllt. Im Rahmen des Vergabeverfahrens habe die Verfügungsbeklagte eine sachgerechte Entscheidung getroffen, da sie denjenigen Bewerbern den Zuschlag erteilt habe, die den höchsten Pachtzins zu leisten bereit waren. Die vorgegebene Angebotsfrist von drei Wochen sei ebenfalls kein Grund, die Ausschreibung als sachwidrig zu bewerten.

Der Verfügungsklägerin stehe auch aus § 1 UWG kein Anspruch auf Unterlassung zu. Das Verhalten der Verfügungsbeklagten verstoße nicht gegen die guten Sitten i.S. des § 1

UWG . Dies sei nur anzunehmen, wenn die Verfügungsbeklagte als öffentliche Hand ihre amtliche Autorität zur Erwirkung von Vorteilen im Wettbewerb missbräuchlich ausgenutzt habe, indem gegen Entgelt ein bestimmter Wettbewerber kraft der der öffentlichen Hand zukommenden Autorität gefördert und ihm dadurch ein wesentlicher Vorsprung gegenüber den Mitwettbewerbern verschafft worden wäre. In der Vermietung allein liege noch keine Ausnutzung der hoheitlichen Stellung, da diese ohne Hinzutreten weiterer Umstände wettbewerbsrechtlich neutral sei. Es seien keine Gründe erkennbar, weshalb es der Verfügungsbeklagten angesichts angespannter Haushaltslagen nicht möglich sein solle, die in ihrer Verfügungsbefugnis stehenden Flächen möglichst gewinnbringend zu vermarkten.

Gegen das dem Prozessbevollmächtigten der Verfügungsklägerin am 01.12.1997 zugestellte Urteil hat diese durch ihren beim Thüringer Oberlandesgericht zugelassenen Prozessbevollmächtigten mittels eines am 30.12.1997 beim Thüringer Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatzes Berufung eingelegt und diese mit demselben Schriftsatz begründet.

Die Verfügungsklägerin ist der Auffassung:

Das Landgericht Erfurt habe zu Unrecht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen, da das Verhalten der Verfügungsbeklagten gegen § 26 GWB verstoße.

Die Verfügungsklägerin beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und der Verfügungsbeklagten unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu DM 500000, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu verbieten,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Flächen für Kfz-Schilderprägedienste unmittelbar am Eingangsbereich des Ordnungsamtes F-Straße ... an Kfz-Schilderpräger aufgrund der Ausschreibung vom 27.06.1997 zu vermieten oder sonstig zum Gebrauch zu überlassen.

Die Verfügungsbeklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Verfügungsbeklagte behauptet:

Herr Dr. G habe zu keinem Zeitpunkt bekundet, dass Bietergemeinschaften im Rahmen des Auswahlverfahrens von vornherein nicht berücksichtigt worden seien.

Die Verfügungsbeklagte ist der Auffassung:

Der von der Verfügungsklägerin behauptete Gesetzesverstoß liege nicht vor.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Verfügungsklägerin vom 20.10.1997 (Bd. I Bl. 1-14), 12.11.1997 (Bd. I Bl. 149-154), 29.12.1997 (Bd. II Bl. 2-10), 02.04.1998 (Bd. II Bl. 70-73) und der Verfügungsbeklagten vom 05.11.1997 (Bd. I Bl. 84-93), 20.11.1997 (Bd. I Bl. 160-165) und 16.02.1998 (Bd. II Bl. 61-64) sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Erfurt am 13.11.1997 (Bd. I Bl. 156-158) und vor dem erkennenden Senat am 15.04.1998 (Bd. II Bl. 74-77) verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet.

1. Die Verfügungsklägerin kann ihr Unterlassungsbegehren nicht auf § 35 Abs. 1 GWB i.V. mit § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB stützen. Sie hat nicht glaubhaft gemacht, dass die Verfügungsbeklagte als marktbeherrschendes Unternehmen die Verfügungsklägerin unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandelt hat.

a) Allerdings ist die Verfügungsbeklagte auf der Grundlage des für § 26 Abs. 2 GWB anerkannten funktionalen Unternehmensbegriffs "Unternehmen" i.S. der vorgenannten Vorschrift, wenn sie auf dem Gelände der Kfz-Zulassungsstelle Standflächen an gewerbliche Schilderpräger vergibt (ebenso OLG Dresden, NJW-RR 1997, 299 (299); OLG München, NJW-RR 1997, 296 (296); OLG Schleswig, NJW-RR 1997, 1539 (1539); Immenga, NJW 1995, 1921 (1925)).

b) Die Verfügungsbeklagte ist auch marktbeherrschend.

Für diese Feststellung konnte der erkennende Senat dahingestellt lassen, ob die Verfügungsbeklagte bereits nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB marktbeherrschend ist. Dies hätte vorausgesetzt, dass sie hinsichtlich der angebotenen Leistung ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Selbst wenn der räumlich relevante Markt sehr eng zu ziehen ist, beschränkt er sich nicht nur auf die Fläche unmittelbar vor der Kfz-Zulassungsstelle, sondern umfasst einen räumlichen Bereich, der für private Schilderprägedienste gleichermaßen attraktiv ist, um den Besuchern der Kfz-Zulassungsstelle ihre Leistungen anzubieten. Obwohl eine vergleichbare Lage nur für einen relativ eng begrenzten Umkreis zu bejahen ist, rechtfertigt eine Entfernung von wenigen Gehminuten noch die Zusammenfassung zu einem gemeinsamen Markt (weiter jedoch OLG Dresden, NJW-RR 1997, 299 (300)). Dementsprechend sah das OLG Stuttgart einen Bereich noch als vergleichbar an, der in einem Umkreis von weniger als 100 m von der Kfz-Zulassungsstelle entfernt lag und in weniger als fünf Gehminuten zu erreichen war (OLG

Stuttgart, NJW-RR 1996, 1003 (1003)). Da es der Verfügungsklägerin obliegt, das Bestehen ihres Verfügungsanspruches glaubhaft zu machen, kann sie sich nicht auf die Behauptung beschränken, der räumlich relevante Markt reduziere sich auf die von der Verfügungsbeklagten angebotene Fläche. Insoweit hat die Verfügungsbeklagte unbestritten vorgetragen, dass sich in unmittelbarer Nähe der Kfz-Zulassungsstelle drei Kfz-Schilderpräger befinden und sich ein weiterer in der Nähe niedergelassen habe. Dieser unstrittige Sachverhalt spricht dagegen, dass die Verfügungsbeklagte hinsichtlich der Verpachtung der streitgegenständlichen Fläche eine marktbeherrschende Stellung i.S. des § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB besitzt.

Ob die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB im zu entscheidenden Fall tatsächlich vorliegen, kann jedoch dahingestellt bleiben. Jedenfalls folgt die marktbeherrschende Stellung der Verfügungsbeklagten aus § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Sie besitzt im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung. Diese ist hier aufgrund des Umstandes zu bejahen, dass der Marktzutritt räumlich beschränkt ist. Je enger die Nähe zu der Kfz-Zulassungsstelle ist, desto eher ist es gerechtfertigt, eine überragende Marktstellung zu bejahen. Obwohl im näheren räumlichen Umkreis der Kfz-Zulassungsstelle der Verfügungsbeklagten noch andere Anbieter vorhanden sind, weist die von der Verfügungsbeklagten ausgewiesene Grundstücksfläche aufgrund ihrer unmittelbaren Nähe zur Kfz-Zulassungsstelle (Eingangsbereich) für potentielle Nachfrager eine so hohe Attraktivität auf, dass die Verfügungsbeklagte im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung besitzt. Sofern in der Rechtsprechung zwischen den verschiedenen Tatbeständen einer marktbeherrschenden Stellung differenziert wird, nehmen die Oberlandesgerichte für die Rechtsträger der Zulassungsstelle überwiegend ebenfalls eine marktbeherrschende Stellung nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB an (so OLG Karlsruhe, WRP 1996, 447 (449); OLG Stuttgart, NJW-RR 1996, 1003 (1003); OLG Stuttgart, NJW-RR 1996, 1541 (1941)).

c) Die Verfügungsklägerin hat auch glaubhaft gemacht, dass sie von der Verfügungsbeklagten gegenüber gleichartigen Unternehmen behindert oder unterschiedlich behandelt wurde. Eine Behinderung i.S. des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB liegt bereits vor, wenn sich das Verhalten der Verfügungsbeklagten objektiv nachteilig auf die Wettbewerbsmöglichkeiten eines anderen Unternehmens auswirkt (BGHZ 81, 322 (327)).

Eine Behinderung der Verfügungsklägerin kann hier nicht bereits deshalb verneint werden, weil Anbieter von Flächen oder Räumlichkeiten in unmittelbarer Nähe der Kfz-Zulassungsstelle durch die Vermietung der Grundstücksflächen nicht behindert werden. Diese Überlegung rechtfertigt es nicht, eine Behinderung i.S. des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB zu verneinen. Diese Vorschrift untersagt nicht nur die Behinderung von Wettbewerbern der Verfügungsbeklagten, sondern gibt der Verfügungsbeklagten generell auf, aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung andere Unternehmen in deren Wettbewerb nicht unbillig zu behindern. Insoweit genügt es für die Anwendung des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB, wenn der Wettbewerb eines Unternehmens mit Dritten behindert wird (vgl. BGH, NJW 1979, 107 --

Faßbierpflegekette). Dementsprechend untersagt die Vorschrift der Verfügungsbeklagten auch die Behinderung von Nachfragern der angebotenen Leistung. Hier beabsichtigt die Verfügungsbeklagte eine Verpachtung der Grundstücksflächen und behindert bei einer Verpachtung alle Nachfrager in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten, die bei der Vergabe der Pachtflächen nicht berücksichtigt wurden. Damit erfüllt die Verpachtung der ausgeschriebenen Flächen an die drei Unternehmen, die die höchsten Pachtzinsangebote abgegeben hatten, im Verhältnis zu den nicht berücksichtigten Bietern den Tatbestand einer Behinderung i.S. des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB (vgl. ebenso OLG Schleswig, NJW-RR 1997, 1539 (1939); OLG Stuttgart, NJW-RR 1996, 1003 (1003); OLG Stuttgart, NJW-RR 1997, 1541 (1942)).

Darüber hinaus liegt in der Nichtberücksichtigung der Verfügungsklägerin bei der Vergabeentscheidung eine Ungleichbehandlung i.S. des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB . Dies lässt sich nicht mit dem Argument verneinen, dass die Verfügungsklägerin von der Verfügungsbeklagten ebenso wie die anderen Mitbewerber behandelt wurde, die bei der Vergabe der Pachtflächen ebenfalls nicht berücksichtigt wurden (so aber OLG München, NJW-RR 1997, 296 (297)). Im Hinblick auf die nicht berücksichtigten Mitbewerber trifft dieser Einwand zwar zu, er übersieht aber, dass die Ungleichbehandlung hier darin besteht, dass die Verfügungsbeklagte drei Mitbewerbern die ausgeschriebenen Flächen verpachten will. Im Verhältnis zu diesen liegt eine Ungleichbehandlung vor (ebenso hierauf abstellend OLG Karlsruhe, WRP 1996, 447 (449); OLG Rostock, WRP 1996, 465 (466); OLG Schleswig, NJW-RR 1997, 1539 (1539 f.); OLG Stuttgart, NJW-RR 1997, 1541 (1542)). Angesichts des Umstandes, dass die Zahl der Interessenten die Zahl der zu verpachtenden Flächen überstieg, war eine diskriminierungsfreie Verpachtung der von der Verfügungsbeklagten angebotenen Fläche ausgeschlossen (OLG Stuttgart, NJW-RR 1997, 1541 (1542); Immenga, NJW 1995, 1921 (1926)).

d) Die Verfügungsklägerin hat es jedoch nicht vermocht, dem erkennenden Senat hinreichend glaubhaft zu machen, dass die Behinderung "unbillig" bzw. die Ungleichbehandlung sachlich nicht gerechtfertigt war.

aa) Der Senat verkennt nicht, dass die Verfügungsbeklagte mit der Vergabe der Pachtflächen erheblich in den Wettbewerb der Kfz-Schilderpräger in E eingreift. Die Vergabe der Flächen an die ausgewählten Mitbewerber wird aufgrund der räumlichen Nähe zu der Kfz-Zulassungsstelle für diese einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Verfügungsklägerin bewirken, wenn diese ihre Leistungen ebenfalls in E anbieten will. In dem hier zu entscheidenden Rechtsstreit wird die Intensität des Wettbewerbseingriffs allerdings dadurch abgemildert, dass die wirtschaftliche Tätigkeit der Verfügungsklägerin nicht ausschließlich auf den Bereich der Zulassungsstelle Erfurt beschränkt ist. Vielmehr ist die Verfügungsklägerin ein bundesweit tätiges Unternehmen, so dass ihre wirtschaftliche Belastung durch den Wettbewerbsnachteil deutlich relativiert wird.

bb) Demgegenüber streitet zugunsten der Verfügungsbeklagten, dass sie mit der Verpachtung der streitgegenständlichen Fläche das Zulassungsverfahren zügiger und bürgerfreundlicher ausgestaltet. Dem betroffenen Personenkreis wird es ermöglicht, die für die Zulassung benötigten Kfz-Schilder in unmittelbarer Nähe der Kfz-Zulassungsstelle zu erwerben. Die Berücksichtigung dieses Faktors im Rahmen der Interessenabwägung ist zwar nicht gänzlich unumstritten, wird aber in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte überwiegend bejaht (so OLG Karlsruhe, WRP 1996, 447 (449 f.); OLG Schleswig, NJW-RR 1997, 1539 (1540)); a.A. OLG Stuttgart, NJW-RR 1997, 1541 (1542)). Darüber hinaus kann sich die Verfügungsbeklagte auf das im öffentlichen Interesse liegende Anliegen stützen, durch Einkünfte aus der Verpachtung den Verwaltungshaushalt auf der Einnahmeseite zu verbessern (so auch OLG Schleswig, NJW-RR 1997, 1539 (1540)); a.A. OLG Karlsruhe, WRP 1996, 447 (450); OLG Stuttgart, NJW-RR 1997, 1541 (1542 f.)).

cc) Die vorgenannten Interessen der Verfügungsbeklagten führen allerdings im Rahmen der Abwägung nicht in jedem Fall dazu, dass die Verfügungsklägerin die Behinderung bzw. Ungleichbehandlung hinnehmen muss. Als marktbeherrschendes Unternehmen muss die Verfügungsbeklagte vielmehr allen Interessenten die gleiche Chance eingeräumt haben, einen Pachtvertrag über die im Streit befindlichen Pachtflächen zu erlangen. Sie ist deshalb verpflichtet, die Verpachtung der Grundstücksflächen öffentlich auszuschreiben. Die Ausschreibung fällt dabei nicht als eigenständiger Grund zur sachlichen Rechtfertigung ins Gewicht (insoweit zutreffend OLG Stuttgart, NJW-RR 1997, 1541 (1542)), sondern ist Voraussetzung dafür, dass die zugunsten der Verfügungsbeklagten anzuführenden Interessen im Einzelfall den Vorrang genießen. Zudem muss die Wertung des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB auch im Rahmen des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden. Dieses muss diskriminierungsfrei ausgestaltet sein (so auch OLG Rostock, WRP 1996, 465 (466 f.)). Diesen Anforderungen wird eine öffentliche Ausschreibung und eine Vergabe der Pachtflächen nach dem Höchstgebotsprinzip ausreichend gerecht.

Die Voraussetzungen für ein diskriminierungsfreies Vergabeverfahren hat die Verfügungsbeklagte hier erfüllt. Der Ausschreibung lässt sich deutlich genug entnehmen, dass die Verfügungsbeklagte der Vergabe das Höchstgebotsprinzip zugrunde legen will. Sie hat dieses Vergabeprinzip zwar nicht ausdrücklich benannt, es kommt aber noch hinreichend deutlich in der Objektbeschreibung zum Ausdruck. Dort wird im Hinblick auf den Pachtzins zur Abgabe von Geboten aufgefordert und ein Mindestgebot angegeben. Hieraus ist zu entnehmen, dass die Verfügungsbeklagte die Vergabe der Pachtflächen, neben den persönlichen Voraussetzungen der Pächter sowie der Übernahme der von ihnen zu erbringenden Leistungen, von der Höhe der Gebote für den Pachtzins abhängig machen will.

dd) Auch im Rahmen des konkreten Auswahlverfahrens ist die Verfügungsklägerin nicht sachwidrig behindert worden.

Soweit sich die Verfügungsklägerin hierfür auf die relativ kurze Angebotsfrist stützt, spricht bereits die Vielzahl der fristgerecht eingegangenen und in die Auswahl einbezogenen Bewerbungen dagegen, dass die Frist zur Abgabe eines Angebots zu kurz bemessen war.

Der Einwand der Verfügungsklägerin, sie sei nicht berücksichtigt worden, weil sie für die Gesamtfläche als Bietergemeinschaft aufgetreten sei, ist indes nicht per se von der Hand zu weisen. Die Verfügungsbeklagte hätte in diesem Fall für die Auswahl auf ein Kriterium zurückgegriffen, das im Widerspruch zu dem in der Ausschreibung angegebenen Kriterien gestanden hätte. Die Verfügungsklägerin hätte den Zuschlag jedoch auch dann nicht erhalten, wenn ausschließlich die Höhe des angebotenen Pachtzinses berücksichtigt worden wäre. Mit ihrem Angebot für die Gesamtfläche lag die Bietergemeinschaft, an der die Verfügungsklägerin beteiligt war, unterhalb des drittbesten Angebots, das für eine Stellfläche abgegeben wurde. Deshalb wäre eine sachwidrige Behandlung der Verfügungsklägerin im Rahmen des Vergabeverfahrens hier nicht ursächlich geworden für die Behinderung bzw. Ungleichbehandlung der Verfügungsklägerin. Die Verfügungsbeklagte hätte der Verfügungsklägerin bei konsequenter Anwendung des Höchstgebotsprinzips den Zuschlag selbst dann nicht erteilen dürfen, wenn sie das Angebot der Verfügungsklägerin auf eine Stellfläche beschränkt hätte.

2. Soweit die Verfügungsklägerin einen Verstoß gegen § 1 UWG rügt, fehlt ein ausreichendes tatsächliches Vorbringen. Es ist nach dem Vortrag der Verfügungsklägerin für den erkennenden Senat nicht ersichtlich, dass die Verfügungsbeklagte aufgrund ihrer hoheitlichen Machtstellung der Verfügungsklägerin einen Wettbewerbsnachteil zufügt. Sie hat weder ihre amtliche Autorität noch ihre Vertrauensstellung im Rahmen des Vergabeverfahrens eingesetzt (vgl. näher Baumbach Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl. 1996, § 1 UWG Rdnr. 937 ff.).

3. Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 97 ZPO . Das Urteil kann mit Rechtsmitteln nicht mehr angefochten werden; das Rechtsmittel der Revision ist nach § 545 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht statthaft. Die Anordnung eines Vollstreckungsschutzes unterblieb deshalb nach § 713 ZPO .

Urteil des OLG Stuttgart 2. Zivilsenat vom 24.10.1997

2 U 45/97 (Orientierungssatz)

Normen: § 22 Abs 1 Nr 2 WettbewG, § 26 Abs 2 S 1 WettbewG, § 35 WettbewG, § 134 BGB

Unbillige Behinderung eines Kfz-Schilderprägebetriebes durch Vermietung eines Betriebsraums im Amtsgebäude einer Kfz-Zulassungsstelle an einem Konkurrenten

Orientierungssatz

Ein Landkreis, der in einem Amtsgebäude unmittelbar neben einer Kfz-Zulassungsstelle einen Raum zum Betrieb einer Schilderprägestelle vermietet, hat eine überragende Marktstellung im Sinne von GWB § 22 Abs 1 Nr 2 (juris: WettbewG) inne. Dies gilt auch dann, wenn in einem Nachbargebäude (in 20 m Entfernung von Hauseingang zu Hauseingang) ein Raum an einen anderen Kfz-Schilderpräger vermietet ist. Auch dann stellt die Vermietung des Raumes in dem Amtsgebäude grundsätzlich eine unbillige Behinderung des Schilderprägers im Nachbargebäude im Sinne des GWB § 26 Abs 2 S 1 dar, und zwar auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Landkreis den Raum im Amtsgebäude aufgrund einer Ausschreibung und nur für vier Jahre vermietet. Dieser Beurteilung steht auch nicht entgegen, dass der Schilderpräger im Nachbargebäude einen Standortvorteil erhält, wenn die Vermietung im Amtsgebäude nicht erfolgt. Der Schilderpräger im Nachbargebäude kann deshalb die Unterlassung der Vermietung bzw der Fortführung des bestehenden Mietvertrages mit dem Konkurrenten im Amtsgebäude verlangen.

Fundstellen

WuW/E DE-R 48-54 (red. Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen ...

Urteil des OLG Stuttgart 2. Zivilsenat vom 24.10.1997

2 U 45/97 (Leitsatz)

Normen: § 26 Abs 2 WettbewG, § 35 Abs 1 WettbewG, § 134 BGB, § 1 UWG

Vermietung von Gewerberäumen im Amtsgebäude eines Landkreises: Nichtordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens; unlautere Einwirkung auf den Wettbewerb

Leitsatz

1. Vermietet ein Landkreis in seinem Amtsgebäude Räume zur Herstellung und zum Vertrieb von Kfz-Kennzeichen, so ist ein abgeschlossener Mietvertrag nicht schon deshalb nichtig, weil das Vergabeverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde.

2. Die Vermietung von Gewerbeflächen an einen Schilderprägebetrieb durch einen Landkreis in seinem Amtsgebäude stellt für sich genommen keine unlautere Einwirkung auf den Wettbewerb iS des UWG § 1 dar.

Fundstellen

NJW-RR 1998, 229-231 (Leitsatz und Gründe)

WuW/E DE-R 59-62 (Leitsatz und Gründe)

OLGR Karlsruhe 1998, 125-126 (Leitsatz und Gründe)

NZM 1998, 351-352 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Mannheim, 18. Dezember 1996, Az: 21 O 42/96

Tenor

1. Die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 18. Dezember 1996 - 21 O 42/96 - wird zurückgewiesen.
2. Die Verfügungsklägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Tatbestand

Die Verfügungsklägerin (im folgenden: Klägerin) befasst sich mit der Herstellung und dem Verkauf von Kfz-Kennzeichen.

Der beklagte Landkreis vermietet im Gebäude des Landratsamtes in V. einen Raum zur Herstellung und zum Vertrieb von Kfz-Kennzeichen. Im Juli 1996 wurde die Vermietung dieses Raums öffentlich ausgeschrieben. Nach den Ausschreibungsbedingungen sollte sich der Mietzins aus einem Grundbetrag und einer Umsatzbeteiligung zusammensetzen. Die Klägerin beteiligte sich an der Ausschreibung und bot eine Umsatzbeteiligung in Höhe von 56% des Nettoumsatzes an. Nachdem die Zuschlagsfrist mit Zustimmung der Klägerin mehrfach verlängert worden war, verlangte der Verfügungsbeklagte (im folgenden: Beklagter) von der Klägerin zusätzlich die Garantie einer monatlichen Mindestmiete in Höhe von DM 14.000,-. Dieser Forderung kam die Klägerin nach. Die in der Ausschreibung geforderten Zuverlässigkeitszeugnisse (Auskunft aus dem Gewerbezentralregister usw.) legte sie dagegen nicht vor. Die Klägerin erhielt den Zuschlag nicht; der Beklagte schloss Anfang Dezember 1996 einen auf die Dauer von vier Jahren befristeten Mietvertrag mit einem anderen Bieter ab.

Die Klägerin hat geltend gemacht, das Verhalten des Beklagten verstoße gegen § 26 Abs. 2 GWB . Nach dieser Vorschrift sei der Beklagte mindestens zur Durchführung einer vorherigen gleichförmigen öffentlichen Ausschreibung mit von vornherein festgelegten, transparenten, objektiven und strengen, d.h. von jedem Bewerber abstrakt erfüllbaren Vergabekriterien verpflichtet. Daran habe er sich nicht gehalten, weil er nachträglich von einigen Anbietern eine garantierte Festmiete verlangt und dadurch das Vergabeverfahren geändert habe. Zur Vergabeentscheidung habe ein in der Ausschreibung nicht genanntes Kriterium geführt. Das werde dadurch bestätigt, dass das Unternehmen, welches die höchste Umsatzbeteiligung geboten habe (59%) den Zuschlag nicht erhalten habe. Es dränge sich der Verdacht auf, dass der Beklagte willkürlich über die Vergabe entschieden habe. Der Kartellrechtsverstoß könne nur dadurch beseitigt werden, dass das auf ihm beruhende Mietverhältnis nicht durchgeführt werde. Der Mietvertrag sei nichtig. Der Mieter sei nicht

schutzwürdig, da er sich auf ein dem Kartellrecht widersprechendes Verfahren eingelassen habe.

Die Klägerin hat beantragt, dem Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verbieten,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs aufgrund der Ausschreibung vom 17./18.07.1996 einen Zuschlag zu erteilen und/oder einen Mietvertrag abzuschließen;

hilfsweise:

einen aufgrund der Ausschreibung vom 17./18.07.1996 eventuell bereits geschlossenen Mietvertrag fortzuführen.

Der Beklagte ist dem Antrag entgegengetreten.

Er hat die Auffassung vertreten, der Hauptantrag gehe schon im Hinblick auf den mit einem Dritten abgeschlossenen Mietvertrag ins Leere. Der Hilfsantrag nehme die Hauptsache vorweg und sei daher unzulässig. Das Verlangen nach einer Mietzinsgarantie habe darauf beruht, dass Zweifel an der Auskömmlichkeit von zwei Geboten bestanden hätten. Der Beklagte habe testen wollen, ob die Anbieter es mit den angebotenen hohen Umsatzbeteiligungen ernst meinten.

Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung im angefochtenen Urteil zurückgewiesen.

Zur Begründung ihrer Berufung führt die Klägerin im wesentlichen aus:

Zu Unrecht habe das Landgericht angenommen, die Klägerin sei durch das rechtswidrige Vergabeverfahren des Beklagten nicht benachteiligt worden, weil sie sich auf die nachträgliche Änderung des Verfahrens eingelassen habe. Ob ein Kartellverstoß vorliege, beurteile sich nach objektiven Kriterien; entscheidend sei allein, dass das Vergabeverfahren sachwidrig und unangemessen gewesen sei. Außerdem habe sich die Klägerin nicht freiwillig, sondern nur unter dem Druck des Beklagten auf die geänderten Bedingungen eingelassen. Auf das Fehlen von Zuverlässigkeitszeugnissen habe der Beklagte die Ablehnung der Klägerin nicht stützen dürfen. Vielmehr sei er nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, sie zur Nachreichung der fehlenden Unterlagen aufzufordern. Der Beklagte habe nämlich, indem er Nachtragsverhandlungen über die Frage einer Mietzinsgarantie mit der Klägerin geführt habe, zum Ausdruck gebracht, dass er das Fehlen der betreffenden Bescheinigungen nicht als Ausschlußgrund ansehe.

Ergänzend stützt die Klägerin ihr Unterlassungsbegehren in der Berufungsinstanz auch auf § 1 UWG. Der Beklagte handele wettbewerbswidrig, indem er sich unter Verstoß gegen die Vorschriften der Gemeindeordnung wirtschaftlich betätige, obwohl das nicht durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sei.

Die Klägerin beantragt nunmehr, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass dem Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten wird, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs den aufgrund der Ausschreibung vom 17./18.07.1996 abgeschlossenen Mietvertrag fortzuführen.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags. Ergänzend macht er geltend:

Das von ihm durchgeführte Ausschreibungsverfahren sei nicht zu beanstanden. Das Verfahren sei nicht nachträglich in unzulässiger Weise geändert worden. Durch das Verlangen nach einer Mietzinsgarantie hätten lediglich Zweifel an der Auskömmlichkeit einiger Gebote beseitigt werden sollen. Verhandlungen, die auf die Behebung von Zweifeln über die Angebote zielten, seien auch dann zulässig, wenn auf den Streitfall die VOL/A (entsprechend) anwendbar sein sollte. Dass die Klägerin beim Zuschlag nicht berücksichtigt worden sei, liege allein daran, dass sie die vorgesehenen Zuverlässigkeitsnachweise nicht vorgelegt habe, obwohl sie in den Ausschreibungsunterlagen auf die damit verbundenen Folgen hingewiesen worden sei. Der Beklagte habe auf die Vorlage der fehlenden Unterlagen nicht verzichtet; er sei noch nicht einmal berechtigt gewesen, die Klägerin auf ihr Fehlen hinzuweisen.

Wegen des Parteivorbringens im einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, hat aber keinen Erfolg. Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

1. Im Hinblick darauf, dass der Beklagte bereits Ende 1996 einem Dritten den Zuschlag erteilt und mit ihm einen Mietvertrag abgeschlossen hat, kann der in der Berufungsinstanz gestellte Antrag der Klägerin, der ausweislich der im Senatstermin vorgenommenen Klarstellung auf ein sofortiges Verbot der Fortsetzung des mit einem weiteren Bewerber abgeschlossenen Vertrags gerichtet ist, nur unter der Voraussetzung Erfolg haben, dass der mit dem Dritten abgeschlossene Vertrag unwirksam ist. Andernfalls wäre dem Beklagten die von der Klägerin verlangte Leistung subjektiv unmöglich. Das Begehren der Klägerin müßte daran scheitern, dass sich der Vertragspartner des Beklagten aufgrund eines wirksamen Mietvertrags rechtmäßig im Besitz der Mietsache befindet. Er kann deshalb vom Vermieter Schutz auch gegenüber weiteren Mietern (so BGH MDR 1962, 398 zum Fall der

Doppelvermietung) sowie gegenüber solchen Dritten verlangen, denen gegenüber der Vermieter mit dem Abschluss des Mietvertrags rechtswidrig gehandelt hat. Derartige (nicht im Besitz der Mietsache befindliche) Dritte (hier: die Klägerin) sind daher mindestens in der Regel auf einen Schadensersatzanspruch gegen den Vermieter beschränkt (BGH a.a.O.). Etwas anderes könnte allenfalls gelten, wenn sich der Vermieter gegenüber dem Mieter eine Kündigungsmöglichkeit für den Fall seiner Verurteilung auf die Klage eines weiteren Bewerbers vorbehalten hätte oder wenn er nach Erlass der beantragten einstweiligen Verfügung dem besitzenden Mieter gegenüber zur fristlosen Kündigung berechtigt wäre. Beides kann nach dem Vortrag der Parteien nicht angenommen werden. Dass sich der Beklagte eine vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens abhängige Kündigungsmöglichkeit ausbedungen hat, hat die Klägerin nicht substantiiert behauptet. Selbst wenn das Vergabeverfahren vom Beklagten nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sein sollte, könnte das im Verhältnis zum Mieter allenfalls unter besonderen Umständen eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen. Auch derartige Umstände hat die Klägerin nicht dargetan.

Der mit einem weiteren Bewerber abgeschlossene Mietvertrag ist nicht nichtig. Hierzu hat der Senat in einem auf die Beschwerde eines weiteren Teilnehmers an der Ausschreibung ergangenen Beschluss vom 03.02.1997 (6 W 9/97) folgendes ausgeführt:

"Der vom Antragsgegner mit einem Dritten abgeschlossene Mietvertrag ist nicht gemäß § 134 BGB i.V.m. § 26 Abs. 2 GWB nichtig. Das gilt auch, wenn man unterstellt, dass die Auswahl des Dritten nicht nach sachgerechten Kriterien erfolgt ist, weil die an eine ordnungsgemäße Ausschreibung zu stellenden Anforderungen nicht erfüllt waren.

Der Nichtigkeitsgrund des Gesetzesverstoßes gemäß § 134 BGB setzt voraus, dass sich das gesetzliche Verbot gegen die Vornahme gerade dieses Rechtsgeschäfts richtet und beide Vertragsparteien als Verbotsadressaten anspricht (BGH WRP 1994, 169 , 171 - Werbeagent m.w.N.). Das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB richtet sich ausschließlich gegen den Antragsgegner als marktbeherrschendes Unternehmen und nicht auch gegen den Dritten als Nutznießer des Kartellrechtsverstoßes. Allerdings kann sich auch bei Rechtsgeschäften, die nur für einen Teil verboten sind, aus dem Zweck des Verbots die Nichtigkeit ergeben. Jedoch liegt ein derartiger Fall hier nicht vor. Aus der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des § 26 Abs. 2 GWB folgt nicht, dass jedes Rechtsgeschäft verboten sein soll, das zu einer Bevorzugung des Vertragspartners des Normadressaten gegenüber gleichartigen Unternehmen führt. Das Verbot des § 26 Abs. 2 GWB richtet sich nicht unmittelbar gegen die Begünstigung einzelner im Verhältnis zu ihren Mitbewerbern, sondern lediglich gegen die sich daraus mittelbar ergebende Beeinträchtigung der wettbewerblichen Chancengleichheit der übrigen (Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl., 3, § 26 Rdnr. 188). Demgemäß hat der mittelbar Beeinträchtigte nach §§ 26 Abs. 2 , 35 Abs. 1 GWB keinen Anspruch darauf, dass dem Bevorzugten seine Position entzogen wird. Er kann vielmehr nur die Beseitigung der Benachteiligung verlangen. Ist dies tatsächlich nicht möglich, so bleibt ihm nur die Möglich-

keit, das marktbeherrschende Unternehmen auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Anders verhält es sich mit Verträgen, die den Vertragspartner des Normadressaten unbillig behindern oder diskriminieren, sowie mit Verträgen, die ihrem Inhalt nach auf eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder unbillige Behinderung Dritter (etwa beim Marktzugang) gerichtet sind. Derartige Vereinbarungen will das Gesetz generell verhindern; sie sind, wenn sich der Verstoß gegen § 26 Abs. 2 GWB auf andere Weise nicht beseitigen lässt, gemäß § 134 BGB nichtig.

Im Streitfall besteht der vom Antragsteller behauptete Kartellverstoß darin, dass der Antragsgegner den Mieter der in Rede stehenden Räume nicht in einem ordnungsgemäß Auswahlverfahren ermittelt hat. Dass der mit dem Dritten abgeschlossene Mietvertrag Klauseln enthält, die auf eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition des Antragstellers gerichtet sind, wird von diesem nicht behauptet. Der Sache nach beanstandet der Antragsteller mithin eine Bevorzugung des Dritten, auf deren Beseitigung er keinen Anspruch hat. Die Bevorzugung stellt sich als bloße Folge des dem Antragsgegner vorgeworfenen kartellrechtswidrigen Verhaltens dar. Das gilt entgegen der Auffassung des Antragstellers auch bei Berücksichtigung des Umstands, dass mit der Zuschlagserteilung nicht nur das Ausschreibungsverfahren beendet ist, sondern gleichzeitig auch der Mietvertrag abgeschlossen wird. Rechtlich entscheidend ist, dass § 26 Abs. 2 GWB lediglich eine Benachteiligung des Antragstellers als Teilnehmer an der Ausschreibung verhindern, nicht aber die Bevorzugung eines Dritten rückgängig machen soll. Dass die Benachteiligung des Antragstellers tatsächlich nicht dadurch ausgeräumt werden kann, dass ihm gleichfalls Räume zur Verfügung gestellt werden, vermag aus den oben genannten Gründen den im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Unterlassungsanspruch nicht zu begründen."

An dieser Auffassung hält der Senat fest (a.A. OLG Rostock WRP 1996, 465 , 467; OLG Stuttgart, Urteil vom 28.02.1997 - 2 U (Kart.) 208/96 - gemäß Anlage Bf 1). Auch unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB hält es der Senat nicht für möglich, die Nichtigkeit eines seinem Inhalt nach kartellrechtsneutralen Mietvertrags zu Lasten auch des an dem kartellrechtswidrigen Verhaltens seines Vertragspartners nicht beteiligten Mieters aus der gegen das GWB verstoßenden Nichtberücksichtigung eines Dritten herzuleiten.

2. Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass sich der geltend gemachte Anspruch weder aus § 26 Abs. 2 GWB noch aus § 1 UWG herleiten lässt.

a) Die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs gem. §§ 35 Abs. 1 , 26 Abs. 2 GWB sind nicht dargetan. Der Senat hat in seinem Urteil vom 13.12.1995 - 6 U 203/95 (Kart.) - (WRP 1996, 447 , 448) dargelegt, dass und aus welchen Gründen dem Beklagten auf dem hier relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung zukommt. In dem genannten Urteil hat der Senat ferner entschieden, dass der Beklagte andere Anbieter nicht schon dadurch diskriminiert, dass er überhaupt Gewerberäume an einen Schilderpräger vermietet. Auch insoweit vermag der Senat der abweichenden Auffassung des OLG

Stuttgart in dem von der Klägerin vorgelegten Urteil vom 28.02.1997 (Anlage Bf 1) nicht zu folgen. Die Auffassung des OLG Stuttgart (vgl. auch Immenga, NJW 1995, 1921 , 1926) läuft darauf hinaus, einem marktbeherrschenden Unternehmen allein unter Hinweis auf seine marktbeherrschende Stellung ein Tätigwerden auf dem betreffenden Markt überhaupt unmöglich zu machen. Eine derart weitreichende Beschränkung der Freiheit, über Art und Umfang des Geschäftsbetriebs sowie über das Marktverhalten nach eigenen unternehmerischen Vorstellungen zu entscheiden, läßt sich aus § 26 Abs. 2 GWB auch für marktbeherrschende Unternehmen nicht herleiten. Der Senat hat demgegenüber in der schon erwähnten Entscheidung (WRP 1996, 447 , 450) dargelegt, dass nach seiner Auffassung das Ziel der Gewährleistung eines zügigen und bürgerfreundlich ausgestalteten Zulassungsverfahrens nicht um jeden Preis gegenüber dem Interesse an einem unbeeinflußten Wettbewerb zurückzustehen hat. Ist durch die Ausgestaltung des Mietpreises gewährleistet, dass der Standortvorteil, den der Mieter des Beklagten genießt (tendenziell), ausgeglichen wird, und ist durch eine öffentliche Ausschreibung sichergestellt, dass die Auswahl unter verschiedenen Interessenten nach sachgerechten Kriterien erfolgt, so kann die Vermietung von Gewerbeflächen zur Herstellung und zum Vertrieb von Kfz-Kennzeichen im Gebäude des Landratsamts nicht als ein mit dem Leistungswettbewerb nicht zu vereinbarender Eingriff in die Wettbewerbsordnung angesehen werden (so im Ergebnis auch OLG Schleswig NJW-RR 1997, 292 ; OLG Düsseldorf NJW-RR 97, 294 ; OLG München NJW-RR 1997, 296 ; OLG Dresden NJW-RR 1997, 299).

Entscheidend ist mithin, ob die Klägerin mit Erfolg geltend machen kann, der Beklagte habe das Vergabeverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt. Das ist nicht der Fall. Der Beklagte hat die Klägerin nicht unbillig behindert oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt, indem er ihr Angebot aus formalen Gründen nicht berücksichtigt hat. Diese Entscheidung beruht auf Erwägungen, die sich im Rahmen der gebotenen, die Zielsetzung des GWB berücksichtigenden Interessenabwägung als sachlich gerechtfertigt erweisen. In den Ausschreibungsunterlagen wird ausdrücklich klargestellt, dass für den Zuschlag nur solche Bieter in Betracht kommen, die die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen. Im Hinblick hierauf waren mit dem Angebot neben einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister sowie ein polizeiliches Führungszeugnis vorzulegen. Die Klägerin zieht - zu Recht - nicht in Zweifel, dass die Berücksichtigung dieser Zuverlässigkeitszeugnisse im Rahmen des Vergabeverfahrens sachgerecht war. Auch waren die Vergabekriterien insoweit von vornherein festgelegt und hinreichend transparent (Senat WRP 1996, 447 , 451). Außerdem ist unstrittig, dass die Klägerin entsprechende Unterlagen nicht vorgelegt hat. Sie hat mithin erhebliche Ausschreibungserfordernisse nicht erfüllt und konnte schon aus diesem Grunde den Zuschlag nicht erhalten. Bei dieser Sachlage kann keine Rede davon sein, dass der Beklagte andere Anbieter in ungerechtfertigter Weise gegenüber der Klägerin bevorzugt hat. Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb geboten, weil er im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens an die Klägerin herangetreten ist

und ihr zusätzlich die Garantie einer Mindestmiete abverlangt hat. Dem konnte und durfte die Klägerin nicht entnehmen, dass es auf die Erfüllung der in der Ausschreibung genannten weiteren Voraussetzungen nicht mehr ankomme. Auch war der Beklagte nicht gehalten, die Klägerin auf die Unvollständigkeit der vorgelegten Unterlagen hinzuweisen, um auf diese Weise ihre Chancen gegenüber den weiteren Anbietern zu verbessern.

Ob der Beklagte die Auswahl zwischen den weiteren Anbietern nach sachgerechten Kriterien getroffen hat, ist für die Entscheidung im vorliegenden Verfahren unerheblich. Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch setzt voraus, dass sie selbst unbillig behindert oder diskriminiert worden ist. Diese Voraussetzung ist nach dem oben Ausgeführten nicht erfüllt.

b) Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist auch nicht aus § 1 UWG begründet. Das Verhalten des Beklagten ist nicht schon deshalb unlauter, weil er durch die Vermietung von Gewerbeflächen zum Betrieb eines Schilderprägebetriebs auf den Wettbewerb zwischen Privaten einwirkt und dem Mieter der Räume einen Standortvorteil verschafft. Eine derartige Einwirkung auf den Wettbewerb ist ebenso wenig generell unzulässig wie eine Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus §§ 102 ff GemO Baden-Württemberg, die gem. § 48 LKrO auf die Tätigkeit des Beklagten entsprechend anzuwenden sind. Diese Vorschriften untersagen den Landkreisen nicht jede erwerbswirtschaftliche Betätigung. Sie stehen insbesondere der mietweisen Überlassung von im Eigentum der öffentlichen Hand stehenden und ansonsten nicht genutzten Räumen an private Unternehmen nicht entgegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Verkauf von Kfz-Schildern eine Hilfstätigkeit zum hoheitlichen Handeln der öffentlichen Hand im Zusammenhang mit der Zulassung von Kraftfahrzeugen darstellt. Im übrigen wäre selbst ein Verstoß des Beklagten gegen die genannten Vorschriften der GemO bzw. LKrO nicht ohne weiteres wettbewerbswidrig i.S.v. § 1 UWG. Die Entscheidung des Beklagten, überhaupt als Vermieter von Räumen aufzutreten und auf diese Weise auf den Wettbewerb Privater einzuwirken, unterliegt nämlich als solche nicht der Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte (BGH GRUR 1974, 733, 734 - "Schilderverkauf"; BGH GRUR 1987, 116, 118 - "Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I"). Demgemäß ist es nach der Rechtsprechung des BGH (GRUR 1974, 733) grundsätzlich wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die öffentliche Hand Kfz-Kennzeichenschilder in den Diensträumen einer Kfz-Zulassungsstelle bereithält. Das muss erst recht gelten, wenn sich die öffentliche Hand - wie im Streitfall - auf die Vermietung von Betriebsräumen beschränkt. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte - über die Vermietung hinaus - seine amtliche Autorität und die mit ihr verbundene Vertrauensstellung dazu missbraucht hat oder missbraucht, dem Mieter sachlich nicht gerechtfertigte Vorteile vor seinen Mitbewerbern zu verschaffen (vgl. BGH GRUR 1994, 516, 517 - "Auskunft über Notdienste"), lassen sich dem Vorbringen der Klägerin nicht entnehmen. Damit liegt ein Verstoß gegen § 1 UWG nicht vor.

Nach allem ist die Berufung mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Urteil OLG Stuttgart Kartellsenat vom 28.02.1997

2 U (Kart) 208/96

Normen: § 22 Abs 1 Nr 2 WettbewG, § 26 Abs 2 S 1 WettbewG, § 35 Abs 1 WettbewG, § 98 Abs 1 WettbewG, § 134 BGB

Wettbewerbsbeschränkung: Kfz-Schilderpräger im Nebengebäude der Kfz-Zulassungsstelle

Leitsatz

1. Ein Landkreis handelt bei der Vermietung von Räumen in seinem Verwaltungsgebäude an einen Kfz-Schilderpräger nicht hoheitlich als untere Verwaltungsbehörde, sondern privatrechtlich als Selbstverwaltungskörperschaft und ist deshalb an das Kartellgesetz gebunden.

2. Ein Landkreis, der als Vermieter von Gewerberäumen für Schilderpräger in einem Nebengebäude der Kfz-Zulassungsstelle eine überragende Marktstellung hat, diskriminiert andere Schilderpräger ohne sachlich gerechtfertigten Grund, wenn er diese Räume an zwei Schilderpräger vermietet. Das gilt auch, wenn der Landkreis die Räume durch Ausschreibung vermietet, den Mietern nur die Herstellung und den Verkauf von Schildern gestattet, die Mietverträge nicht langfristig abschließt und in den Räumen der Zulassungsstelle auf andere Schilderpräger hinweist.

3. Die unter Verstoß gegen GWB § 26 Abs 2 Nr 1 (WettbewG) abgeschlossenen Mietverträge sind nach BGB § 134 nichtig (Abweichung OLG Stuttgart, 1995-12-12, 2 W (Kart) 62/95, NJW-RR 1996, 1003 = WRP 1996, 369).

Fundstellen

NJW-RR 1997, 1541-1543 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

nachgehend BGH Kartellsenat, 14. Juli 1998, Az: KZR 15/97

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Abweichung OLG Stuttgart Kartellsenat, 12. Dezember 1995, Az: 2 W (Kart) 62/95

Tenor

1) Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Vorsitzenden der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stuttgart vom 27.08.1996 wird

zurückgewiesen.

2) Der Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

3) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 58.000,-- DM abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Sicherheiten können auch durch unwiderrufliche, unbefristete, unbedingte und selbstschuldnerische schriftliche Bürgschaft einer deutschen Bank oder öffentlichen Sparkasse erbracht werden.

Streitwert der Berufung und Beschwer des Beklagten: 100.000,-- DM.

Tatbestand

Die Klägerin nimmt den beklagten Landkreis im vorliegenden Hauptsacheverfahren auf Unterlassung kartell- bzw. wettbewerbswidriger Behinderung, auf Beseitigung und auf Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch. Im vorausgegangenen Verfügungsverfahren ist die Klägerin mit ihrem Begehren unterlegen (Beschluss des Senats vom 22.12.1995 -- 2 W (Kart) 62/95 = WRP 1996, 396).

Die Klägerin ist ein bundesweit tätiges Unternehmen, das u.a. Kfz-Kennzeichenschilder prägt und verkauft. Sie mietet Räumlichkeiten im Umkreis von Kfz-Zulassungsstellen an, wo naturgemäß großer Bedarf an Kfz-Kennzeichen besteht. Das Landratsamt des Beklagten ist als untere staatliche Verwaltungsbehörde zuständig für die Zulassung von Kraftfahrzeugen und die Zuteilung von hierzu notwendigen Kfz-Kennzeichen. Die Kfz-Zulassungsstelle befindet sich im Verwaltungsgebäude des Landratsamtes. Das zu diesem Gebäude gehörende Grundstück wird begrenzt durch eine Bahntrasse, den kanalisierten Fluß K, durch die S Straße und durch die J-Straße, die beide mehrspurig ausgebaut sind (Einzelheiten vgl. Pläne Bl. 25, 26 u. 199). In nord-östlicher Richtung jenseits des Kanals verläuft die W-Straße. Auf dem Grundstück des Beklagten befinden sich zu den Straßen hin Grünflächen, im übrigen Zugangswege und Parkflächen für Bedienstete und Besucher. Der Gebäude-Haupteingang ist von der S Straße aus zu erreichen. Der an der entgegengesetzten Gebäudeseite liegende weitere Eingang, der unmittelbar zur Kfz-Zulassungsstelle führt und als Eingang für diese bezeichnet ist, wird von den Parkflächen entlang der Eisenbahntrasse aus erreicht. Dort befindet sich direkt gegenüber diesem Eingang in ca. 15 m Abstand ein kleines Nebengebäude. In diesem sind außer einem Raum für Kfz-Wartung zwei Schilderprägebetriebe untergebracht. Mit diesen schloß der Beklagte aufgrund einer Ausschreibung vom 12./14.10.1995 (Zeitungsanzeige Bl. 24) Mietverträge, deren Laufzeit nicht befristet ist. Einzelheiten zur Ausschreibung sind nicht vorgetragen; zu den Bedingungen der Mietverträge ist nur vorgetragen, dass die beiden Mieter umsatzabhängige Mieten zu zahlen hätten (in II. Instanz: Vergabe nach dem Höchstgebot, Umsatzmiete über 40 %, s. Bl. 278). Die Klägerin hatte sich an der Ausschreibung nicht beteiligt. Sie hat nach ihren Angaben ein Garagengebäude in der W-Straße für den Betrieb einer Schilderprägestelle angemietet (Flurstück 188/9, s. Bl. 25). Diese Parzelle ist vom Verwaltungsgebäude durch den kanalisierten, teilweise überbrückten K getrennt. Jenseits der Eisenbahntrasse, durch eine Unterführung der W Straße zu erreichen, befindet sich ein weiteres Schilderprägeunternehmen (W-Straße 17, s. Plan Bl. 199 und 25); auf dieses und die beiden Mieter des Beklagten wird durch einen Aushang in der Zulassungsstelle hingewiesen (Bl. 215).

Die Klägerin sieht in der Vermietung der beiden Räume auf dem Grundstück des Verwaltungsgebäudes in unmittelbarer Nähe der Kfz-Zulassungsstelle eine gem. § 26 II GWB kartellrechtswidrige und gem. § 1 UWG wettbewerbswidrige unbillige Behinderung ihres Unternehmens und aller Schilderpräger außerhalb des Grundstücks des Beklagten. Sie hat behauptet, der Beklagte besitze auf dem Markt der Vermietung für Prägebetriebe geeigneter Räume eine marktbeherrschende Stellung. Dabei seien die Gewohnheiten der Kunden zu berücksichtigen, die längere und zeitaufwendige Wege scheuten und evtl. Preisunterschiede außer acht ließen (Verweis auf GfK-Untersuchungsbericht zum Kaufverhalten von Privatpersonen beim Kauf von Kfz-Kennzeichen Bl. 27 ff). Der Beklagte gewähre unaufholbare Standortvorteile. An dieser Stellung des Beklagten ändere sich nichts dadurch, dass er im Verwaltungsgebäude auf alle Schilderpräger in der näheren und weiteren Umgebung hinweise. Eine diskriminierungsfreie Vermietung der beiden Schilderprä-

gestellen im Nebengebäude sei nicht möglich und auch nicht ersichtlich. Die Tatsache, dass die Räume zur Vermietung öffentlich ausgeschrieben worden seien, ändere hieran nichts. Auch gebe es keine Gründe, die die Behinderung und Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten. Jedenfalls treffe den Beklagten die Beweislast für solche Gründe. Auf bürgerfreundliche Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens und auf fiskalische Interessen an der Vermietung könne der Beklagte sich nicht berufen. Der Beklagte habe daher die Vermietung der Räume und die Fortführung der Mietverhältnisse zu unterlassen, ggf. der Klägerin einen entsprechenden Raum zu vermieten. Im übrigen sei er verpflichtet, Schadensersatz zu leisten.

Die Klägerin hat beantragt (Bl. 2/3):

1) Dem Beklagten wird es unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,-- DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, verboten,

a) im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Räume und/oder Flächen im Gebäude und/oder auf dem Grundstück des ... kreises in ... in dem die Kfz-Zulassungsstelle untergebracht ist, an Kfz-Schilderträger zu vermieten oder sonst wie zum Gebrauch zu überlassen und/oder derartige Räume/Flächen zur Gebrauchsüberlassung auszu-schreiben, insbesondere aufgrund der Ausschreibung vom 12./14.10.1995;

b) die aufgrund der Ausschreibung vom 12./14.10.1995 geschlossenen Mietverträge mit Kfz-Schilderträgern fortzuführen;

hilfsweise,

der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Raum zu vermieten, der den aufgrund der Ausschreibung vom 12./14.10.1995 beschriebenen Räumen an Lage zu den Zulassungsschaltern der Kfz-Zulassungsstelle in ..., Größe, Ausstattung, Zugänglichkeit und sonstige Eigenschaften entspricht;

weiter hilfsweise,

11

es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche Schäden zu ersetzen, die der Klägerin durch die Vermietung des Beklagten an Schilderprägebetriebe aufgrund der Ausschreibung vom 12./14.10.1995 entstanden sind.

Der beklagte Landkreis hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat eine Stellung als Normadressat des § 26 GWB bestritten. Er sei auf dem Markt für die zur Einrichtung von Schilderprägestellen geeigneten Mieträume weder marktbeherr-

schend noch komme ihm eine überragende Marktstellung zu. Im Umkreis von 100 m vom Verwaltungsgebäude seien mehrere geeignete andere Räume vorhanden. Da die Klägerin sich an der damaligen Ausschreibung nicht beteiligt habe, könne sie eine Behinderung oder Diskriminierung nicht geltend machen. Falls andere diskriminiert seien, könne die Klägerin sich hierauf ebenfalls nicht berufen. Das Nachfrageverhalten von Personen, die Kfz zulassen und Kfz-Kennzeichen benötigen, werde von Preis und Leistung und nicht ausschließlich von der räumlichen Nähe zur Kfz-Zulassungsstelle bestimmt. Der räumliche Abstand zu anderen Ansiedlungsmöglichkeiten sei daher unbedeutend. Dies gelte vor allem für Kfz-Händler, die Vorabzuteilungen von Kfz-Kennzeichen erhielten und die entsprechenden Schilder bei dem für sie günstigsten Unternehmen prägen ließen. Im übrigen werde in den Verwaltungsräumen und in der Kfz-Zulassungsstelle auf die externen Anbieter ausreichend hingewiesen. Maßgebend für die Vermietung der beiden Räume sei letztlich die kundenfreundliche Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens und außerdem die Ermöglichung von Einnahmen, wie sie auch ein privater Vermieter verlangen könne. Durch die höheren, an die Umsätze gekoppelten Mieten werde deren evtl. Standortvorteil kompensiert. Durch den Abschluss unbefristeter Mietverträge habe der Beklagte die Möglichkeit, in regelmäßigen Abständen eine Neuvermietung zu prüfen.

Das Landgericht hat im Augenscheinsternin die örtliche Situation besichtigt. Auf die Feststellungen im Protokoll vom 07.05.1996 nebst Planskizze wird Bezug genommen (Bl. 196-199). Im Urteil vom 27.08.1996 hat das Landgericht dem Beklagten untersagt, Räume oder Flächen im Gebäude bzw. auf dem Grundstück der Zulassungsstelle zu vermieten und die geschlossenen Mietverträge fortzusetzen; außerdem hat es die Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatz festgestellt. Hinsichtlich des Verbotsantrages, die Räume/Flächen zur Vermietung auszuschreiben, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung ist im wesentlichen ausgeführt:

Der Landkreis habe als Anbieter von für Schilderträger geeigneten Räumen eine gegenüber anderen Anbietern überragende Marktstellung. Wegen der im Vordergrund stehenden Zeitersparnis beim Anmeldevorgang nehme das Interesse an Mieträumen mit deren Entfernung von Zulassungsstelle stark ab. Im konkreten Fall werde dies durch die ausgesprochene "Insellage" des Verwaltungsgebäudes evident, die eine natürliche Grenze zu den umliegenden Grundstücken schaffe. An der dadurch geschaffenen überragenden Stellung ändere sich nichts dadurch, dass Autohändler aufgrund von Kennzeichen-Vorabzuteilungen die Möglichkeit hätten, die Schilder anderswo zu erwerben. Durch die Vermietung der Räume des Nebengebäudes würden die Klägerin und andere Schilderträger, die sich in der Nähe niedergelassen hätten oder niederlassen wollten, in unbilliger Weise behindert. Die hierfür sprechende Vermutung habe der Beklagte nicht widerlegt. Im Rahmen der Interessenabwägung könne die bürgerfreundliche Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens keine bedenkenlose Ausnutzung des Standortvorteils rechtfertigen. Auch fiskalische Interessen an der Vermietung könnten den Eingriff in den Wettbewerb nicht rechtfertigen. Im konkreten Fall würden die Bürger aufgrund der örtlichen Situation mehr oder weniger gezielt zum vermieteten, nahegelegenen Nebengebäude hingeführt. Hinweise auf andere

Anbieter änderten nichts, weil sich ein Großteil der Kunden deren genaue Lage nicht vorstellen könne. Die durchgeführte Ausschreibung zur Vermietung ändere ebenfalls nichts, denn jedenfalls seien die Räume derzeit vermietet und nähere Einzelheiten zu den Konditionen habe der Landkreis bewusst nicht vorgetragen. Deshalb sei auch nicht beurteilbar, ob die Klägerin und andere Interessenten in absehbarer Zeit bei einer Vermietung berücksichtigt würden.

Wegen des damit gegebenen Verstoßes gegen § 26 II GWB dürfe der Landkreis die nach § 134 BGB unwirksamen Mietverhältnisse nicht fortsetzen und sei er der Klägerin zum Schadensersatz verpflichtet.

Hingegen könne die Ausschreibung als solche nicht untersagt werden, weil durch sie die Rechtsstellung der Klägerin und anderer externer Anbieter nicht verletzt werde. Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens und der Entscheidungsgründe wird auf das Urteil Bezug genommen.

Der Beklagte verfolgt mit der Berufung den Antrag auf Klagabweisung weiter.

Er beantragt zunächst "Tatbestandsberichtigung", soweit das Landgericht im Tatbestand ausgeführt habe, dass der Beklagte für die Zulassung von Kfz und die Zuteilung von Kennzeichen zuständig sei. Da es sich hierbei nicht um eine kommunale Aufgabe handle, sondern das Landratsamt als untere Verwaltungsbehörde tätig sei, sei Zuordnungssubjekt für das Handeln des Landkreises das Land.

Der Beklagte macht wiederum geltend, bereits nicht Normadressat i.S.d. § 26 II GWB zu sein. Eine marktbeherrschende Stellung komme ihm nicht zu. Da in der Nähe des Verwaltungsgebäudes ein Prägebetrieb tatsächlich eingerichtet sei und weitere zur Anmietung geeignete Objekte unmittelbar gegenüber dessen Ein- und Ausfahrtsbereich lägen, sei er nicht ohne Wettbewerb. Auch eine überragende Marktstellung habe er nicht inne. Der relevante Markt des Angebotes von geeigneten Räumen werde nicht durch deren Nähe zur Zulassungsstelle bestimmt. Die Zulassungsstatistik in seinem Bereich ergebe, dass von den 13.000 pro Jahr anfallenden Neuzulassungen etwa 2/3 durch Autohändler und 1/3 durch Privatkunden vorgenommen würden (Vorlage der Statistik Anl. B 1, Bl. 253 a; Zeugnis Präg, Bl. 244). Schon deshalb könne das GfK-Gutachten nicht herangezogen werden, da es nur für Privatleute ergebe, dass der Faktor Zeitersparnis im Vordergrund stehe und es ihnen auf die Schilderpreise nicht wesentlich ankomme. Gewerbliche Anmelder hingegen hätten durch die Vorabzuteilung von Kennzeichen die Möglichkeit, ihren Bedarf an Schildern schon vor dem Zulassungsverfahren extern beim preisgünstigsten Anbieter zu decken; sie würden hiervon auch Gebrauch machen. Aber auch hiervon abgesehen habe das Landgericht den relevanten Markt in räumlicher Hinsicht zu eng abgesteckt. Da der Bürger zum Schildererwerb das Verwaltungsgebäude verlassen müsse, sei der relevante Markt weiter zu ziehen als bei Vermietung einer Verkaufsstelle innerhalb des Verwaltungsgebäudes. Einzubeziehen seien auch Anmietmöglichkeiten außerhalb des Amtsgeländes, da sie zumutbare Ausweichmöglichkeiten darstellten. Zwar hätten auf dem Gelände An-

sässige möglicherweise Vorteile, dennoch sei deren Leistung noch funktional austauschbar mit der Leistung solcher Anbieter, die binnen 1-2 Minuten zu Fuß erreichbar seien. Nachfrage nach Kfz-Schilderprägungen gebe es daher auch außerhalb des Geländes des Verwaltungsgebäudes.

Darüberhinaus wendet der Beklagte sich gegen die vom Landgericht vorgenommene Interessenabwägung. Diese führe nicht dazu, dass er andere Schilderanbieter unbillig behindere. In der Vermietung der beiden Räume des Nebengebäudes liege weder eine willkürliche Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtposition noch werde die Vermietung in schädlicher Weise zur Wettbewerbsverfälschung eingesetzt. Es bestehe ein anerkennungswürdiges Interesse daran, das Zulassungsverfahren möglichst bürgerfreundlich auszugestalten. Berücksichtigungsfähig sei auch der fiskalische Gesichtspunkt der Erzielung von Mieteinnahmen. Auch wenn die vom Landgericht angenommene "Insellage" seines Grundstücks nicht bestünde, würde es dabei bleiben, dass er die nächstgelegenen Räume anbieten könne; er wäre auch dann ein marktstarker Anbieter.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts obliege die Beweislast nicht dem Beklagten, sondern die Klägerin müsse die Unbilligkeit der Situation nachweisen, ohne sich auf eine Vermutung für die Unbilligkeit stützen zu können. Gründe für eine Beweislastumkehr lägen nicht vor. Dies führe im Ergebnis dazu, dass die Interessenabwägung zu Lasten der Klägerin ausfallen müsse. Deren Interessen seien bereits deshalb nicht zu berücksichtigen, weil sie sich nicht an der Ausschreibung vom Oktober 1995 beteiligt habe. Sie habe daher keinen schutzwürdigen Anspruch darauf, dass der Beklagte aus dem einschlägigen Markt der Vermietung geeigneter Räume verdrängt werde. Durch die Ausschreibung werde eine unangemessene Beeinträchtigung ausgeschlossen. Außerdem werde der Beklagte in regelmäßigen Abständen eine Neuausschreibung der Räume prüfen. Ein Ausgleich gegenüber den Mitbewerbern der zum Zuge gekommenen Mieter finde dadurch statt, dass ihnen in den Mieträumen nur der Schilderverkauf gestattet, jede andere gewerbliche Betätigung aber verboten sei. Einen Ausgleich bewirke auch die ihnen abverlangte umsatzabhängige Miete; sie führe mittelbar zu höheren Schilderpreisen, sodass die Klägerin diese Preise leicht unterbieten könne. In die Abwägung müsse auch einfließen, dass in der Zulassungsstelle auf andere Schilderpräger hingewiesen werde. Es treffe nicht zu, dass der zum Amt kommende ortskundige Bürger die dort angegebenen Adressen nicht kenne. Außerdem seien die Geschäfte der anderen Schilderpräger schon bei der Anfahrt zum Verwaltungsgebäude wahrnehmbar. Soweit die Klägerin die Anbringung der Hinweisschilder im Amt kritisiert habe, sei dies unbeachtlich, da die dort aufgeführten externen Anbieter damit zufrieden seien. Die Argumentation des Landgerichts leide insgesamt daran, dass ein Ausgleich nicht dadurch geschaffen werden könne, dass man bestimmte Standorte ausschließe. Soweit das Landgericht den Antrag auf Verbot der Ausschreibung abgewiesen habe, liege ein Argumentationsbruch vor, da damit inzidenter eingeräumt werde, dass der Beklagte sich sehr wohl fiskalisch betätigen dürfe. Der Beklagte verweist auf Entscheidungen des OLG Karlsruhe und des LG Mannheim (WuW/E OLG 5615 und Bl. 253 b), aus

denen sich ergebe, dass die fiskalische Tätigkeit der Vermietung aufgrund einer Ausschreibung nicht zu beanstanden sei.

Der Beklagte beantragt (Bl. 241),

das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 27.08.1996 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verweist zunächst darauf, dass die Klägerin als frühere GmbH inzwischen mit der Fa. ... AG verschmolzen worden und erloschen sei (HR-Auszug Bl. 286 f). Dem Antrag auf "Tatbestandsberichtigung" tritt die Klägerin entgegen. Er sei verspätet und außerdem sachlich unberechtigt, denn für die Frage der Marktabgrenzung sei es unerheblich, ob bei der Verwaltungstätigkeit der Kfz-Zulassung der Landkreis oder das Land Zuordnungsobjekt seien.

In der Sache selbst verteidigt die Klägerin das Urteil als richtig. Ob der Beklagte tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung inne habe, sei unerheblich, denn jedenfalls habe das Landgericht zu Recht festgestellt, dass er auf dem relevanten Markt eine überragende Stellung i.S.d. § 22 I Nr. 2 GWB besitze. Insoweit bestreitet die Klägerin in tatsächlicher Hinsicht, dass gegenüber der Grundstückszufahrt des Beklagten Flächen von Schilderanibietern angemietet worden seien. Die überragende Marktstellung habe zutreffend auch der Senat bereits bei der Entscheidung im Verfügungsverfahren angenommen. Bestärkt werde diese Beurteilung durch die vom Landgericht aufgrund des Augenscheins festgestellte In-sellage des Grundstücks des Beklagten. Demgemäß habe das Landgericht es zutreffend so beurteilt, dass wegen des hinten am Gebäude liegenden Eingangs zur Zulassungsstelle die Besucher gleichsam auf die beiden Schilderbetriebe im Nebengebäude hingelenkt würden. Der aus dem Verwaltungsablauf (Kennzeichen-Zuteilung, Gebühren-Zahlung, Schilderkauf, Schilderstempelung) sich ergebende Standortvorteil der im Nebengebäude untergebrachten Betriebe werde nicht dadurch geringer, dass gewerbliche Kfz-Anmelder die Möglichkeit hätten, Schilder vorab auswärts zu erwerben. Auch für diese Gruppe sei der Zeitvorteil von ausschlaggebender Bedeutung. Im übrigen werde bestritten, dass gewerbliche Anmelder 2/3 der Vorgänge ausmachten.

Mit der Vermietung seines Nebengebäudes bewirke der Beklagte nicht nur eine unbillige Behinderung sondern auch eine ungerechtfertigte Diskriminierung. Beides werde durch die vorzunehmende Interessenabwägung nicht gerechtfertigt. Das Landgericht habe insoweit zu Recht dem Beklagten die Beweislast auferlegt. Schon durch die auf die Freiheit des Wettbewerbs ausgerichtete Zielsetzung des GWB würden die vom Beklagten angeführten Interessen an bürgerfreundlicher Verwaltung und an Fiskaleinnahmen aus Vermietung zurückgedrängt. Die Standortnachteile der Klägerin und anderer Mitbewerber könn-

ten durch irgendwelche Maßnahmen nicht ausgeglichen werden. Der vom Beklagten zu-nutze gemachte Standortvorteil komme ihm nicht aufgrund eigener Leistung sondern allein dadurch zu, dass er in unmittelbarer Nähe seine hoheitlichen Aufgaben erledige. Der Ein-satz eines solchen nicht leistungsbedingten Wettbewerbs-Parameters sei grundsätzlich als kartellrechtswidrig einzustufen. Daran ändere ein Ausschreibungsverfahren nichts. Maß-geblich sei der daraufhin geschaffene Dauerzustand. Da der Beklagte die Konditionen der Mietverträge nicht offenlege, sei auch nicht prüfbar, wann er eine erneute Vermietung er-wäge. Nicht berufen könne sich der Beklagte auch darauf, dass er immerhin an zwei Wettbewerber vermietet und somit einen gewissen Wettbewerb geschaffen habe, denn er müsse sich jeglichen Eingriffs in die Wettbewerbssituation enthalten. Die vom Beklagten behaupteten Preisunterschiede zugunsten externer Schilderverkäufer könnten keine Rechtfertigung bieten. Sie würden zum einen bestritten und seien zum andern unerheb-lich, da aufgrund der vorgelegten GfK-Untersuchung feststehe, dass für Schilder-Kunden das wesentliche Kriterium nicht der Preis eines Anbieters sondern die kurze Entfernung zur Zulassungsstelle sei. Deshalb habe das Landgericht auch zu Recht den ausgehängten Hinweisen auf externe Anbieter keine Bedeutung beigelegt. Die Klägerin verweist ab-schließend darauf, dass der Beklagte sich nicht auf den ihm günstigen Verfahrensausgang im Verfügungsverfahren berufen könne, weil im Hauptsacheverfahren die Feststellungen zum Augenschein die besseren Erkenntnisse erbracht hätten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens in der Berufung wird auf die ein-gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet. Das Landgericht hat aufgrund seiner Feststellungen zur örtlichen Situation zutreffend die Voraussetzungen der §§ 26 II 1, 35 I GWB für erfüllt angesehen, insbesondere auch die Behinderung der Klägerin zu Recht als unbillig beurteilt. Demzufolge kann die insoweit abweichende Beurteilung des Senats im Verfügungsverfahren 2 W (Kart) 62/95 nicht aufrechterhalten werden.

I.

1. Die auf Klägerseite nach § 2 Nr. 1 UmwG eingetretene Verschmelzung im Wege der Aufnahme der früheren Firma ...-GmbH durch die Fa. ... AG (Verschmelzungsvertrag v. 12.08.1996, s. HR-Auszug Bl. 286 f) bewirkte gem. § 20 I Nr. 1, 2 UmwG eine Gesamt-rechtsnachfolge und das Erlöschen der GmbH. Dieser Vorgang ist prozessual nicht durch bloße Rubrumsberichtigung, aber auch nicht durch Parteiwechsel/Klagänderung umzuset-zen, sondern nach § 239 ZPO analog zu behandeln (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 20. Aufl., §

239 Rz. 3 a). Das Verfahren konnte daher durch die AG als Rechtsnachfolgerin aufgenommen und fortgeführt werden.

2. Die vom Beklagten geltend gemachte "Tatbestandsberichtigung" (Bl. 241 f) ist nicht als förmlicher Antrag nach § 320 ZPO zu behandeln. Als solcher wäre er ohnehin verspätet und der Senat wäre auch nicht zuständig. Das Vorbringen ist vielmehr als Beanstandung dessen zu verstehen, dass im Tatbestand des angefochtenen Urteils nicht die verwaltungsrechtliche Doppelnatur des Beklagten, einerseits Selbstverwaltungskörperschaft, andererseits untere staatliche Verwaltungsbehörde, zum Ausdruck komme und deshalb untergehe, dass das Kfz-Zulassungswesen zu letzterem Bereich gehöre. Dieses Vorbringen ist zwar an sich zutreffend, es ist aber für den vorliegenden Rechtsstreit unerheblich, insbesondere wird dadurch die Passivlegitimation des Beklagten nicht in Frage gestellt. Streitgegenstand ist die Betätigung des Landkreises auf dem Gebiet der Vermietung von Nebengebäuden seines Verwaltungsgebäudes unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten. Dabei geht es darum, dass der Landkreis als Unternehmen i.S.d. GWB mit den Mitteln des Privatrechts auf dem Markt auftritt. Der Unternehmensbegriff des GWB ist funktionell zu verstehen und erfasst deshalb nach Sinn und Zweck des Gesetzes jede selbständige Tätigkeit einer Person im geschäftlichen Verkehr, ohne dass es auf deren Rechtsform ankommt. Insbesondere ist nach § 98 I GWB auch die öffentliche Hand grundsätzlich an die GWB-Normen gebunden, wenn sie auf privatrechtlicher Grundlage geschäftlich handelt (vgl. v. Gamm, Kartellrecht, 2. Aufl., § 1 Rz. 9; Immenga, NJW 1995, 1921, 1922 li. Sp. m.N. in FN 11, 12). Bei der Vermietung der Nebengebäude geht es nicht um hoheitliches Handeln als untere staatliche Verwaltungsbehörde. Dass die Vermietung durch hoheitliches Handeln bei der Kfz-Kennzeichenzuteilung und Kfz-Zulassung veranlasst ist, begründet nur einen tatsächlichen, nicht aber rechtlichen Zusammenhang. Zuordnungsobjekt und passivlegitimiert ist daher der beklagte Landkreis und nicht das Land Baden-Württemberg.

3. Hinsichtlich der Antragstellung hat die Klägerin in der Berufungsverhandlung (Protokoll Bl. 278) klargestellt, dass die in der Klagschrift Bl. 2/3 enthaltene Überschrift "weiter hilfsweise" des Antrages auf Feststellung der Schadensersatzpflicht ein Versehen darstellt, dieser Antrag vielmehr ein weiterer Hauptantrag sein soll. Als solcher ist er auch vom Landgericht behandelt worden.

II.

In der Sache selbst hat das Landgericht bei gegebenem Sachstand zu Recht die Voraussetzungen des §§ 26 II Satz 1, 35 I GWB als erfüllt angesehen. Daran ändert sich durch das Berufungsvorbringen nichts. Insbesondere rechtfertigt sich eine andere Beurteilung nicht dadurch, dass der Beklagte nunmehr erklärt hat, dass die Vergabe der Mieträume nach dem Höchstgebotsprinzip erfolgt ist und dass die Umsatzmiete auf mehr als 40 % festgeschrieben ist.

1. Der beklagte Landkreis ist Normadressat des § 26 II 1 GWB. Er betätigt sich als Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts durch die Vermietung von Räumen auf dem Gebiet des Privatrechts und tritt somit als Unternehmen i.S.d. GWB auf. Nach § 98 I GWB ist er daher den Beschränkungen des Gesetzes unterworfen (s. dazu auch oben I. 2.). Der Beklagte besitzt auf dem hier relevanten Markt der Vermietung von Räumen/Flächen, die zum Betrieb von Schilderprägestellen zur Verfügung stehen, eine überragende Marktstellung i.S.d. § 22 I Nr. 2 GWB. Soweit im Urteil des Landgerichts S. 8 § 22 I Nr. 1 GWB zitiert ist, erweist der Zusammenhang, dass ein Schreibfehler vorliegt.

Die sachliche Abgrenzung des hier relevanten Marktes ergibt sich nach dem zugrundeliegenden sog. Bedarfsmarktkonzept daraus, dass aus der Sicht der Marktgegenseite solche Vermietungsangelegenheiten betroffen sind, die die Möglichkeit eröffnen, eine Schilderpräge- und -verkaufsstelle mit den mit einer solchen gewerblichen Tätigkeit gewöhnlich verbundenen Erfordernissen und Begleiterscheinungen zu betreiben. Hierzu gehört neben dem Mindestbedarf an Fläche der Umstand, dass die Räume öffentlich zugänglich sein müssen, ein Mindestmaß an technischer Ausstattungsfähigkeit bieten und so gelegen sind, dass das Publikum mit zumutbaren Vorkehrungen auf sie aufmerksam gemacht werden kann. -- Für die räumliche Marktabgrenzung kommt es ebenfalls auf die Austauschmöglichkeiten aus der Sicht der Marktgegenseite, hier derjenigen Gewerbetreibenden an, die Bedarf an der Anmietung im o.g. Sinne geeigneter Räume haben. Hierbei ist insbesondere auch das Verhalten der Kunden einzubeziehen, mit denen die Mieter Geschäfte abschließen wollen. Zwar sind die Käufer von Kfz-Schildern nicht die eigentliche Marktgegenseite. Da jedoch der Mieter einer Prägestelle für den Erfolg seiner Tätigkeit auf das Verhalten der Kunden angewiesen ist, wird er daran schon seine Anmietentscheidung ausrichten. Die räumliche Abgrenzung für den Vermietungsmarkt läuft daher parallel mit der Marktabgrenzung für den Absatz von Kfz-Schildern. Daraus folgt, dass auch für den Vermietungsmarkt nur ein räumlich sehr enges Gebiet maßgeblich ist, der räumlich relevante Markt somit sich auf den nahen Umkreis um die Zulassungsstelle beschränkt.

Der Senat hat bereits im Verfügungsverfahren ausgeführt, dass der Beklagte als Vermieter auf dem relevanten Markt aufgrund der räumlichen Nähe seines Nebengebäudes zur Zulassungsstelle eine überragende Marktstellung i.S.d. § 22 I Nr. 2 GWB inne hat. Maßgeblich hierfür ist, dass die ein Kfz anmeldenden Personen das Zulassungsverfahren möglichst rasch durchführen und deshalb zum Erwerb des Schildes keine langen Wege zurücklegen wollen und kein großes Gewicht auf den Preis der Schilder legen. Deshalb nimmt das Interesse am Anmieten von Räumen für Prägestellen mit der Entfernung von der Zulassungsstelle stark ab. Wenn sich, wie hier, im Nebengebäude der Zulassungsstelle ein -- oder wie hier zwei -- Prägebetriebe angesiedelt haben, besteht selbst in der näheren Umgebung kaum noch Anmietungsinteresse für Räume zum gleichen Zweck (vgl. Senat WRP 1996, 369 , 370; so im Ergebnis auch Immenga, NJW 1995, 1921 , 1925 re. Sp.). Hinzu kommt, dass auch generell eingeschränkte Marktzutrittschancen bestehen, da selbst dann, wenn grundsätzlich in der Nähe gewerbliche Mietobjekte zur Verfügung stehen, diese nur unter weiteren besonderen Umständen für Prägebetriebe in Betracht kom-

men, da diese meist auf unterdurchschnittlich kleine Flächen ausgerichtet sind. Auch ist es eher unwahrscheinlich, dass vorhandene Gebäude oder Räume zu geeigneten Mietobjekten umgewidmet oder gar umgebaut werden.

Diese Beurteilung, die im vorliegenden Verfahren auch das Landgericht getroffen hat, wird noch durch die vom Landgericht beim Augenschein getroffenen Feststellungen bestärkt. Danach ist von einer typischen Insellage des Verwaltungsgebäudes des Beklagten auszugehen, in dem die Zulassungsstelle untergebracht ist. Diese Lage bewirkt, dass Anmelder den Weg zu anderen, selbst in relativ geringer Entfernung von nur wenigen Gehminuten liegenden Mietmöglichkeiten regelmäßig nicht auf sich nehmen werden, weil die das Verwaltungsgelände umgebenden breiten Straßen (trotz ihrer Unterführungen) und der Fluß (wenn auch stellenweise überbrückt) unwillkürlich als Hindernis registriert werden und bei gegebener Kaufgelegenheit davon abhalten, eine andere Kaufgelegenheit aufzusuchen. Hinzu kommt, wie das Landgericht ebenfalls festgestellt hat, dass die nahe Lage zum speziellen Eingang der Zulassungsstelle geradezu auf die beiden Prägebetriebe im Nebengebäude "hinlenkt", jedenfalls dazu einlädt, sich dieser zu bedienen und nicht Alternativen ausfindig zu machen und diese aufzusuchen. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die nahe Lage zum Verwaltungsgebäude den beiden Mieterbetrieben in den Augen mancher Personen einen gleichsam "amtlichen Anstrich" verleihen kann, so dass deshalb eine andere Kaufmöglichkeit evtl. schon gar nicht in Betracht gezogen wird. Dass Preisüberlegungen keine wesentliche Rolle für einen durchschnittlichen Anmelder, jedenfalls soweit er Privatmann ist, spielen, ist von der Klägerin durch den Marktuntersuchungsbericht der GfK belegt. Bei den sonstigen Kosten einer Fahrzeuganschaffung und -anmeldung wird auf den Preis der Schilder kein besonderes Gewicht gelegt, zumal auch mancher Bürger sich vorstellen mag, dass die Schilder, da sie von amtlicher Bedeutung sind, ohnehin einheitliche Preise hätten.

Entgegen der Ansicht des Beklagten ändert sich an seiner durch den Standortvorteil bedingten überragenden Marktstellung nichts entscheidend dadurch, dass gewerbliche Anmelder aufgrund der Möglichkeit der Vorabzuteilung von Kfz-Kennzeichen auf auswärtige Prägebetriebe ausweichen können. Selbst wenn man einen -- bestrittenen -- Anteil von 2/3 zugrundelegt, der auf Zulassungen durch gewerbliche Anmelder wie Autohäuser etc. entfallen soll, folgt daraus nicht, dass diese auch in diesem Umfang von der theoretischen Möglichkeit des Erwerbs bei auswärtigen Anbietern Gebrauch machen. Soweit der Beklagte insoweit darauf abstellt, dass es diesen Anmeldern wesentlich auf den Preis der Schilder ankomme, kann dies nicht den -- fehlenden -- Vortrag ersetzen, dass sie von dieser Möglichkeit auch tatsächlich zu 2/3 Gebrauch machen. Im übrigen überzeugt die Argumentation des Beklagten schon in ihrem Ausgangspunkt nicht. Zum einen ist auch für diese Nachfrager der Zeitfaktor von Bedeutung, zumal sie sich dabei im Gegensatz zu einem anmeldenden Privatmann in Ausübung ihrer Berufstätigkeit befinden, und zum andern ist es im Fahrzeughandel üblich, dass die Kosten der Anmeldung nebst Schildern dem Neufahrzeugkunden in Rechnung gestellt werden. Nur wenn dies nicht zum Selbstkostenpreis geschähe, würde ein Preisvorteil bei einem externen billigeren Prägebetrieb einen Anreiz

für das anmeldende Autohaus darstellen. Dass über den bei Auslagen üblichen Selbstkosten abgerechnet werde, hat die Beklagte nicht vorgetragen. Weiter kommt hinzu, dass der Standortvorteil, den der Beklagte mit seinem Nebengebäude auf dem relevanten Markt inne hat, auch nicht durch andere Wettbewerbsparameter ausgeglichen werden kann. Wie im Ergebnis der Preis so scheidet auch die Qualität des Produktes aus, da die Spezifikation der Schilder amtlich vorgegeben ist. Auch besondere Service-Leistungen, mit denen ein Wettbewerber hervortreten könnte, sind, jedenfalls im Zuge eines laufenden Zulassungsvorgangs, nicht ersichtlich.

Im Ergebnis ist daher der Beklagte bei der Vermietung von geeigneten Räumen im relevanten Markt keinem wesentlichen Wettbewerb von Seiten privater Vermieter ausgesetzt und hat deshalb eine überragende Marktstellung i.S.d. § 22 I Nr. 2 GWB.

2. Auf der anderen Seite ist die Klägerin Normadressatin. Für diese Stellung genügt es, dass sie sich in Aalen mit einer Filiale niederlassen will und dafür bereits einen Raum angemietet hat (Flurstück 188/9). Da Sinn und Zweck des § 26 II GWB die Offenhaltung der Märkte ist, reicht es aus, wenn die Chancen eines konkret beabsichtigten Marktzutritts behindert werden.

Nicht tangiert wird die Aktivlegitimation der Klägerin dadurch, dass sie sich unstreitig nicht am Ausschreibungsverfahren des Beklagten vom Oktober 1995 beteiligt hat. Dies wäre nur dann von Belang, wenn die Klägerin eine Behinderung oder Diskriminierung allein bei der Ausgestaltung oder Durchführung dieses Verfahrens geltend machen würde. Wegen ihrer Nichtteilnahme wäre sie dann nicht in ihren Rechten verletzt und deshalb auch nicht anspruchsberechtigt (vgl. Senat WRP 1996, 369 re. Sp. Ziff. II.). Auf die Nichtteilnahme kommt es jedoch deshalb nicht an, weil die Klägerin mit ihrem Antrag überhaupt die Vermietung von Räumen im Gebäude und auf dem Gelände der Zulassungsstelle als kartellrechtswidrig angreift und dabei beanstandet, dass nicht alle Interessenten berücksichtigt werden. Wenn diese Beanstandung berechtigt ist, ist die Klägerin selber unmittelbar verletzt, weil sie durch die -- kartellrechtswidrige -- Vermietung in ihren Rechten auf freien Marktzutritt verletzt ist.

3. Bei der hier betroffenen Vermietung von Räumen an Prägebetriebe handelt es sich um einen Geschäftsverkehr, der anderen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist. Die Gleichartigkeit von Unternehmen entscheidet sich danach, ob sie unternehmerisch und wirtschaftlich eine gemeinsame Grundfunktion ausüben (v. Gamm, KartellR, 2. Aufl., § 26 Rz. 36). Diese Voraussetzung ist vorliegend gegeben. Alle Mietinteressenten erfüllen mit dem Verkauf von Kfz-Kennzeichen an Autohalter oder Autohändler eine identische wirtschaftliche und unternehmerische Grundfunktion. Der Geschäftsverkehr einer Vermietung ist für sie auch üblicherweise zugänglich, weil es ihnen grundsätzlich möglich ist, Räume zum Prägen und Verkaufen anzumieten. An diesem ohnehin nur einer groben Sichtung dienenden Merkmal (vgl. BGH WuW/E 2535, 2538 -- Lüsterbehangsteine) fehlt es daher nicht.

4. Durch die Vermietung des Nebengebäudes an ihre beiden Mitbewerber erfährt die Klägerin eine Behinderung und zugleich eine Ungleichbehandlung i.S.d. § 26 II GWB. Die Klägerin wird in ihrer freien Betätigungsmöglichkeit beeinträchtigt und zugleich diskriminiert. Ihr wird durch die Vermietung der im Standortvorteil überlegenen Räume des Beklagten an Mitbewerber der ungehinderte Marktzutritt versperrt. Da sie außerhalb des Geländes des Beklagten nur von vornherein unterlegene Anmietungsmöglichkeiten vorfindet, wird sie nur mit einem ungleich geringeren Teil möglicher Schilderkäufer ins Geschäft kommen können. Ausgangspunkt der Beanstandung der Klägerin ist der Vorwurf, dass der Beklagte durch die Vergabe des Nebengebäudes an ihre Mitbewerber ihr das Zustandekommen einer Geschäftsverbindung verweigert, obwohl er eine entsprechende Verbindung mit den Mitbewerbern unterhält und diese im Rahmen des Schilderbedarfs von Anmeldern die identische wirtschaftliche Grundfunktion ausüben. Damit liegt der Fall vor, dass die Klägerin als nicht zum Zuge kommende Mietinteressentin ungleich behandelt, d.h. diskriminiert wird. Existieren bei einer Vergabe von Mieträumen mehrere Interessenten, so führt jede Vermietung an nur einen Teil von ihnen zu einer Ungleichbehandlung. Angesichts der unüberwindlichen Knappheit im Vergleich zur Zahl der Interessenten läßt sich keine diskriminierungsfreie Vermietung vornehmen (vgl. Immenga, NJW 1995, 1921, 1926 li. Sp. oben).

5. Entscheidend hängt der Erfolg der Klagansprüche daher davon ab, ob die Diskriminierung der Klägerin ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgt. Die insoweit vorzunehmende Interessenabwägung fällt auch nach Ansicht des Senats zugunsten der Klägerin aus.

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes obliegt dem Beklagten als Normadressaten. Zu dieser Beweislastverteilung kommt es, nachdem zunächst das diskriminierte Unternehmen den Diskriminierungstatbestand, d.h. seine bei gleicher Sachlage unterschiedliche Behandlung darzulegen hat (vgl. v. Gamm, aaO., § 26 Rz. 53; BGH GRUR 1976, 206, 208 -- Rossignol; GRUR 1981, 767, 769 -- Belieferungsunwürdige Verkaufsstätten I). Da die Diskriminierung der Klägerin aufgrund der o.g. Ausführungen feststeht, greift somit für die Frage der sachlichen Rechtfertigung die Beweislast des Beklagten Platz. Entgegen der Ansicht des Beklagten bedarf es dazu keiner besonderen Gründe, wie sie für eine Beweislastumkehr notwendig sind.

Dieser Darlegungs- und Beweislast hat der Beklagte nicht genügt. Die Abwägung sämtlicher vom Beklagten geltend gemachter und sonst ersichtlicher Gründe und Interessen ergibt unter der gebotenen Berücksichtigung der auf die Wettbewerbsfreiheit ausgerichteten Zielsetzung des GWB, dass das Interesse der Klägerin an der Offenhaltung des Marktes überwiegt. Der dem Beklagten bei dieser Beurteilung einzuräumende unternehmerische Freiraum wird im Ergebnis durch das schutzwürdige Interesse der Klägerin am freien Marktzutritt verdrängt. Der Wettbewerbsschutz für die Klägerin muss im vorliegenden Einzelfall höher eingeschätzt werden als die vom Beklagten mit der Vermietung seines Nebengebäudes verfolgten Interessen. In dieser Hinsicht kommt es nicht darauf an, dass die

wettbewerblichen Auswirkungen sich für die Klägerin nicht auf dem relevanten Vermietungsmarkt sondern auf dem Markt des Verkaufs von Kfz-Schildern ergeben. Auch Behinderungen auf Drittmärkten, die auf ungleicher Behandlung auf einem anderen Markt beruhen, werden vom Diskriminierungsverbot erfasst (BGH WuW/E 1530 -- Faßbierpflegekette). Auf diesem Drittmarkt des Verkaufs von Schildern sind wegen des oben dargelegten standortbedingten Nachfrageausfalls die von der Klägerin zu erwartenden Nachteile so gravierend, dass sie im Ergebnis nicht hingenommen werden müssen.

a)

Soweit der Beklagte ein Interesse an zügiger und bürgerfreundlicher Einrichtung des Zulassungsverfahrens anführt, bietet dies keine Rechtfertigung. Zwar ist diese Zielsetzung grundsätzlich begrüßenswert. Solange sie jedoch darin besteht bzw. zumindest damit einhergeht, dass das grundlegende Interesse der Wirtschaftsordnung an der Freiheit des Wettbewerbs erheblich tangiert wird, kann es nicht eingebracht werden. Das Ziel bürgerfreundlicher Verwaltung muss mit Mitteln gerade des Verwaltungsrechts verfolgt werden, wozu z.B. eine abweichende Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens, etwa durch telefonische Vorabzuteilung von Kennzeichennummern oder durch deren Vergabe an Schilderhersteller gehören könnte. Die Einschaltung Privater, die diesen Standortvorteile oder sonstige Vorzugsbedingungen verschafft, kann von diesem Verwaltungsziel nicht gerechtfertigt werden. Dies mag dann anders zu beurteilen sein, wenn es darum geht, dem Bürger dezentralisierte Zulassungsmöglichkeiten in Stadtteilen zur Verfügung zu stellen und dabei durch die öffentliche Hand in Eigenregie Schilder zu verkaufen, wie dies bei der Entscheidung des OLG Karlsruhe, WRP 1995, 857, der Fall war. Das betrifft aber eine Ausnahmesituation. Mit ihr sind die Gegebenheiten in der zentralen Zulassungsstelle des Beklagten im Kernstadtgebiet von Aalen nicht vergleichbar. Wenn der Beklagte sich in dieser Situation und mit der geltend gemachten Zwecksetzung entschließt, Räume an private Schilderverkäufer auf seinem Gelände zu vermieten, dann muss er sich von vornherein dessen bewusst sein, dass er damit in erheblicher Weise in den Wettbewerb eingreift. Die Abwägung kann auch nicht deshalb zugunsten seiner Vermietungstätigkeit ausfallen, weil er seine Auswahlentscheidung aufgrund einer Ausschreibung getroffen hat. Der Senat schließt sich der Ansicht von Immenga (aaO, 1926 li.Sp.) an, wonach allein der Umstand, dass eine Ausschreibung stattgefunden hat, nicht zugunsten des diskriminierenden Unternehmens als sachliche Rechtfertigung berücksichtigt werden kann. Davon abgesehen könnte die vom Beklagten nach dem Höchstgebotsprinzip durchgeführte Ausschreibung auch schon deshalb die beanstandete Standortzuteilung nicht rechtfertigen, weil der Vorsprung des Höchstbieters gerade aus dem überlegenen Standortvorteil resultiert.

b)

Kein tauglicher Gesichtspunkt der Abwägung sind die vom Beklagten ins Feld geführten fiskalischen Gesichtspunkte. Finanzielle Interessen der Gebietskörperschaft können angesichts der überragenden Bedeutung der Offenhaltung des Marktes grundsätzlich nicht be-

rücksichtigt werden. Soweit der Beklagte im nachgelassenen Schriftsatz vom 20.02.1997, S. 3/4, einen durchschnittlichen Mietertrag von 4.500,-- DM pro Mieter pro Monat gegenüber sonst üblichen 900,-- DM behauptet, rechtfertigt dies den Markteingriff des Beklagten daher nicht, denn nach der Zielsetzung des GWB hat der Beklagte sich jeglicher Ausnutzung seiner überragenden Marktstellung zu enthalten.

c)

Maßgeblich für das Zurücktreten der beiden unter a) und b) erörterten Interessen des Beklagten ist insbesondere auch der Umstand, dass der Beklagte die ihm als Vermieter zukommenden Standortvorteile nicht durch eigene Leistung erarbeitet hat, sondern sie ihm schlicht aufgrund der Tatsache zukommen, dass bei der gegebenen Organisation des Zulassungsverfahrens zwischen der Kennzeichen-Zuteilung und der Schilderstempelung notwendigerweise der Schildererwerb stattfinden muss. Daher kann der Einsatz dieses Vorteils als ein Wettbewerbselement nicht als leistungsgerecht anerkannt werden, sondern muss als nicht schutzwürdiger leistungsfremder Gesichtspunkt ausgeschieden werden (so auch Immenga, aaO, S. 1924 li.Sp./re.Sp.oben im Zusammenhang mit dem Eigenverkauf von Schildern durch die Behörde; für die Abwägung bei der Vermietungstätigkeit kann nichts anderes gelten).

d)

Soweit der Beklagte sich zur Rechtfertigung auf einzelne Umstände bei der Ausgestaltung des Verwaltungsgebäudes bzw. des Nebengebäudes beruft, kann auch dies in der Abwägung nicht zu seinen Gunsten anerkannt werden.

Die Anbringung eines Hinweisschildes auf andere Prägebetriebe ist nicht geeignet, den überragenden Standortvorteil auszugleichen und die Marktinteressen der Mitbewerber hinreichend zu berücksichtigen. Zum einen ist dem Gesichtspunkt des Landgerichts beizupflichten, dass die Adressenangaben weitgehend keine Vorstellung davon vermitteln, wie und in welcher Zeit diese anderen Betriebe erreicht werden können. Selbst wenn solche Kenntnisse aber bestehen, verbleibt es dennoch bei der gleichsam vollendeten Tatsache, dass sich der Anmelder bei Kenntnisnahme des Hinweises schon in unmittelbarer Nähe des Nebengebäude befindet und erkennt, dass er hier und jetzt sein Schild erwerben kann. Die aufgezeigte Alternative wird bei dieser Situation kaum in Betracht gezogen werden. Dies gilt erst recht deshalb, weil allein der Adressenhinweis nicht aufzeigt, dass möglicherweise bei den anderen Betrieben preisgünstiger gekauft werden kann. Ohne Preisangabe und im übrigen auch ohne Angabe der dortigen Öffnungszeiten hat der Hinweis daher nur unbedeutenden Informationswert und ist nicht geeignet, den Anmelder zu einem weiteren Weg zu veranlassen. Entscheidend fällt dabei ins Gewicht, dass -- wie ausgeführt -- der Preis gegenüber dem Bequemlichkeits- und Zeitvorteil, den die Mieter des Beklagten dem Anmelder bieten, ohnehin eine nur ganz untergeordnete Bedeutung entfaltet.

Der Umstand, dass derjenige, der Schilder erwerben will, das Verwaltungsgebäude verlassen muss, spielt keine Rolle. Dass der vom Landgericht aufgrund der Feststellungen beim Augenschein beschriebene Hinlenkungseffekt stattfindet, ist ohne weiteres nachvollziehbar, sodass die Unterbringung der Prägebetriebe in unmittelbarer Nähe des Hauptgebäudes hier nicht anders bewertet werden kann als eine Vermietung von Räumen innerhalb des Verwaltungsgebäudes selbst. Bereits dadurch, dass der Beklagte in unmittelbarer Nähe der Zulassungsstelle eine Kaufmöglichkeit anbietet, fällt die Entscheidung, von dieser hier und jetzt auch Gebrauch zu machen.

Die Tatsache, dass der Beklagte sein Nebengebäude nicht nur an einen sondern an zwei Wettbewerber der Klägerin vermietet hat, kann zur Rechtfertigung der Diskriminierung ebenfalls nichts beitragen. Der Beklagte ist nach der Zielsetzung des GWB gehalten, jegliche Ausnutzung seiner überragenden Marktstellung zu unterlassen. Selbst wenn, wozu nichts vorgetragen ist und was auch zu bezweifeln ist, Preis- oder sonstiger Wettbewerb zwischen den beiden Mietern des Beklagten herrschen würde (z.B. ist auch nicht vorgetragen, ob beide stets gleichzeitig geöffnet haben), so würde das nichts an der Diskriminierung der Klägerin als weiterer Marktteilnehmerin ändern.

e)

Für die Abwägung kann der Beklagte des weiteren nicht die Behauptung nutzbar machen, dass seine beiden Mieter umsatzabhängigen Mietzins zu zahlen hätten. Obwohl der Beklagte in der Berufungsverhandlung den Prozentsatz nunmehr mit "mehr als 40 %" angegeben hat, folgt aus solcher Mietzinsgestaltung nicht der Effekt, den der Beklagte im Sinne einer Ausgleichung der Wettbewerbschancen externer Schilderanbieter geltend macht. Es ist bereits nicht aus kaufmännischer Kalkulation zwingend, dass die Umsatzmieten sich in einem höheren Preisniveau der beiden Mieter niederschlagen müssen. Aber selbst wenn es der Fall ist, würde es wiederum nur einen Preisunterschied bewirken, für den dem Anmelder in seiner aktuellen Bedarfssituation zum einen die Vergleichsmöglichkeit mit anderen Anbietern fehlt und der zum ändern für ihn -- wie ausgeführt -- ohnehin nur von untergeordneter Bedeutung ist.

Im Ergebnis Gleiches gilt auch für den Gesichtspunkt, dass ein Wettbewerbsnachteil der externen Anbieter dadurch ausgeglichen werde, dass der Beklagte seinen Mietern ausschließlich den Verkauf von Schildern gestatte und den Handel mit anderen Produkten verbiete. Hier hätte es des Vortrags dazu bedurft, inwieweit andere Anbieter neben Schildern andere Produkte führen und welche Umsatzanteile damit erzielt werden.

Allgemein bekannte Üblichkeiten des sonstigen Warensortiments von Schilderprägern existieren nicht. Außerdem ist nicht behauptet, dass die konkreten externen Anbieter auch tatsächlich solches Nebensortiment führen würden. Somit kann nicht beurteilt werden, ob aufgrund der mietvertraglichen Beschränkung durch den Beklagten die behauptete Besserstellung der externen Anbieter im Wettbewerb überhaupt zur Wirkung kommen kann.

f)

Soweit der Beklagte schließlich darauf verweist, dass unter den auf dem örtlichen Markt auftretenden Schilderherstellern eine ungleiche Standortsituation auch dann bestehen würde, wenn er sein Nebengebäude nicht vermieten würde, weil ohnehin immer der eine oder andere Hersteller näher bei seinem Verwaltungsgebäude angesiedelt wäre, so kann auch dies für die Abwägung nicht durchgreifen.

Zwar greift der Beklagte damit offensichtlich die Argumentation aus dem Senatsbeschluss des vorangegangenen Verfügungsverfahrens auf (vgl. aaO, S. 370 li.Sp., 3. Abs.), wo es sinngemäß heißt, dass auch beim Fehlen von Gewerberäumen auf dem Gelände der Zulassungsstelle manche Prägebetriebe näher bei der Zulassungsstelle unterkommen könnten als andere und deshalb einen Wettbewerbsvorsprung erzielen würden, weshalb der Landkreis mit seiner Vermietungstätigkeit die Wettbewerbsverhältnisse nicht grundlegend ändere. Das kann nach den im Hauptsacheverfahren gewonnenen Feststellungen dazu, dass die Mieter des Beklagten aufgrund der Insellage des Amtsgeländes einen überragenden Standortvorteil genießen, nicht aufrechterhalten werden. Die besseren Erkenntnismöglichkeiten des Hauptsacheverfahrens muss der Beklagte hinnehmen. Hiervon abgesehen stand die im Verfügungsverfahren getroffene o.g. Beurteilung noch unter dem Vorbehalt, dass die Vergabe auf einer öffentlichen Ausschreibung beruhe. Hieran wird nicht weiter festgehalten (s. dazu oben Ziff. 5 a) und abgesehen hiervon kann, wie ebenfalls oben aaO ausgeführt, die konkrete nach dem Höchstgebotsprinzip durchgeführte Ausschreibung des Beklagten die Diskriminierung nicht rechtfertigen.

Da sonach die Voraussetzungen der §§ 22 I Nr. 2, 26 II 1, 35 I GWB erfüllt sind, ist im Ergebnis die vom Landgericht ausgesprochene Unterlassungsverurteilung gem. Antrag Ziff. a) zu bestätigen.

6.

Das Landgericht hat den Beklagten zu Recht auch nach Klagantrag Ziff. 1 b) dazu verurteilt, die Fortsetzung der geschlossenen Mietverträge zu unterlassen, denn deren Aufrechterhaltung verstößt ebenfalls gegen § 26 II 1 GWB. Diese Vorschrift stellt ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB dar, sodass die Mietverträge nichtig sind und der Beklagte sich deswegen auf seine vertragliche Bindung nicht berufen kann.

61

Es liefe dem Normzweck des § 26 II GWB zuwider, wenn das Verbot wettbewerbswidrigen Verhaltens durch den langfristigen -- hier unbefristeten -- Abschluß eines Vertrages, der eine Diskriminierung von Mitbewerbern bewirkt, ausgehöhlt werden könnte. Zwar führt nicht jeder Verstoß gegen § 26 GWB zur Nichtigkeit des betroffenen Vertrages. Maßgebend ist, ob der Normzweck der Vorschrift, gegen die verstoßen wird, die Nichtigkeit erfordert (MK-Mayer-Maly, BGB, 3. Aufl., § 134 Rz. 56). In Fällen, in denen sich der Verstoß

unmittelbar aus dem Rechtsgeschäft ergibt und in denen er nicht ohne dessen Aufhebung beseitigt werden kann, ist die Nichtigkeit gem. § 134 BGB die Folge (so auch Immenga/Mestmäcker (Markert), GWB, 2. Aufl., § 26 Rz. 298). Im Streitfall kann der Verstoß gegen § 26 II 1 GWB unter Aufrechterhaltung der Mietverträge und Abschluss weiterer Verträge mit Konkurrenten nicht beseitigt werden. Der Beklagte hat nicht dargelegt, dass für eine solche Repartierung weitere Räumlichkeiten bei oder in seiner Zulassungsstelle zur Verfügung stünden und er vermietungsbereit wäre. Die einzige Möglichkeit der Beseitigung der ungerechtfertigten Diskriminierung besteht daher darin, die Fortsetzung der für das Nebengebäude geschlossenen Mietverträge zu untersagen.

7.

Der Beklagte ist der Klägerin aufgrund des Verstoßes gegen § 26 II 1 GWB gem. § 35 I GWB zum Schadensersatz verpflichtet.

Dies setzt allerdings voraus, dass die Klägerin zumindest während des Laufs der Mietverträge konkrete Anstalten getroffen hat, eine Schilderprägestelle in Aalen zu betreiben.

Denn der Schadensersatz wird nicht deshalb geschuldet, weil das Nebengebäude nicht an die Klägerin vermietet worden ist, sondern weil sie im Marktzutritt außerhalb des Verwaltungsgebäudes behindert worden ist.

Die Klägerin hat jedoch unbestritten vorgetragen, dass sie einen Mietvertrag abgeschlossen habe. Da der Beklagte dies nicht bestritten hat, kann es als ausreichend substantiiert entgegengenommen werden, ohne dass es näherer Darlegung zum beabsichtigten Beginn der Tätigkeit auf Flurstück 188/9, zur Besorgung der Ausrüstung und zur Bereitstellung von Personal bedarf. Im Rahmen des Feststellungsantrages kann hier offen gelassen werden, ab welchem Zeitpunkt die Schadensersatzverpflichtung beginnt.

8.

Da sonach die Verurteilung auf der kartellrechtlichen Grundlage durchgreift, kommt es daneben auf einen Verstoß gegen § 1 UWG nicht an (vgl. zum Verhältnis des GWB zum UWG in dieser Hinsicht Immenga, aaO, S. 1921 I und Paefgen DZWIR 1996, 478).

Aus diesen Gründen war die Berufung des Beklagten mit der Kostenfolge des § 97 I ZPO zurückzuweisen. Die Anordnungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeben sich aus §§ 708 Nr. 10 , 711 ZPO . Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Urteil des OLG München Kartellsenat vom 07.11.1996

U (K) 5870/95

Normen: § 26 Abs 2 WettbewG, § 1 UWG

Vermietung von Räumen in der Kfz-Zulassungsstelle an Schilderträger

Leitsatz

Ein Landkreis verstößt nicht gegen GWB § 26 Abs 2 (juris: WettbewG), UWG § 1 , wenn er in der Kfz-Zulassungsstelle Räume an einen Schilderträger vermietet.

Fundstellen

NJW-RR 1997, 296-298 (Leitsatz und Gründe)

WRP 1997, 218-222 (Leitsatz und Gründe)

Magazindienst 1997, 157-164 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

nachgehend BGH Kartellsenat, 14. Juli 1998, Az: KZR 1/97

Urteil des KG Berlin Kartellsenat vom 06.11.1996

Kart W 6990/96

Normen: § 1 UWG, § 26 Abs 2 WettbewG

Vermietung von Räumen in Kfz-Zulassungsstelle an Schilderprägebetrieb als Kartell- bzw Wettbewerbsverstoß

Orientierungssatz

Vermietet eine Gebietskörperschaft 8 Gewerbeeinheiten in der Kfz-Zulassungsstelle an Schilderprägebetriebe aufgrund eines mittels öffentlicher Ausschreibung erfolgenden Auswahlverfahrens mit einer Kombination von Qualitätsauswahl und Verlosung, so liegt hierin kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des GWB § 26 Abs. 2 (WettbewG) bzw. gegen UWG § 1 .

Fundstellen

KGR Berlin 1997, 70-72 (red. Leitsatz und Gründe)
NJWE-WettbR 1997, 113-114 (Leitsatz und Gründe)
WuW/E OLG 5787-5795 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Berlin, kein Datum verfügbar, Az: 16 O 435/96

Urteil des Schleswig-Holsteinischen OLG Kartellsenat vom 29.10.1996

6 U Kart 18/96

Normen: § 22 Abs. 1 WettbewG, § 26 Abs 2 WettbewG, § 35 WettbewG, § 1 UWG

Wettbewerbsbehindernde Vermietung von Geschäftsräumen durch Landkreis an Schilderpräger im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle

Orientierungssatz

Die Vermietung von Geschäftsräumen an bestimmte Kraftfahrzeug-Schilderprägeunternehmen auf dem Gelände der Kfz-Zulassungsstelle durch die öffentliche Hand stellt nicht von vornherein einen Verstoß gegen das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des GWB § 26 Abs 2 (WettbewG) dar. Der Landkreis behindert zwar als marktbeherrschendes Unternehmen andere Schilderprägeunternehmen in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr, jedoch geschieht dies nicht stets in unbilliger Weise oder ohne sachlich rechtfertigenden Grund.

Fundstellen

OLGR Schleswig 1997, 266-268 (red. Leitsatz und Gründe)
NJW-RR 1997, 1539-1541 (red. Leitsatz und Gründe)

Urteil des OLG Dresden 7. Zivilsenat vom 18.04.1996

7 U 2422/95

Normen: § 22 WettbewG, § 26 Abs 2 WettbewG, § 1 UWG

Wettbewerbsbeschränkung: Marktbeherrschende Stellung der Gebietskörperschaften bei der Vergabe von Standflächen für gewerbliche Schilderpräger

Orientierungssatz

1. Gebietskörperschaften haben bei der Vergabe von Standflächen auf dem Gelände der Kfz-Zulassungsstelle an gewerbliche Schilderpräger keine marktbeherrschende Stellung im Sinne des GWB § 22 (WettbewG). Ihnen kommt allenfalls eine marktstarke Stellung zu.
2. Auf den Schutz des Diskriminierungsverbotes des GWB § 26 Abs 2 S 2 können sich bundesweit tätige Unternehmen nicht berufen. Der Schutz des GWB § 26 Abs 2 erfaßt ausschließlich kleine und mittlere Unternehmen, die von marktstarken Unternehmen abhängig sind.
3. Die Absicht einer Gebietskörperschaft, an drei ortsansässige Unternehmen Standflächen auf dem Gelände der von ihr betriebenen Kfz-Zulassungsstelle zu vermieten, verstößt nicht gegen die guten Sitten im Sinne von UWG § 1 .

Fundstellen

WRP 1996, 911-916 (red. Leitsatz und Gründe)

NJW-RR 1997, 299-301 (Leitsatz und Gründe)

Urteil des OLG Karlsruhe Kartellsenat vom 13.12.1995

Schilderprägebetrieb

6 U 203/95 (Kart)

Normen: § 15 WettbewG, § 26 Abs 2 WettbewG, § 35 WettbewG

Wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Vermietung einer Gewerbefläche in der Kfz-Zulassungsstelle an privaten Schilderpräger; Anforderungen an das Ausschreibungsverfahren - Schilderprägebetrieb

Leitsatz

1. Zur Bestimmung des relevanten Marktes bei der Vermietung von Gewerbeflächen für Schilderprägebetriebe.
2. Eine Gebietskörperschaft, die Gewerbeflächen im Gebäude der Kfz- Zulassungsstelle an einen Schilderprägebetrieb vermieten möchte, kann hiervon nicht deswegen abgehalten werden, weil sie auf dem fraglichen Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und dem als Mieter ausgewählten Betrieb eine entsprechend günstige Position auf dem Kfz- Schildermarkt eingeräumt würde. In den Wettbewerb zwischen den Schilderprägern wird nur dann unzulässig eingegriffen, wenn für die Gewerberäume innerhalb der Zulassungsstelle keine dem Standortvorteil entsprechende Miete beansprucht wird.
3. Bei der gebotenen Ausschreibung kommt als Auswahlkriterium in erster Linie die Höhe des Mietzinses in Betracht, den der sich bewerbende Schilderpräger zu zahlen bereit ist.

1. Die Vermietung einer Gewerbefläche in der Kfz-Zulassungsstelle einer Gebietskörperschaft an einen privaten Schilderpräger stellt nicht von vorneherein einen unzulässigen Eingriff in den Leistungswettbewerb bzw eine Diskriminierung der anderen Anbieter dar.
2. Der Wettbewerb zwischen den Schilderträgern wird nur dann durch die Vermietung der Gewerberäume innerhalb der Zulassungsstelle beeinträchtigt, wenn hierfür keine dem Standortvorteil entsprechende Miete oder Pacht gezahlt wird. Ergibt sich dagegen im Hinblick auf höhere Kosten, die für den besseren Standort aufzuwenden sind, ein Gefälle bei den Verkaufspreisen der verschiedenen Anbieter und haben die außerhalb der Zulassungsstelle ansässigen Anbieter - wie es geboten ist - Gelegenheit, auf ihr (günstigeres) Angebot in der Zulassungsstelle hinzuweisen, so kann die Vermietung von Gewerbeflächen durch die Gebietskörperschaft nicht als ein mit dem Leistungswettbewerb nicht zu vereinbarender Eingriff in die Wettbewerbsordnung angesehen werden (so auch OLG Köln, 1990-10-26, 6 U 84/90, GRUR 1991, 381).
3. Bereits die öffentliche Ausschreibung der Gewerbefläche zur Vermietung muss die Gewähr dafür bieten, dass die spätere Auswahl des Mieters unter dem Blickwinkel des Leistungswettbewerbs der Schilderträger sachlich gerechtfertigt und damit nicht diskriminierend ist, und die Gefahr einer willkürlichen Auswahl ausgeschlossen ist. Soweit die Auswahl des Mieters nach den Ausschreibungsunterlagen davon abhängig sein soll, dass dieser sich hinsichtlich der Gestaltung seiner Verkaufspreise bindet, ist dies kein sachliches Auswahlkriterium, weil eine solche Preisbindung nach GWB § 15 (WettbewG) nichtig ist.

Fundstellen

WRP 1996, 447-451 (red. Leitsatz und Gründe)

WuW/E OLG 5615-5620 (red. Leitsatz und Gründe)

DZWir 1996, 474-477 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Mannheim, 2. August 1995, Az: 21 O 20/95

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Thomas Christian Paefgen, DZWir 1996, 478-482 (Entscheidungsbesprechung)

Jan Bernd Nordemann, WRP 1996, 383-385 (Entscheidungsbesprechung)

Rechtsprechung

So auch OLG Köln 6. Zivilsenat, 26. Oktober 1990, Az: 6 U 84/90

Tenor

1. Die Berufung des Verfügungsbeklagten gegen das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Mannheim vom 2. August 1995 - 21 O 20/95 - wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat der Verfügungsbeklagte zu tragen.

Tatbestand

Die Verfügungsklägerin ist ein bundesweit tätiges Unternehmen, das Schilder für Kraftfahrzeuge herstellt und verkauft. Sie unterhält in V. im Stadtteil X. in unmittelbarer Nähe der Kfz-Zulassungsstelle X. eine Schilderprägestelle. Der Verfügungsbeklagte ist der Schwarzwald-Baar-Kreis. Im Gebäude des Landratsamtes, in dem auch die Kfz-Zulassungsstelle untergebracht ist, befindet sich ein Raum, den der Verfügungsbeklagte an einen Schilderpräger, einen Wettbewerber der Verfügungsklägerin, vermietet. Der bestehende Mietvertrag läuft in Kürze aus. Der Verfügungsbeklagte kündigte daher im Staatsanzeiger vom 29.5.1995 die Ausschreibung der (Neu-)Vermietung des Raumes an.

Die Verfügungsklägerin hat vorgetragen, dass derjenige Anbieter von Kfz-Schildern, der sein Geschäft im Gebäude oder auf dem Gelände der Zulassungsstelle habe, gegenüber den Wettbewerbern, die mit ihrem Geschäft mehr oder weniger weit von der Zulassungsstelle entfernt lägen, einen uneinholbaren Wettbewerbsvorteil genieße. Den Kunden gehe es vor allem darum, die An- oder Ummeldung eines Fahrzeugs mit möglichst geringem Zeitaufwand zu bewerkstelligen. Dementsprechend habe auch ein Marktforschungsgutachten ergeben, dass in V. fast 100 % der Schilder bei dem im Gebäude des Landratsamtes ansässigen Anbieter erworben würden, obwohl noch andere Anbieter - neben der Verfügungsklägerin sind dies die nicht in unmittelbarer Nähe der Zulassungsstelle liegenden Firmen B. und M. - vorhanden seien. Die Verfügungsklägerin hat die Auffassung vertreten, dass die Vermietung von Räumen an lediglich einen oder zwei Anbieter eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber anderen Anbietern darstelle. Die Durchfüh-

Urteil des OLG Karlsruhe Kartellsenat vom 13.12.1995

Schilderprägebetrieb

6 U 203/95 (Kart)

Die Entscheidung über die Aufhebung der einstweiligen Verfügung einer Ausschreibung ändere hieran nichts, zumal die Ausschreibung im konkreten Fall die Auswahlkriterien nicht erkennen lasse und die Auswahl daher stets willkürlich bleiben müsse.

Das Landgericht hat es dem Verfügungsbeklagten auf den entsprechenden Hilfsantrag der Verfügungsklägerin im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Räume oder Flächen im Gebäude und/oder auf dem Grundstück des Landratsamtes des Schwarzwald-Baar-Kreises, in dem die Kfz-Zulassungsstelle untergebracht ist, an Kfz-Schilderträger ohne vorherige gleichförmige öffentliche Ausschreibung mit von vornherein festgelegten, transparenten, objektiven und strengen, d.h. von jedem Bewerber abstrakt erfüllbaren, Vergabekriterien zu vermieten oder sonstig zum Gebrauch zu überlassen.

Mit seinem Widerspruch hat der Verfügungsbeklagte die Ansicht vertreten, er verfüge nicht über eine marktbeherrschende Stellung. Der relevante Markt könne nicht auf das Gebäude der Zulassungsstelle beschränkt werden. Die Verfügungsklägerin habe bei ihren Ausführungen unberücksichtigt gelassen, dass die Zulassungsstelle in V. den Autohäusern bis zu 40 Nummern auf einmal zuwies; für die Beschaffung der entsprechenden Schilder stelle die unmittelbare Nähe des Schilderträgers zur Zulassungsstelle keinen Vorteil dar. Ziehe man die Grenzen des räumlichen Marktes - wie geboten - weiter, sei er keineswegs ohne Konkurrenz. Im übrigen habe er durch die Ausschreibung allen Interessenten die Chance einer Anmietung des entsprechenden Raumes geboten.

Die Verfügungsklägerin hat beantragt,

die einstweilige Verfügung zu bestätigen.

Der Verfügungsbeklagte hat beantragt,

die einstweilige Verfügung des Landgerichts Mannheim vom 26.6.1995 aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückzuweisen.

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung bestätigt. Hiergegen richtet sich die Berufung des Verfügungsbeklagten, mit der er seinen auf Aufhebung und Zurückweisung gerichteten Antrag weiterverfolgt. Zur Begründung führt er u.a. aus:

Das Landgericht habe die Grenzen des relevanten Marktes zu eng gezogen. In jedem Fall beziehe dieser Markt auch die in unmittelbarer Nähe zur Zulassungsstelle gelegenen Gebäude und Grundstücke ein. Damit zähle auch der Betrieb der Verfügungsklägerin zum relevanten Markt; somit sei der Verfügungsbeklagte dort nicht marktbeherrschend oder auch nur marktstark. Es herrsche in V. ein hinreichender Wettbewerb, was sich auch daraus ersehen lasse, dass von den etwa 14.150 Schilderpaaren, die 1994 in V. herzustellen

Urteil des OLG Karlsruhe Kartellsenat vom 13.12.1995

Schilderprägebetrieb

6 U 203/95 (Kart)

gewesen seien, nur 9.831 von dem damaligen Mieter des Verfügungsbeklagten, also von dem im Gebäude des Landratsamtes ansässigen Anbieter, gefertigt worden seien.

Ebenfalls zu Unrecht habe das Landgericht angenommen, dass das vom Verfügungsbeklagten angestrebte Ausschreibungsverfahren nicht geeignet sei, den Ausschluß der nichtberücksichtigten Anbieter zu rechtfertigen. Aus der Ausschreibung und den Vergabeunterlagen ergebe sich, dass die Auswahl aufgrund einer Reihe von objektiven und sachgerechten Kriterien (Höhe der umsatzbezogenen Miete, Bereitschaft zur Rücknahme alter Kennzeichen, Möglichkeit des Recycling, Verwendung moderner, umweltschonender Maschinen, angebotene Produktpalette) erfolgen werde. Soweit das Landgericht die Mietdauer nicht für angemessen gehalten habe, sei nicht erkennbar, worauf sich diese Bedenken stützten. Entsprechendes gelte hinsichtlich der ebenfalls beanstandeten Aufteilung der Miete in eine Grund- und eine umsatzbezogene Miete.

Die Verfügungsklägerin tritt der Berufung entgegen. Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

Hinsichtlich des weiteren Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Verfügungsbeklagten ist zulässig, aber nicht begründet.

I.

Der Verfügungsklägerin steht gemäß § 35 i.V.m. § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu.

1. Mit Recht hat das Landgericht die Normadressateneigenschaft des Verfügungsbeklagten bejaht. Ihm kommt auf dem hier relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung zu (§ 26 Abs. 2 S. 1 , § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB).

a) Maßgeblicher sachlicher Markt ist die Vermietung von Gewerbeflächen, die sich für den Betrieb eines Schilderprägers eignen. Räumlich ist dieser Markt auf das Landratsamt des Verfügungsbeklagten und die nähere Umgebung beschränkt.

Bei der Bestimmung des relevanten Marktes ist auf die Marktgegenseite, hier also auf die Anbieter von Kfz-Schildern abzustellen, die geeignete Gewerbeflächen für einen Prägebetrieb nachfragen und insofern als Mieter oder Pächter der Gewerbefläche im Landratsamt des Verfügungsbeklagten in Betracht kommen. In räumlicher Hinsicht sind in den relevanten Markt all diejenigen Standorte einzubeziehen, auf die die nachfragenden Schilderprä-

Urteil des OLG Karlsruhe Kartellsenat vom 13.12.1995

Schilderprägebetrieb

6 U 203/95 (Kart)

ger im Sinne einer funktionalen Austauschbarkeit ausweichen könnten, wenn sie im Rahmen der Ausschreibung des Verfügungsbeklagten nicht zum Zuge kommen.

Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe müssen zunächst Gewerbeflächen unberücksichtigt bleiben, die sich in oder in der Nähe von anderen Kfz-Zulassungsstellen befinden. Zwar ist die Verfügungsklägerin bundesweit tätig und kann, wenn sie an einem Standort keine angemessenen Räume findet, auf andere Standorte ausweichen. Diese Eigenschaft der Verfügungsklägerin ist indessen für den fraglichen Markt nicht typisch. Abgesehen von der Verfügungsklägerin handelt es sich in der Regel um kleinere, örtlich gebundene Betriebe, für die allenfalls die Eröffnung eines Filialbetriebes bei einer anderen Zulassungsstelle in der näheren Umgebung in Betracht kommen mag, die aber in ihren geschäftlichen Aktivitäten im wesentlichen auf den Raum Villingen-Schwenningen beschränkt sind. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Vortrag des Verfügungsbeklagten.

Ferner sind bei der Bestimmung des räumlichen Marktes nur solche Gewerbeflächen zu berücksichtigen, die in oder in unmittelbarer Nähe des Landratsamts liegen. Es liegt auf der Hand, dass der einzelne Bürger, der sein Fahrzeug an- oder ummeldet und daher neue Kfz- Kennzeichen benötigt, die entsprechenden Schilder in unmittelbarer Nähe der Zulassungsstelle erwerben möchte, weil er auf deren Dienste vor und nach dem Erwerb der neuen Schilder angewiesen ist. Er lässt daher von vornherein diejenigen Anbieter außer Betracht, die sich nicht in bequemer Nähe zur Zulassungsstelle befinden. Entsprechend kommen auch für den Schilderpräger nur solche Gewerbeflächen in Frage, die sich in oder in unmittelbarer Nähe der Zulassungsstelle befinden.

Der Umstand, dass es in V. zwei Anbieter von Kfz-Schildern gibt (die Firmen B. und M.), die ihren Betrieb nicht in der Nähe der Zulassungsstelle haben, steht dieser Erwägung nicht entgegen. Aus dem Parteivorbringen ergibt sich, dass diese Anbieter nicht die Laufkundschaft, also nicht den einzelnen Bürger bedienen, der sein Fahrzeug an- oder ummeldet. Sie sind vielmehr in erster Linie, wenn nicht ausschließlich, für Autohäuser tätig, denen bis zu 40 Kennzeichen-Nummern gebündelt zugewiesen werden, so dass die entsprechenden Schilder vor dem Besuch der Zulassungsstelle geprägt und gemeinsam an den Autohändler geliefert werden können. Für die Geschäftstätigkeit der Verfügungsklägerin, die die Nachfrage auch der Laufkundschaft befriedigen möchte, kommen dagegen entfernt gelegene Gewerbeflächen als Ausweichmöglichkeit nicht in Betracht. Auch der Verfügungsbeklagte möchte als Mieter oder Pächter einen Anbieter gewinnen, der gerade für die einzelnen Bürger in Betracht kommt.

Dagegen kann der räumlich relevante Markt nicht auf das Gebäude oder das Gelände des Landratsamtes begrenzt werden. Auch wenn der dort ansässige Anbieter einen nicht zu leugnenden Wettbewerbsvorteil hat, ist seine Leistung für den einzelnen Kunden noch funktional austauschbar mit dem Angebot eines Wettbewerbers, der seinen Betrieb in unmittelbarer Nähe hat und der in ein oder zwei Minuten zu Fuß zu erreichen ist. Entspre-

Urteil des OLG Karlsruhe Kartellsenat vom 13.12.1995

Schilderprägebetrieb

6 U 203/95 (Kart)

chend diesem zu erwartenden Kundenverhalten bezieht auch der Schilderpräger, der eine Gewerbefläche für Fertigung und Verkauf sucht, die benachbarten oder gegenüberliegenden Gebäude noch in seine Nachfrageentscheidung mit ein, auch wenn die Fläche im Landratsamt für ihn vorzugswürdig ist.

b) Der Verfügungsbeklagte verfügt indessen über eine marktbeherrschende Stellung, weil ihm in dem relevanten Markt dank der hervorgehobenen Lage der zu vermietenden Gewerbefläche gegenüber den anderen Anbietern geeigneter Flächen eine überragende Marktstellung zukommt.

Zu berücksichtigen ist zunächst, dass die Zahl der in Betracht kommenden Gewerbeflächen von vornherein beschränkt ist. Unter den wenigen Anbietern kommt dem Verfügungsbeklagten naturgemäß eine besondere Stellung zu. Denn er bietet eine Gewerbefläche an, die für den Schilderpräger gegenüber allen anderen Standorten unschätzbare Vorteile aufweist. Der Bürger, der sein Fahrzeug an- oder ummeldet, möchte - dies hat die Verfügungsklägerin überzeugend dargelegt und entspricht auch der allgemeinen Lebenserfahrung - den Vorgang möglichst rasch abschließen. Da er die Zulassungsstelle vor und nach dem Erwerb der Schilder zur Zuteilung der Kennzeichen-Nummer und zum Abstempeeln des Kennzeichens aufsuchen muss, wird er in der Regel den nächstgelegenen Anbieter auswählen. Hinzu kommt, dass der Kunde, der ein Kfz-Schild benötigt, nicht übermäßig preisbewußt ist, weil es sich um die Deckung eines einmaligen Bedarfs handelt. Diese Vorteile lassen sich auch in dem Marktanteil ablesen, über den der bisherige Mieter des Verfügungsbeklagten verfügt: Nach den Zahlenangaben in der Berufungsbegründung hat dieser Anbieter mehr als zwei Drittel aller Kfz-Schilder in V. verkauft, wobei die von den Autohändlern bezogenen Schilder eingerechnet sind.

Diese Marktstellung des Schilderprägers, der sein Geschäft im Landratsamt hat, schlägt sich in einer entsprechenden überragenden Marktstellung des Verfügungsbeklagten bei der Vermietung nieder und begründet dort die Marktbeherrschung im Sinne von § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB .

2. Dass es sich bei der Vermietung der in Rede stehenden Fläche des Landratsamtes um einen Geschäftsverkehr handelt, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, bedarf keiner weiteren Begründung.

3. Im Ergebnis mit Recht hat das Landgericht angenommen, dass die vom Verfügungsbeklagten angekündigte Ausschreibung zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung der Verfügungsklägerin gegenüber anderen Schilderprägern führt. Es steht außer Frage, dass als Ergebnis der Ausschreibung eine Ungleichbehandlung der Verfügungsklägerin droht, wenn sie nicht als Mieterin der betreffenden Gewerbefläche ausgewählt wird. Ob diese drohende Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist oder nicht, ist im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung zu ermitteln. Im Streitfall steht eine unsachliche Diskriminierung der Verfügungsklägerin zu befürchten. Denn die Kriterien, nach denen der

Urteil des OLG Karlsruhe Kartellsenat vom 13.12.1995

Schilderprägebetrieb

6 U 203/95 (Kart)

Verfügungsbeklagte über die Vergabe der Mietfläche entscheiden will, sind unklar und nicht nachprüfbar.

a) Die Gesichtspunkte, die dagegen sprechen, dass Gebietskörperschaften wie der Verfügungsbeklagte Gewerberäume innerhalb oder auf dem Gelände einer Zulassungsstelle vermieten, liegen auf der Hand: Mit der Vermietung wird massiv in den Wettbewerb der Schilderpräger eingegriffen. Wie bereits dargelegt, erhält der in der Zulassungsstelle oder auf ihrem Gelände untergebrachte Betrieb einen deutlichen Wettbewerbsvorsprung gegenüber den Konkurrenten, deren Fertigungs- und Verkaufsstätten - wenngleich nur wenige Gehminuten entfernt - in der Nachbarschaft liegen. Dieser Standortvorteil führt fast notgedrungen auf dem Absatzmarkt für Kfz-Schilder zu einer marktbeherrschenden Stellung des jeweiligen in der Zulassungsstelle befindlichen Anbieters. Muss er für die angemieteten Räume den auch sonst üblichen Mietzins zahlen, kann ein Ausgleich zugunsten des benachteiligten Wettbewerbers auch nicht über den Preis erfolgen, zumal die - Kfz-Schilder nachfragenden - Kunden in der Regel wenig preisbewußt sind und sich ihnen kaum eine Möglichkeit für einen Preisvergleich bietet.

b) Zur Rechtfertigung der Vermietung von Gewerbeflächen an einen Schilderpräger wird in der Regel auf die Erleichterung des Zulassungsverfahrens für die Bürger hingewiesen. Diesem Gesichtspunkt kommt durchaus Gewicht zu. Auch bei der hoheitlichen Verwaltung wird heute der Dienstleistungsgedanke immer stärker betont. Dabei wird versucht, die Verwaltungsabläufe im Sinne der Bürgernähe in der Weise zu optimieren, dass dem Bürger lange Wartezeiten und unnötige Gänge erspart bleiben. Für den Halter eines an- oder umzumeldenden Kraftfahrzeugs, der zwischen zwei Vorsprachen bei der Zulassungsstelle Kfz-Schilder erwerben muss, stellt es unzweifelhaft einen Vorteil dar, wenn sich im Gebäude der Zulassungsstelle eine Schilderprägestelle befindet, wo er - möglicherweise zu einem etwas höheren Preis als draußen - die benötigten Kennzeichen mit möglichst geringem Zeitaufwand kaufen kann. In anderen Fällen als im Streitfall kommt hinzu, dass eine Versorgung mit Schildern in der Nähe der Zulassungsstelle zunächst nicht gewährleistet erscheint (vgl. LG München I, Urt. v. 18.10.1995 - 7 HKO 14899/95 : Kfz-Zulassungsstelle Grasbrunn bei München; ferner Senat, WRP 1995, 857 - Schilderverkauf im Bürgeramt). Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Schilderverkauf, selbst wenn ihn die Gebietskörperschaft selbst übernimmt, ein typisches Hilfsgeschäft zu den hoheitlichen Aufgaben der Fahrzeugzulassung darstellt, das die Rechtsprechung auch in der Vergangenheit nicht als unzulässig angesehen hat (vgl. BGH GRUR 1974, 733 - Schilderverkauf; OLG Hamm NJW-RR 1992, 1071 ; OLG Köln GRUR 1991, 381 - Kfz-Schilder; Senat, WRP 1995, 857 - Schilderverkauf im Bürgeramt, jeweils unter dem Blickwinkel eines Wettbewerbsverstoßes nach § 1 UWG ; strenger unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten Immenga, NJW 1995, 1921 , 1922 ff.).

Dem Interesse der Gebietskörperschaft, durch die Vermietung vorhandener und anderweitig nicht benötigter Flächen zusätzliche Einnahmen zu erwirtschaften, kommt demgegen-

Urteil des OLG Karlsruhe Kartellsenat vom 13.12.1995

Schilderprägebetrieb

6 U 203/95 (Kart)

über keine eigenständige Bedeutung zu. Die in der Diskussion ebenfalls angeführten strukturpolitischen Ziele, etwa die Bevorzugung eines örtlichen Anbieters im Interesse einer regionalen Wirtschaftsförderung (referiert von Immenga, NJW 1995, 1921 , 1926), können den Eingriff in das Wettbewerbsgeschehen von vornherein nicht rechtfertigen und müssen daher außer Betracht bleiben.

c) Nach Auffassung des Senats muss das Ziel der Gewährleistung eines zügigen Zulassungsverfahrens nicht um jeden Preis gegenüber dem Interesse an einem unbeeinflussten Wettbewerb zurücktreten (so aber offenbar OLG Rostock, Urt. v. 18.10.1995 - 2 U 49/95 , Anl. BB1; BG Dresden, Urt. v. 12.8.1992 - U 47/92 StH; Immenga, NJW 1995, 1921 , 1926). Hierfür sind folgende Gesichtspunkte maßgeblich:

Greift die öffentliche Hand nicht durch Vermietung einer Gewerbefläche in den Wettbewerb ein, so führt dies in erster Linie zu einer Bevorzugung desjenigen Anbieters, der der Zulassungsstelle am nächsten liegt. Er genießt dann gegenüber den auch nur geringfügig ferner liegenden Anbietern dieselben Vorteile, die der auf dem Gelände der Zulassungsstelle befindliche Wettbewerber ihm gegenüber hätte. Derartige Standortvorteile kommen freilich auch sonst häufig vor. Sie gleichen sich in einer funktionierenden Wettbewerbsordnung im allgemeinen dadurch aus, dass für den besseren Standort eine höhere Miete oder Pacht gezahlt werden muss, die sich letztlich in höheren Verkaufspreisen niederschlagen wird. Auf den Streitfall bezogen läßt sich aus dieser Erwägung der Schluß ziehen, dass der Wettbewerb zwischen den Schilderprägern nur dann durch die Vermietung der Gewerberäume innerhalb der Zulassungsstelle beeinträchtigt wird, wenn hierfür keine dem Standortvorteil entsprechende Miete oder Pacht gezahlt wird. Ergibt sich dagegen im Hinblick auf höhere Kosten, die für den besseren Standort aufzuwenden sind, ein Gefälle bei den Verkaufspreisen der verschiedenen Anbieter und haben die außerhalb der Zulassungsstelle ansässigen Anbieter - wie es geboten ist - Gelegenheit, auf ihr (günstigeres) Angebot in der Zulassungsstelle hinzuweisen, so kann die Vermietung von Gewerbeflächen durch die Gebietskörperschaft nicht als ein mit dem Leistungswettbewerb nicht zu vereinbarender Eingriff in die Wettbewerbsordnung angesehen werden.

d) Ist die Vermietung der Gewerberäume durch den Verfügungsbeklagten an einen Schilderpräger nicht von vornherein als eine Diskriminierung der anderen Anbieter anzusehen, so muss durch eine öffentliche Ausschreibung sichergestellt werden, dass die Auswahl nach sachgerechten Kriterien erfolgt (vgl. zur Notwendigkeit einer Ausschreibung BGHZ 101, 72 , 82 f. - Krankentransporte; OLG Düsseldorf WuW/E OLG 2274, 2280 f. - Fernmeldetürme; OLG München, Urt. v. 15.12.1994 - U (K) 5265/94, S. 10; Roland, WRP 1988, 291). Das vom Verfügungsbeklagten durchgeführte Ausschreibungsverfahren trägt dem nicht in jeder Hinsicht Rechnung.

Da eine Repartierung nicht in Frage kommt und auch eine Rotation unter Einbeziehung aller Interessenten wegen der hohen Zahl und der mit der Einrichtung einer entsprechen-

Urteil des OLG Karlsruhe Kartellsenat vom 13.12.1995

Schilderprägebetrieb

6 U 203/95 (Kart)

den Fertigungsstätte verbundenen Investitionen ausgeschlossen erscheint (vgl. hierzu Immenga, NJW 1995, 1921, 1926), muss durch eine entsprechende Vertragsdauer sichergestellt werden, dass auch andere Wettbewerber als Mieter der Gewerbefläche zum Zuge kommen können. Die vom Verfügungsbeklagten vorgesehene Vertragsdauer von vier Jahren erscheint insofern angemessen, weil sie einerseits eine Amortisation der erforderlichen Investitionen erlaubt und andererseits dem nichtberücksichtigten Bewerber eine neue Chance innerhalb eines noch überschaubaren Zeitraumes verspricht.

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass als Auswahlkriterium in erster Linie der angebotene Mietzins (im Streitfall die Umsatzbeteiligung) in Betracht kommt. Dem Verfügungsbeklagten kann es darüber hinaus nicht verwehrt werden, auf die Leistungsfähigkeit des ausgewählten Bewerbers besonders zu achten und einen Bewerber auszuschließen, der ihm insofern keine Gewähr für eine erfolgreiche Zusammenarbeit bietet. Soweit der Verfügungsbeklagte weitere Gesichtspunkte genannt hat, von denen er die Auswahlentscheidung abhängig machen möchte (Bereitschaft zur Rücknahme alter Kennzeichen, Möglichkeit des Recycling, Verwendung moderner, umweltschonender Maschinen, angebotene Produktpalette), besteht jedoch die Gefahr einer willkürlichen Auswahl. Denn die Ausschreibung sieht zu diesen Punkten weder eine Leistungsbeschreibung vor noch verlangt sie von den Bewerbern, ihre Leistungsfähigkeit hierzu darzulegen.

Der den Ausschreibungsunterlagen beigefügte Entwurf eines Mietvertrages enthält lediglich zwei Variable: zum einen ist dies die Umsatzbeteiligung (§ 3 Abs. 1), zum anderen sind es die Verkaufspreise, die nach § 3 Abs. 4 des Mietvertrages nur in Grenzen erhöht werden dürfen. Soweit auch hiervon die Auswahlentscheidung abhängig gemacht werden soll, handelt es sich ebenfalls um ein sachlich nicht gerechtfertigtes Kriterium. Denn die Vereinbarung bestimmter Verkaufspreise ist ebenso wie das Verbot von Preiserhöhungen nach § 15 GWB nichtig.

Möchte der Verfügungsbeklagte, dass der Mieter bestimmte Anforderungen in Bezug auf das Recycling erfüllt, bei den Maschinen einen bestimmten Mindeststandard an Umweltverträglichkeit einhält und eine bestimmte Produktpalette anbietet, so hätte es sich angeboten, dass er diese Anforderungen in die Ausschreibung und in den Vertrag als Verpflichtungen aufnimmt. Dies ist nicht geschehen. Unter den gegebenen Umständen sind die Vergabekriterien nicht von vornherein festgelegt und nicht hinreichend transparent. Die Ausschreibung bietet daher keine Gewähr für eine sachlich gerechtfertigte und damit nichtdiskriminierende Auswahl.

II.

Nach allem ist die Berufung des Verfügungsbeklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Beschluß

423/487

Urteil des OLG Karlsruhe Kartellsenat vom 13.12.1995

Schilderprägebetrieb

6 U 203/95 (Kart)

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 70.000 DM festgesetzt.

Beschluss des OLG Stuttgart

Kartellsenat vom 12.12.1995

2 W (Kart) 62/95

Normen: § 22 WettbewG, § 26 Abs 2 WettbewG, § 1 UWG

Kartellrecht: Vermietung von Räumen an Kfz-Schilderträger in der Kfz-Zulassungsstelle als Kartellrechts- bzw Wettbewerbswidrigkeit

Orientierungssatz

1. Ein Landkreis ist als Vermieter von Gewerberäumen für Kraftfahrzeugkennzeichenträger in dem Gebäude der Kraftfahrzeugzulassungsstelle oder in einem Nebengebäude marktbeherrschend im Sinne des GWB § 22 Abs 1 Nr 2 (WettbewG), weil er im Verhältnis zu anderen Vermietern derartiger Räume eine überragende Marktstellung besitzt.

2. Der Landkreis behindert die außerhalb seiner Gebäude tätigen Kfz-Schilderträger nicht unbillig dadurch, dass er in einem Nebengebäude der Kfz-Zulassungsstelle zwei Gewerberäume an zwei Kfz-Schilderträger vermietet, diesen dort lediglich die Herstellung und den Verkauf von Kfz-Schildern erlaubt, die Räume durch eine öffentliche Ausschreibung vergibt, die Mietverträge nicht so langfristig abschließt, dass andere Mitbewerber auf Dauer ausgeschlossen sind, und in den Räumen der Zulassungsstelle deutlich auf die Möglichkeit hinweist, die Kfz-Schilder auch bei den außerhalb der Gebäude des Landkreises (in relativer räumlicher Nähe) ansässigen Schilderträgern zu erwerben.

Fundstellen

WRP 1996, 369-370 (red. Leitsatz und Gründe)

NJW-RR 1996, 1003-1004 (Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Abweichung OLG Stuttgart Kartellsenat, 28. Februar 1997, Az: 2 U (Kart) 208/96

Literaturnachweise

Jan Bernd Nordemann, WRP 1996, 383-385 (Entscheidungsbesprechung)

Tenor

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Vorsitzenden der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stuttgart vom 13.11.1995 wird

zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Beschwerdewert: 100.000,-- DM.

Gründe

I.

Der Antragsgegner, ein Landkreis, hat im Oktober 1995 die Neuvermietung von Räumlichkeiten zum Betrieb von zwei Prägestellen für Kfz-Kennzeichenschilder zum 01.01.1996 in den im Landkreis erscheinenden Tageszeitungen ausgeschrieben. Die Räumlichkeiten für die beiden Prägestellen mit einer Nutzfläche von je ca. 11 qm befinden sich in einem Nebengebäude in unmittelbarer Nähe der Kraftfahrzeugzulassungsstelle des Landratsamtes. Das Mietverhältnis soll auf unbestimmte Zeit begründet werden, wobei von Zeit zu Zeit die Neuausschreibung überprüft werden soll. In den Prägestellen dürfen nur Kraftfahrzeugkennzeichenschilder hergestellt und verkauft werden. Andere Tätigkeiten dürfen in den zu vermietenden Räumlichkeiten nicht ausgeübt werden. Die maschinelle Einrichtung der Prägestelle ist Sache des Mieters. In der Kraftfahrzeugzulassungsstelle werden jährlich

Beschluss des OLG Stuttgart Kartellsenat vom 12.12.1995 2 W (Kart) 62/95

ca. 13.000 Vorgänge abgewickelt, die mit der Vergabe neuer Kennzeichen verbunden sind. Der Antragsgegner denkt an eine Umsatzmiete, neben der Nebenkosten gesondert erhoben werden.

Die Antragstellerin ist bundesweit mit der Herstellung und dem Vertrieb von Kraftfahrzeugkennzeichen beschäftigt. Sie beabsichtigt, am Sitz des Landratsamtes eine Schilderprägestelle zu eröffnen und hat in der Nähe des Landratsamtes Räume angemietet. Die Antragstellerin hat sich an der Ausschreibung des Antragsgegners nicht beteiligt.

Die Antragstellerin sieht in der Vermietung von Räumen auf dem Grundstück des Antragsgegners, auf dem die Kraftfahrzeugzulassungsstelle untergebracht ist, an Kraftfahrzeugschilderpräger einen Verstoß gegen § 26 II GWB und § 1 UWG .

Sie hat deshalb beantragt,

dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Räume oder Flächen im Gebäude oder auf dem Grundstück des ... kreises in ..., in dem die Kraftfahrzeugzulassungsstelle untergebracht ist, an Kraftfahrzeugschilderpräger zu vermieten oder sonstig zum Gebrauch zu überlassen oder derartige Räume oder Flächen zur Gebrauchsüberlassung auszuschreiben.

Durch Beschluss vom 13.11.1995 hat der Vorsitzende der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stuttgart den Verfügungsantrag zurückgewiesen, weil in der Vermietung von Räumen im Bereich der Kraftfahrzeugzulassungsstelle an Kraftfahrzeugschilderpräger allein weder eine unbillige Behinderung der Antragstellerin nach § 26 II GWB noch die unlautere Förderung fremden Wettbewerbs nach § 1 UWG zu sehen sei.

Dagegen hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt mit dem Antrag

den angefochtenen Beschluss zu ändern und dem Antragsgegner unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Räume oder Flächen im Gebäude oder auf dem Grundstück des Landkreises, in dem die Kraftfahrzeugzulassungsstelle untergebracht ist, an Kraftfahrzeugschilderpräger zu vermieten oder sonstig zum Gebrauch zu überlassen oder derartige Räume oder Flächen zur Gebrauchsüberlassung auszuschreiben.

Der Senat hat den Antragsgegner schriftlich angehört. Der Antragsgegner hat mitgeteilt, dass er inzwischen über die Vergabe der beiden Kraftfahrzeugprägestellen entschieden und dies den beiden zum Zuge gekommenen Bewerbern mitgeteilt habe.

Der Antragsgegner beantragt

die Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin hat keinen Erfolg. Der Verfügungsanspruch ist nicht dargetan.

Da sich die Antragstellerin nicht um einen der vom Antragsgegner ausgeschriebenen Räume für den Verkauf von Kraftfahrzeugkennzeichen beworben hat, wäre sie nicht dadurch in ihren Rechten verletzt und deshalb auch nicht anspruchsberechtigt, wenn die Antragsgegnerin bei der Ausschreibung einen Beteiligten unbillig oder wettbewerbswidrig benachteiligt hätte. Die Antragstellerin könnte nur dann unmittelbar verletzt sein, wenn der Antragsgegner schon dadurch wettbewerbs- oder kartellrechtswidrig handeln würde, dass er in seinem Verwaltungsgebäude überhaupt Räume an Träger von Kraftfahrzeugkennzeichen vermietet und dabei nicht alle Interessenten berücksichtigt. Das ist indessen nicht dargetan.

Der Antragsgegner ist zwar als Vermieter von Gewerberäumen für Kraftfahrzeugschilderträger in dem Gebäude der Kraftfahrzeugzulassungsstelle oder in einem Nebengebäude marktbeherrschend. Der Antragsgegner behindert durch die Vergabe solcher Gewerberäume diejenigen Kraftfahrzeugschilderträger, die bei der Vergabe nicht zum Zuge gekommen sind, und auch solche, die sich an der Ausschreibung nicht beteiligt haben, aber in größerer Entfernung von der Kraftfahrzeugzulassungsstelle Geschäftsräume unterhalten. Dem Tatsachenvortrag der Antragstellerin läßt sich aber nicht entnehmen, dass die Behinderung dieser Kraftfahrzeugschilderträger unbillig i.S.v. § 26 Abs. 2 GWB und damit auch wettbewerbswidrig i.S.v. § 1 UWG ist.

Der Antragsgegner ist als Vermieter von Gewerberäumen für Kraftfahrzeugkennzeichenträger in dem Gebäude der Kraftfahrzeugzulassungsstelle oder in einem Nebengebäude marktbeherrschend i.S.v. § 22 I Nr. 2 GWB, weil er im Verhältnis zu anderen Vermietern derartiger Räume eine überragende Marktstellung hat. Der Markt wird durch die räumliche Nähe des Kraftfahrzeugschilderträgers zur Kraftfahrzeugzulassungsstelle bestimmt, weil die Personen, die ein Kraftfahrzeug zur Zulassung anmelden, das Zulassungsverfahren möglichst rasch beenden wollen und deshalb zum Erwerb des Kennzeichenschildes, der verfahrensbedingt zwischen der Zuteilung des Kennzeichens und der Abstempelung des Kennzeichenschildes liegen muss, keine langen Wege zurücklegen wollen und kein großes Gewicht auf den Preis des Kennzeichens legen. Deshalb nimmt das Interesse am Anmieten von Räumen für Kraftfahrzeugkennzeichenträger mit der Entfernung von der Kraftfahrzeugzulassungsstelle stark ab. Hat sich im Gebäude der Zulassungsstelle oder in einem Nebengebäude ein Kraftfahrzeugkennzeichenträger niedergelassen, besteht selbst in der näheren Umgebung kaum noch Interesse an Räumen für denselben Zweck. Deshalb behindert der Antragsgegner die Antragstellerin und andere Kraftfahrzeugkennzeichenträger, die sich in der Nähe der Kraftfahrzeugzulassungsstelle niedergelassen haben, wenn er im Gebäude der Zulassungsstelle oder in einem Nebengebäude Gewerberäume an Kraftfahrzeugschilderträger vermietet (vgl. Immenga NJW 1995, 1921, 1925).

Diese Behinderung ist hier aber nicht unbillig. Bei der zur Entscheidung dieser Frage vorzunehmenden umfassenden Interessenabwägung spricht für den Antragsgegner sein Interesse und das der Kunden der Zulassungsstelle, das Zulassungsverfahren möglichst rasch und bequem abzuwickeln. Wenn der Gesetzgeber ein Zulassungsverfahren vorschreibt, sind die ausführenden Behörden gehalten, dieses Verfahren möglichst bürgerfreundlich auszugestalten. Für den Antragsgegner spricht auch, dass er durch die Vermietung der Räume Einnahmen erzielen kann. Zugunsten der Antragstellerin und der anderen Kraftfahrzeugkennzeichenpräger, die nicht Räume des Antragsgegners mieten können, spricht, dass ihre Chance, Kraftfahrzeugkennzeichen zu verkaufen, durch das Verhalten des Antragsgegners beeinträchtigt wird. Bei dieser Interessenabwägung fällt entscheidend ins Gewicht, dass auch beim Fehlen von Gewerberäumen im Gebäude der Zulassungsstelle oder in einem Nebengebäude nicht alle Kraftfahrzeugkennzeichenpräger von privaten Anbietern Gewerberäume in etwa der gleichen Entfernung von der Kraftfahrzeugzulassungsstelle anmieten können. Vielmehr werden auch in diesem Fall einige Kraftfahrzeugkennzeichenpräger in größerer Nähe zur Zulassungsstelle arbeiten können als andere und deshalb einen erheblichen Wettbewerbsvorsprung vor ihren Mitbewerbern haben. Daher verändert ein Landkreis die Wettbewerbsverhältnisse nicht grundlegend, wenn er im Gebäude der Zulassungsstelle oder in einem Nebengebäude Räume für Kraftfahrzeugschilderpräger zur Verfügung stellt. Dieser Eingriff in den Wettbewerb hat allenfalls die Wirkung, dass andere Kraftfahrzeugschilderpräger bessere Marktchancen erhalten, als es sonst der Fall wäre. Dies ist jedenfalls dann keine wesentliche Beeinträchtigung der Freiheit des Wettbewerbs, wenn der Landkreis wie hier die Räume durch öffentliche Ausschreibung vergibt und die Mietverträge nicht so langfristig abschließt, dass andere Interessenten auf Dauer ausgeschlossen sind.

Im vorliegenden Fall spricht auch zugunsten des Antragsgegners, dass er Räume für zwei Kraftfahrzeugkennzeichenpräger zur Verfügung stellt, sodass nicht nur ein einzelner das Geschäft machen kann. Dazu kommt, dass die Räume nicht unmittelbar neben der Kraftfahrzeugzulassungsstelle liegen, sondern sich in einem Nebengebäude befinden. Der Kennzeichenkäufer muss also das Gebäude der Kraftfahrzeugzulassungsstelle verlassen, bevor er einen Schilderpräger erreicht. Dadurch erhöht sich die Aussicht der in der Nähe des Landratsamtes tätigen Mitbewerber auch Kennzeichenschilder zu verkaufen. Im vorliegenden Fall sind Mitbewerber in einer Entfernung von weniger als 100 m von der Kraftfahrzeugzulassungsstelle tätig. Da deren Geschäftsräume von der Kraftfahrzeugzulassungsstelle aus somit in weniger als 5 Minuten zu erreichen sind, werden jedenfalls Personen, die öfter Kraftfahrzeuge anmelden von einem günstigen Angebot solcher Wettbewerber Gebrauch machen. Die außerhalb des Landratsamtes ansässigen Kfz-Kennzeichenpräger haben auch Anspruch darauf, dass der Antragsgegner in den Räumen der Zulassungsstelle unübersehbar auf die Möglichkeit hinweist, Kfz-Kennzeichen bei ihnen zu erwerben. Die Benachteiligung dieser Schilderpräger wird auch dadurch gemindert, dass der Antragsgegner seinen Mietern in den vermieteten Räumen nur die Herstellung und den Verkauf von Kraftfahrzeugkennzeichen gestattet und andere Tätigkeiten nicht zulässt.

Beschluss des OLG Stuttgart Kartellsenat vom 12.12.1995 2 W (Kart) 62/95

Der Gefahr, dass die Kraftfahrzeugkennzeichenpräger in den Räumen des Antragsgegners eine etwaige marktbeherrschende Stellung für eine mißbräuchliche Preisgestaltung ausnützen, kann durch die Mißbrauchsaufsicht der gegebenenfalls vom Antragsgegner einzuschaltenden Kartellbehörde nach § 22 GWB begegnet werden. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass sich der Antragsgegner schon im Ausschreibungsverfahren die Kennzeichenpreise angeben läßt. Darin kann ein Indiz für einen Verstoß gegen § 15 GWB nicht gesehen werden. Die Freiheit der Preisgestaltung der Mieter des Antragsgegners ist durch § 22 IV GWB eingeschränkt, wenn die Mieter marktbeherrschend sind.

Der geltend gemachte Verfügungsanspruch besteht daher nicht. Zur Zeit besteht auch kein Anlass, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Verfügung zu verpflichten, in den Räumen der Kraftfahrzeugzulassungsstelle auf die Möglichkeit hinzuweisen, Kraftfahrzeugkennzeichenschilder auch bei den außerhalb des Landratsamtes tätigen Schilderträgern zu erwerben. Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass sich der Antragsgegner einem solchen Verlangen der Antragstellerin verschließen würde, wenn er nicht den Hinweis ohnehin schon von sich aus gibt.

Nach § 97 I ZPO trägt der Antragsteller die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels.

Urteil des OLG Rostock 2. Zivilsenat vom 18.10.1995

2 U 49/95

Normen: § 1 UWG, § 22 WettbewG, § 26 Abs 2 S 1 WettbewG, § 26 Abs 2 S 2 WettbewG

Wettbewerbsbeschränkung und Wettbewerbsverstoß durch Überlassung von Räumen im Gebäude einer Kfz-Zulassungsstelle an einen privaten Kfz-Kennzeichenhersteller

Orientierungssatz

1. Wenn ein - städtisches - Unternehmen, das die Räumlichkeiten für eine Kfz-Zulassungsstelle beschafft und sie an die Stadt vermietet hat, in demselben Gebäude auch Räume an nur einen von mehreren Kfz-Kennzeichenhersteller vermietet, stellt dies eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung der anderen Mietinteressenten dar, denn der Vermieter von Geschäftsräumen im Gebäude der städtischen Kfz-Zulassungsstelle ist insofern marktbeherrschend als er einziger Anbieter solcher Räumlichkeiten in derartiger Nähe zur Zulassungsstelle ist.

2. Auch eine sachliche Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung mehrerer Schilderhersteller ist nicht erkennbar. Es ist zum einen nicht zwingend, dass der Schilderverkauf bei Zulassung weiterer Unternehmen in der Zulassungsstelle oder in der Nachbarschaft nur noch "wild" und nicht mehr in geordneten Formen abläuft. Zum anderen sind solche Ordnungsvorstellungen nicht für das Vermietungsunternehmen, das mit der Vermietung von Räumlichkeiten keine öffentlichen Aufgaben wahrnimmt, maßgeblich, sondern können allenfalls für eine Ordnungsbehörde relevant werden.

3. Die nicht gerechtfertigte Diskriminierung stellt gleichzeitig einen Verstoß gegen UWG § 1 dar. Wird die marktbeschränkende Vorschrift des GWB § 26 Abs 2 (juris: WettbewG) verletzt, so ist die Sittenwidrigkeit im Sinne des UWG § 1 indiziert (Anschluß BGH, 1987-06-26, KZR 13/85, BGHZ 101, 72).

Das Vermietungsunternehmen kann sich zur Rechtfertigung auch nicht - auf den anders gelagerten Fall - berufen, dass der Schilderverkauf durch die Zulassungsstelle selbst erfolgt (Abgrenzung BGH, 1974-04-26, I ZR 8/73, NJW 1974, 1333).

4. Ebenso geht der Hinweis fehl, dass mit dem privaten Wettbewerber bereits ein Mietvertrag geschlossen worden ist, denn es liefe dem Normzweck der GWB § 26 Abs 2 und UWG § 1 zuwider, wenn das Verbot wettbewerbswidrigen Verhaltens durch den langfristigen Abschluss eines diskriminierenden Vertrages ausgehöhlt werden könnte.

Fundstellen

WRP 1996, 465-468 (red. Leitsatz und Gründe)

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Anschluß Thüringer Oberlandesgericht 2. Zivilsenat, 29. April 1998, Az: 2 U 1852/97

Literaturnachweise

Jan Bernd Nordemann, WRP 1996, 383-385 (Entscheidungsbesprechung)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Anschluß BGH Kartellsenat, 26. Mai 1987, Az: KZR 13/85

Abgrenzung BGH 1. Zivilsenat, 26. April 1974, Az: I ZR 8/73

Urteil des Schleswig-Holsteinisches OLG

Kartellsenat vom 01.08.1995

6 U Kart 35/95

Normen: § 1 UWG, § 26 Abs 2 WettbewG

Wettbewerbsverletzung durch die öffentliche Hand bei Vermietung von Räumen an Kfz-Schilderprägeunternehmen in der Kfz-Zulassungsstelle

Orientierungssatz

1. Es ist der öffentlichen Hand grundsätzlich erlaubt, sich privat am Wettbewerb (und damit auch an der Vermietung von Räumlichkeiten) zu beteiligen. Der öffentlichen Hand ist es unbenommen, auch ohne zwingende Gründe Daseinsvorsorge ihr Verwaltungshandeln nach wirtschaftlich vernünftigen Erwägungen zu gestalten. Sie darf dabei allerdings die sachlich berechtigten Interessen privater Wettbewerber nicht außer acht lassen. Denn es ist der öffentlichen Hand verwehrt, über das sachlich Gebotene und verfassungsrechtlich Zulässig hinaus in den Bereich der privaten beruflichen Betätigung Dritter zu deren Nachteil einzugreifen. Eine Wettbewerbshandlung der öffentlichen Hand kann sonach gem UWG § 1 zu beanstanden sein, wenn sie zu einer Gefährdung des Wettbewerbsbestandes führt und über das Maß sachlich gebotenen Verwaltungshandelns hinausgeht.

2. In der summarischen Prüfung in einem von einem Kfz-Schilderpräger angestregten Eilverfahren kann nicht festgestellt werden, dass durch die Vermietung von Räumen in der Kfz-Zulassungsstelle an zwei Unternehmen, die dort Kfz-Kennzeichen herstellen und verkaufen, der Leistungswettbewerb gefährdet wird, wenn zwei weitere Schilderprägeunternehmen am Markt tätig sind, und es daher noch völlig unklar ist, welchen Einfluß auf das Marktgeschehen- und Verhalten der Kunden der vom Verfügungskläger behauptete Standortvorteil in der Zulassungsstelle hat.

Fundstellen

NJW-RR 1997, 292-294 (red. Leitsatz und Gründe)

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat vom 22.02.1995

Schilderverkauf im Bürgeramt

6 U 162/94

Norm: § 1 UWG

Grenzen der Wettbewerbstätigkeit der öffentlichen Hand; Verkauf von Kfz-Kennzeichenschildern in dezentralisierten Zulassungsstellen einer Gemeinde - Schilderverkauf im Bürgeramt

Leitsatz

Schilderverkauf im Bürgeramt

Richtet eine Stadtverwaltung zur Zulassung von Kraftfahrzeugen dezentralisierte Zulassungsstellen in ihren Stadtteilen ein, so ist der Eigenverkauf von Kennzeichenschildern durch die Gemeinde eine bloße Hilfstätigkeit bei der Erfüllung ihrer amtlichen Aufgaben; er ist weder unter dem Gesichtspunkt der wettbewerbswidrigen Ausnutzung amtlicher Autorität noch als unzulässige Verquickung von amtlicher und wirtschaftlicher Interessen unlauter iSd UWG § 1 .

Orientierungssatz

1. Nimmt die öffentliche Hand im Privatrechtsverkehr am Wirtschaftsleben teil, indem sie sich mit anderen Wettbewerbern auf dem Boden der Gleichordnung um die Nachfrage auf einem bestimmten Markt bewirbt, so unterliegt ihr Handeln grundsätzlich den für alle privaten Wettbewerber geltenden Verhaltensregeln des UWG. Die Verfolgung öffentlicher Zwecke gibt ihr grundsätzlich keine Sonderstellung. Soweit nicht gesetzliche Ausnahmen bestehen, darf sie sich nur solcher Wettbewerbsmittel bedienen, die auch ihren privaten Mitbewerbern offen stehen.

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat vom 22.02.1995

Schilderverkauf im Bürgeramt

6 U 162/94

2. Vor allem darf die öffentliche Hand ihre hoheitliche Machtstellung nicht dadurch missbrauchen, dass sie amtliche Beziehungen bei der Werbung oder bei Vertragsschlüssen ausnutzt, um sich einen Vorsprung vor privaten Mitbewerbern zu verschaffen.

Nur wenn sich die wirtschaftliche Betätigung als eine bloße Hilfstätigkeit der öffentlichen Verwaltung bei der Erfüllung amtlicher Aufgaben darstellt, kann eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen dazu führen, dass die wettbewerbsrechtlichen Bedenken zurücktreten.

3. Unlauter ist es, wenn die öffentliche Hand durch die Aufnahme einer Wettbewerbstätigkeit die Grundlagen der Existenz eines vorhandenen und nach Herkunft und Gesetz anerkannten selbständigen Berufsstandes rührt und dadurch die Gefahr einer Ausschaltung des Leistungswettbewerbs herbeiführt.

Fundstellen

WRP 1995, 857-860 (red. Leitsatz und Gründe)
NJW-RR 1996, 231-233 (Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen ...

Verfahrensgang

vorgehend LG Heidelberg, 7. Juni 1994, Az: O 12/94 KfH I

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

So auch OLG Düsseldorf Kartellsenat, 19. März 1996, Az: W (Kart) 1/96

Literaturnachweise

Jürgen Vahle, DVP 1996, 399 (Anmerkung)
Thomas Christian Paefgen, DZWir 1996, 478-482 (Entscheidungsbesprechung)

Tenor

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Heidelberg vom 07. Juni 1994 - o 12/94 KfH I - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung oder Hinterlegung eines Betrages von DM 3.000,00 abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in entsprechender Höhe leistet. Als Sicherheit wird die Bürgschaft eines Kreditinstituts zugelassen.
4. Der Wert der Beschwer der Klägerin beträgt DM 30.000,00.
5. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Klägerin wirft der Beklagten unlauteren Wettbewerb durch Teilnahme am freien Wirtschaftsverkehr unter Ausnutzung ihrer Monopolstellung vor.

Die Beklagte unterhält in einigen Stadtteilen sogenannte Bürgerämter, in denen sie dezentral Verwaltungsvorgänge bearbeitet. Im Bürgeramt des Stadtteils H. richtete sie Ende Juli 1993 im Rahmen eines sogenannten Pilotprojektes eine dezentrale Kraftfahrzeugzulassungsstelle ein, in der sie auch Kennzeichenschilder vorrätig hält und verkauft, die mit den von der Zulassungsstelle auszugebenden Kraftfahrzeugkennzeichen geprägt sind. Sie bezieht die nach ihren Kennzeichenvorgaben geprägten Schilder bei einem gewerblichen Schilderprägebetrieb, den sie nach ordnungsgemäßer Ausschreibung des Auftrages, an der sich auch die Klägerin beteiligt hatte, mit der Herstellung und Lieferung der Schilder beauftragt hat. Sie erwirbt das Schilderpaar zum Preis von DM 23,00 und verkauft es an den Zulassungsbewerber für DM 37,00. Sie beabsichtigt, auch in weiteren Bürgerämtern ihrer Stadtteile Kraftfahrzeugzulassungsstellen einzurichten und dort Kennzeichenschilder zu verkaufen.

Die Klägerin, die sich gewerbsmäßig mit dem Prägen von Kraftfahrzeugkennzeichenschildern befaßt, betreibt seit 03. September 1993 in H.-H. in unmittelbarer Nähe des Bürgeramts der Beklagten eine Schilderprägestelle. Dort prägt sie Kennzeichenschilder entsprechend den von der Zulassungsstelle ausgegebenen Kennzeichen und verkauft sie zum Preis von DM 35,00 pro Schilderpaar. Der Kraftfahrzeughalter, der die Schilder bei ihr er-

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat vom 22.02.1995

Schilderverkauf im Bürgeramt

6 U 162/94

werben will, muss zunächst den Zulassungsvorgang im Bürgeramt abwickeln und sich sein Kennzeichen zuteilen, sodann die Schilder bei der Klägerin prägen und schließlich bei der Zulassungsstelle den Zulassungstempel anbringen lassen. Den damit verbundenen Zeitaufwand erspart er beim Erwerb der Schilder von der Beklagten, der gleichzeitig mit der Zuteilung der Kennzeichenummer abgewickelt werden kann.

Die Klägerin ist der Auffassung, der Verkauf von Kennzeichenschildern durch die Beklagte verstoße gegen § 1 UWG . Sie hat vorgetragen, die Beklagte missbrauche ihre amtliche Autorität und verquicke öffentlich- rechtliche und erwerbswirtschaftliche Interessen in unlauterer Weise. Sie nutze den ihr als Inhaberin des Kraftfahrzeugzulassungsmonopols entstehenden Wettbewerbsvorsprung zu Lasten der privaten Schilderpräger und schalte diese damit weitgehend aus.

Die Klägerin hat beantragt, es der Beklagten bei Meidung von Ordnungsmitteln zu verbieten,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Kfz-Kennzeichen im eigenen Namen und für eigene Rechnung herzustellen und/oder an Dritte zu verkaufen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Sie hat geltend gemacht, sie habe mit der Einrichtung dezentraler Zulassungsstellen das Zulassungsverfahren vereinfachen und den innerstädtischen Individualverkehr reduzieren wollen. Diesem Zweck diene auch der Verkauf der Kennzeichenschilder. Auf die Möglichkeit, die Schilder im Fachhandel zu erwerben, werde im Bürgeramt ausdrücklich hingewiesen. Die Teilnahme der Beklagten am Wettbewerb der Anbieter von Kennzeichenschildern sei lediglich eine Hilfstätigkeit zu dem ihr obliegenden hoheitlichen Handeln und durch das Gebot sachlichen Verwaltungshandelns gedeckt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufung verfolgt die Klägerin ihr Unterlassungsbegehren weiter. Zur Begründung trägt sie insbesondere vor, nach den Angaben der Beklagten zu den Umsätzen des Bürgeramts H. sei dort etwa an jedem zweiten Werktag ein Schilderpaar verkauft und damit eine Fahrt in die Innenstadt vermieden worden. Eine nennenswerte Reduzierung des innerstädtischen Verkehrs werde durch den Schilderverkauf mithin nicht bewirkt. Die Aufnahme eines Eigenverkaufs von Schildern sei auch keine im Rahmen der von der Beklagten angestrebten Dezentralisierung notwendige Maßnahme. Im übrigen lasse sich ein weitestgehender Ausschluss des Wettbewerbs auf dem Markt der Kraftfahrzeugkennzeichenschilder nicht mit umweltpolitischen Gesichtspunkten rechtfertigen. Eine Verdrängung der privaten Schilderpräger vom Markt könne auch nicht durch eine Vertriebsumstellung vermieden werden. Die Belieferung der Beklagten als - einziger - Nachfragerin durch private Schilderpräger sei dem Verkauf an Endverbraucher nicht vergleich-

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat vom 22.02.1995

Schilderverkauf im Bürgeramt

6 U 162/94

bar, da jeweils nur ein privater Schilderpräger als Lieferant zum Zuge kommen könne und es der Beklagten als Großabnehmerin möglich sei, ihrerseits Gewinnspannen zu erzielen. Das Verhalten der Beklagten führe zu einer Verdrängung der privaten Schilderpräger vom Endverbrauchermarkt. Entscheidend für die Wettbewerbssituation auf diesem Markt sei der Standortvorteil, da wegen der Standardisierung der Kennzeichenschilder ein Preis- oder Qualitätswettbewerb nicht möglich sei. Die Existenzfähigkeit der Klägerin im Bereich H. könne auf die Dauer nur gesichert werden, wenn die Beklagte den Verkauf von Kennzeichenschildern im Bürgeramt unterlasse. Das Verhalten der Beklagten sei schließlich auch deshalb wettbewerbswidrig, weil sie sich bewusst und planmäßig über die Vorschrift des § 102 Abs. 1 GemO hinwegsetze.

Die Klägerin beantragt, der Beklagten bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verbieten,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in Kraftfahrzeug-Zulassungsstellen im eigenen Namen und für eigene Rechnung Kfz-Kennzeichen-Schilder zu verkaufen.

Hilfsweise:

In den Räumlichkeiten der Zulassungsstelle im Bürgeramt des Stadtteiles H. an Verkehrsteilnehmer, die um Zulassung eines Kraftfahrzeuges nachsuchen oder ein Kfz-Kennzeichen ändern lassen müssen, Kfz-Kennzeichen-Schilder zu verkaufen;

weiter hilfsweise stellt die Klägerin den obigen Hilfsantrag mit dem Zusatz:

wenn ein oder mehrere private Schilderpräger Kfz-Kennzeichen-Schilder im Stadtteil H. zum Verkauf anbieten.

Die Beklagte beantragt

Zurückweisung der Berufung.

Beide Parteien regen für den Fall ihres Unterliegens die Zulassung der Revision an.

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und führt ergänzend aus, die Einrichtung einer dezentralen Zulassungsstelle diene sowohl dem staatlichen Zweck der Bürgernähe wie auch dem staatlichen Zweck der Verringerung des Verkehrsaufkommens. Diesem Zweck diene auch der Verkauf von Kennzeichenschildern in diesen Zulassungsstellen, da nur so der Zweck des zentralen Zulassungswesens gesichert sei. Ein privater Anbieter könne einen Schilderprägebetrieb in der Nähe des Bürgeramts H. auf Dauer auch dann nicht wirtschaftlich rentabel aufrechterhalten, wenn die Beklagte den Schilderverkauf einstellen würde, da hierzu ausreichende Umsätze nicht zu erreichen seien. Die Beklagte habe nicht zum Zwecke der Gewinnerzielung gehandelt. Sie habe in neun Monaten einen Erlös von rund DM 1.300,00 erzielt, dem zusätzliche Personalkosten

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat vom 22.02.1995

Schilderverkauf im Bürgeramt

6 U 162/94

für eine gesonderte Kassenführung und beim Einkauf der Schilder gegenüberstünden. Ein etwa verbleibender Gewinn sei derart unbedeutend, dass er nicht Zweck für das öffentliche Handeln sein könne. Das Verhalten der Beklagten führe auch nicht zum Ausschluss der privaten Schilderpräger vom Endverbrauchermarkt, diese könnten sich an der Ausschreibung beteiligen und hätten hierbei die gleichen Marktchancen. Im übrigen habe sich lediglich in einem minimalen Teilmarkt die private Anbieterbranche der Klägerin von der Einzelhandelsstufe auf die Herstellerstufe - ohne Gewinneinbuße - verschoben. Eine Bedrohung der Existenz eines anerkannten Berufsstandes und damit eine ernste Gefahr für den Bestand des Leistungswettbewerbs könne dann nicht angenommen werden, wenn in einer kleinen Nische des gesamten Marktes lediglich eine Umstrukturierung der privatwirtschaftlichen Vertriebswege erforderlich werde. Die Beklagte habe auch nicht in einen gewachsenen Markt eingegriffen, da es im Bereich dezentraler Zulassungsstellen bislang einen Sondermarkt nicht gegeben habe.

Wegen des Parteivorbringens im einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Mit zutreffenden Ausführungen, auf die Bezug genommen wird, hat das Landgericht festgestellt und im einzelnen begründet, dass der Verkauf von Kennzeichenschildern durch die Beklagte im Bürgeramt H. nicht wettbewerbswidrig i.S. des § 1 UWG ist. Das Vorbringen der Klägerin im Berufungsrechtszug veranlasst keine hiervon abweichende Beurteilung.

Die Klagebefugnis der Klägerin folgt aus § 1 UWG, da sie durch das Verhalten der Beklagten unmittelbar betroffen ist.

Zu Recht ist das Landgericht von dem Grundsatz ausgegangen, dass es der öffentlichen Hand aus Rechtsgründen nicht verwehrt ist, erwerbswirtschaftlich zu handeln und am freien Wettbewerb teilzunehmen. Das Grundgesetz schließt eine erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nicht aus. Eine solche Betätigung setzt insbesondere keine ausdrückliche verfassungsrechtliche Legitimation voraus. Ob und inwieweit die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand wünschenswert oder zweckmäßig ist, entscheidet sich nach staats- und wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten, die der rechtlichen Prüfung entzogen sind. Überwiegend wird angenommen, dass eine erwerbswirtschaftliche (fiskalische) Betätigung der öffentlichen Hand, die sich nicht in einer die staatliche Betätigung unterstützenden Nebenfunktion erschöpft (Randnutzung), nur zulässig ist, wenn mit ihr ein öffentlicher Zweck verfolgt wird, der seine Rechtfertigung im Sozialstaatsprinzip findet, das

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat vom 22.02.1995

Schilderverkauf im Bürgeramt

6 U 162/94

die Gemeinschaftsgebundenheit jedes Freiheitsgrundrechts zum Ausdruck bringt. Wird ausschließlich oder vorwiegend Gewinn erstrebt, so fehlt es an einem die wirtschaftliche Eigenbetätigung rechtfertigenden öffentlichen Zweck (Baumbach/Hefermehl, UWG, 17. Aufl., § 1 Rdn. 914 m.w.N.).

Nimmt die öffentliche Hand im Privatrechtsverkehr am Wirtschaftsleben teil, indem sie sich mit anderen Wettbewerbern auf dem Boden der Gleichordnung um die Nachfrage auf einem bestimmten Markt bewirbt, so unterliegt ihr Handeln grundsätzlich den für alle privaten Wettbewerber geltenden Verhaltensregeln des UWG. Die Verfolgung öffentlicher Zwecke gibt ihr grundsätzlich keine Sonderstellung. Soweit nicht gesetzliche Ausnahmen bestehen, darf sie sich nur solcher Wettbewerbsmittel bedienen, die auch ihren privaten Mitbewerbern offenstehen (Baumbach/Hefermehl a.a.O. Rdn. 928 m.w.N.). Insbesondere darf die öffentliche Hand nicht ihre amtliche Autorität und die mit ihr verbundene Vertrauensstellung zur Erreichung von Vorteilen im Wettbewerb missbräuchlich ausnutzen, etwa durch Täuschung, psychologischen Druck oder sachwidrige Beeinflussung. Auch eine Verquickung amtlicher mit erwerbswirtschaftlichen Interessen, die zur Interessenkollision bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben führen, ist unlauter. Vor allem darf die öffentliche Hand ihre hoheitliche Machtstellung nicht dadurch missbrauchen, dass sie amtliche Beziehungen bei der Werbung oder bei Vertragsschlüssen ausnutzt, um sich einen Vorsprung vor privaten Mitbewerbern zu verschaffen (Baumbach/Hefermehl a.a.O. Rdn. 937 m.w.N.). Nur wenn sich die wirtschaftliche Betätigung als eine bloße Hilfstätigkeit der öffentlichen Verwaltung bei der Erfüllung amtlicher Aufgaben darstellt, kann eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen dazu führen, dass die wettbewerbsrechtlichen Bedenken zurücktreten (BGH GRUR 1974, 733 /735 - Schilderverkauf). In der Rechtsprechung ist die Wahrnehmung privatwirtschaftlicher Aufgaben im Bereich des Bestattungswesens durch eine politische Gemeinde in demselben Gebäude, in dem in besonderen Räumen auch die Bestattungshoheitsverwaltung und das Sterbefallstandesamt untergebracht sind, für zulässig angesehen worden (BGH GRUR 1987, 116 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I). Ferner ist es nicht als eine nach § 1 UWG zu missbilligende Ausnutzung der hoheitlichen Aufgaben einer politischen Gemeinde zugunsten ihrer privatwirtschaftlichen Betätigung im Bereich des Bestattungswesens angesehen worden, wenn ihre hoheitlich tätigen Bediensteten Auskünfte dahin erteilen, dass für die nicht hoheitlichen Bestattungstätigkeiten die Bestattungsordner der Gemeinde zur Verfügung stehen (BGH GRUR 1987, 119 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb II). Unlauter ist es hingegen, wenn die öffentliche Hand durch die Aufnahme einer Wettbewerbstätigkeit die Grundlagen der Existenz eines vorhandenen und nach Herkunft und Gesetz anerkannten selbständigen Berufsstandes rührt und dadurch die Gefahr einer Ausschaltung des Leistungswettbewerbs herbeiführt (BGHZ 82, 375 /397 - Brillen- Selbstabgabestellen).

Im Streitfall führt die gebotene Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen unter Berücksichtigung der von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Bewertungsgrundsätze nicht zu der Annahme eines der Beklagten anzulastenden Wettbewerbsverstoßes.

Der Eigenverkauf von Kennzeichenschildern durch die Beklagte im Bürgeramt H ist eine bloße Hilfstätigkeit bei der Erfüllung der amtlichen Aufgabe der Beklagten, Kraftfahrzeuge zum Straßenverkehr zuzulassen und hierbei einen reibungslosen Ablauf und eine bürger-nahe Abwicklung des Zulassungsverfahrens zu gewährleisten. Hierzu hat die Beklagte dezentralisierte Zulassungsstellen eingerichtet, die den betroffenen Bürgern den Weg zur zentralen Zulassungsstelle und die dortige regelmäßig mit Wartezeiten verbundene Massenabfertigung ersparen. Mit der Einrichtung dieser Zulassungsstellen verfolgt die Beklagte mithin im Rahmen der ihr obliegenden Daseinsvorsorge den hoheitlichen Zweck des Aufbaus einer bürgernahen Verwaltung. Sie verfolgt damit ferner als öffentliche Aufgabe den verkehrspolitischen Zweck, die Innenstadt vom Kraftfahrzeugverkehr zu entlasten. Dass dieser Zweck durch die Einrichtung einer Zulassungsstelle in dem als Pilotprojekt vorgesehenen Bürgeramt H. eine nennenswerte Verkehrsentslastung der Innenstadt bislang noch nicht bewirkt hat, steht der Annahme eines insoweit von der Beklagten verfolgten öffentlichen Zwecks ihres Handelns nicht entgegen. Bei Einrichtung weiterer Bürgerämter in anderen Stadtteilen lässt sich vielmehr eine spürbare Entlastung des innerstädtischen Verkehrs insbesondere im Bereich um die zentrale Zulassungsstelle durchaus erwarten. Schließlich verfolgt die Beklagte mit der Einrichtung der dezentralen Zulassungsstellen den weiteren hoheitlichen Zweck, das Zulassungsverfahren als Verwaltungsvorgang abzukürzen und damit ihr Verwaltungshandeln zu rationalisieren. Zur Sicherung des Fortbestands der dezentralen Zulassungsstelle H. war es erforderlich, dass die Beklagte Kennzeichenschilder vorhielt. In H. gab es zum Zeitpunkt der Einrichtung des Bürgeramts keinen Schilderprägebetrieb. Kaum ein Bürger hätte die dortige Zulassungsstelle in Anspruch genommen, wenn er damit hätte rechnen müssen, während des Zulassungsverfahrens eine Fahrt in die Innenstadt antreten und dort Schilder bei einem der Prägebetriebe erwerben zu müssen, die in der Nähe der zentralen Zulassungsstelle ansässig sind. In einem solche Falle hätte es sich vielmehr aufgedrängt, gleich das gesamte Zulassungsverfahren bei der zentralen Stelle durchzuführen, die Einrichtung einer dezentralisierten Zulassungsstelle wäre obsolet. Die Wirkung der von der Beklagten eingeführten dezentralisierten Verwaltung bei der Zulassung von Kraftfahrzeugen ginge dann ins leere und würde ausgehöhlt. Der Eigenverkauf von Kennzeichenschildern war mithin bei der Einrichtung einer Zulassungsstelle im Bürgeramt H. eine notwendige Hilfstätigkeit zum Verwaltungshandeln der Beklagten. Die Beklagte hat damit weder ihre amtliche Autorität bzw. eine besondere Vertrauensstellung ausgenutzt noch amtliche und wirtschaftliche Interessen in unzulässiger Weise verquickt. Sie hat vielmehr mit ihrem Handeln den öffentlichen Zweck des Aufbaus einer dezentralisierten Verwaltung verfolgt. Ein Verstoß gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs kann darin nicht gesehen werden. Dies um so weniger, als die wirtschaftlichen Auswirkungen des Verhaltens der Beklagten gering sind, da sie die von ihr verkauften Kraftfahrzeugnummernschilder nicht selbst herstellt, sondern von einem privaten Schilderpräger herstellen lässt.

Das Verhalten der Beklagten wurde auch nicht dadurch unlauter, dass die Klägerin in der Folgezeit in unmittelbarer Nähe des Bürgeramts H. einen privaten Prägebetrieb einrichtete-

te. Dieser Umstand musste die Beklagte nicht veranlassen, den Eigenverkauf von Kennzeichenschildern nunmehr einzustellen. Sie war vielmehr gehalten, eine auf Dauer gesicherte Versorgung der Zulassungsbewerber mit Kennzeichenschildern zu gewährleisten. Eine solche ist durch den Prägebetrieb der Klägerin nicht garantiert, da dieser jederzeit geschlossen werden kann, wenn etwa sich seine Weiterführung als unrentabel erweist. Dass eine rentable Führung eines Prägebetriebes beim Bürgeramt H. auch dann nicht gewährleistet wäre, wenn die Beklagte den Eigenverkauf von Kennzeichenschildern einstellen würde, ergibt sich zur Überzeugung des Senats aus den von beiden Parteien bisher erzielten Umsätzen. Unstreitig haben in der Zeit von Juli 1993 bis 08. März 1994 die Beklagte 97 Schilderpaare und die Klägerin 14 Schilderpaare verkauft. Dies ergibt einen Gesamtumsatz von 111 Schilderpaaren in etwa acht Monaten. Umgerechnet auf die einzelnen Tage wurde rechnerisch etwa an jedem zweiten Tag ein Schilderpaar verkauft. Dass ein Prägebetrieb mit derartigen Umsätzen nicht rentabel wirtschaften kann und deshalb über kurz oder lang mit seiner Einstellung zu rechnen ist, liegt auf der Hand. Hieran ändert auch nichts, dass nach der Behauptung der Klägerin zusätzliche Einnahmen durch einen neben dem Prägebetrieb geführten Kiosk erzielt werden. Auch die Einbeziehung derartiger Einkünfte macht das Prägen von Kennzeichenschildern im räumlichen Bereich des Bürgeramts H. nicht rentabel. Durch die Errichtung des Prägebetriebs der Klägerin beim Bürgeramt H. ist die Arbeitsfähigkeit der dort eingerichteten dezentralen Zulassungsstelle mithin nicht auf Dauer gewährleistet; die Beklagte ist deshalb gehalten, den Eigenverkauf von Kennzeichenschildern zur Sicherung des öffentlichen Zwecks ihres Verwaltungshandelns fortzuführen. Ein Wettbewerbsverstoß kann ihr nicht angelastet werden. Dies um so weniger, als die Beklagte in den Räumen ihrer Zulassungsstelle ausdrücklich auf die Möglichkeit hinweist, die Kennzeichenschilder auch im Fachhandel erwerben zu können, und ihre Preise so gestaltet, dass sie über diejenigen der Klägerin liegen.

Der Beklagten kann auch unter dem Gesichtspunkt unzulässigen Gewinnstrebens nicht der Vorwurf gemacht werden, ihren Aufgabenbereich im Rahmen der öffentlichen Verwaltung verlassen zu haben und sich auf unlautere Weise am Wirtschaftsverkehr zu beteiligen. Sie hat in dem Zeitraum von Juli 1993 bis März 1994 aus dem Schilderverkauf Umsätze in Höhe von ca. DM 1.300,00 erzielt. Die Erwirtschaftung eines derartigen Betrages in einem Zeitraum von mehr als acht Monaten kann bei kaufmännischer Betrachtung nicht als Erzielung eines "Gewinnes" bewertet werden, zumal dem von der Beklagten erzielten Erlös Kosten für erhöhten Verwaltungsaufwand gegenüberstehen. Dass sich die Ertragslage der Beklagten beim Eigenverkauf von Kennzeichenschildern im Bürgeramt H. in absehbarer Zeit deutlich verbessern werde, ist nicht ersichtlich und von der Klägerin auch nicht dargetan. Bei dieser Sachlage ist die Annahme, dem Verhalten der Beklagten liege ein Gewinnstreben zugrunde, abwegig.

Der Beklagten kann auch nicht angelastet werden, einen Wettbewerb zu betreiben, der an die Grundlagen der Existenz eines vorhandenen und nach Herkommen und Gesetz anerkannten selbständigen Berufsstandes rührt, und dadurch eine Gefährdung des Leistungs-

Urteil des OLG Karlsruhe 6. Zivilsenat vom 22.02.1995

Schilderverkauf im Bürgeramt

6 U 162/94

wettbewerbs zu begründen. Durch die Einrichtung einer dezentralen Zulassungsstelle mit Eigenverkauf von Kennzeichenschildern wird die wirtschaftliche Grundlage der privaten Schilderprägebetriebe nicht in Frage gestellt. Diese haben nach wie vor die Möglichkeit, in ihren in räumlicher Nähe zur zentralen Zulassungsstelle der Beklagten gelegenen Prägebetrieben Schilder an Kraftfahrzeugbesitzer zu verkaufen und damit am Wettbewerb auf dem Endverbrauchermarkt teilzunehmen. Die Beklage hat eindeutig klargestellt, dass sie an ihrer zentralen Zulassungsstelle den Eigenverkauf von Kennzeichenschildern nicht vornehmen wird. Der Umstand, dass durch die Einrichtung dezentraler Zulassungsstellen in einzelnen Stadtteilen der Beklagten das Zulassungsaufkommen in der zentralen Zulassungsstelle sinken und sich damit auch der Umsatz der dort ansässigen Schilderprägebetriebe verringern mag, ist noch keine Bedrohung der Existenz der privaten Schilderpräger. Die Beklagte ist nicht aus wettbewerbsrechtlichen Gründen gehalten, die bisherigen Umsätze und Kundenzahlen der privaten Schilderpräger zu gewährleisten. Auf die Erhaltung seines Kundenstammes hat kein Marktteilnehmer einen Anspruch.

Das Verhalten der Beklagten kann schließlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen § 102 Abs. 1 GemO als wettbewerbswidrig erachtet werden. Dahinstehen kann, ob der Beklagten im Falle eines Verstoßes gegen die genannte Vorschrift ein unlauteres Verhalten angelastet werden könnte. Nach dieser Vorschrift darf eine Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur dann einrichten, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt und das Unternehmen in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht. Wie ausgeführt worden ist, rechtfertigt der öffentliche Zweck der Einrichtung einer dezentralisierten Verwaltung die Aufnahme des Eigenverkaufs von Kennzeichenschildern durch die Beklagte. Angesichts der mit diesen Schildern erzielten Erlös in Höhe von ca. DM 150,00 pro Monat steht der Umfang dieser wirtschaftlichen Betätigung in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Beklagten und zum voraussichtlichen Bedarf.

Nach alldem hat das Landgericht die Klage zu Recht abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hiergegen war zurückzuweisen.

Die Revision war zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 , 708 Nr. 10 , 711 , 546 Abs. 1 , 2 ZPO .

Willi E Joachim - Entscheidungsbesprechung

Fundstelle: NZM 2004, 57-61

Norm: § 20 Abs. 1 GWB

Konkurrenzschutz für Schilderpräger - ein Schildbürger-Streich?

Ausschreibungspflichten marktbeherrschender Vermieter als GAU freier Märkte

Kurzreferat

In verschiedenen Entscheidungen hat sich der BGH schon zu der Frage geäußert, ob es Kommunen ohne jede Ausschreibung möglich ist, Räumlichkeiten an Schilderpräger in derselben Immobilie wie die Kfz-Zulassungsstelle zu vergeben. Vor diesem Hintergrund bespricht der Autor in diesem Beitrag eine Entscheidung des BGH, 2003-04-08, KZR 39/99, NZM 2003, 597, nach der bei befristeten Mietverträgen bei marktbeherrschender Stellung des Vermieters ein Konkurrenzschutz für Schilderpräger besteht. Nach kurzer Darstellung des Problems, unterzieht der Autor dieses Urteil einer kritischen Würdigung. Seiner Ansicht nach ist dem BGH hinsichtlich der kartellrechtlichen Ausführungen zu § 20 Abs 1 GWB zuzustimmen. Kritisch sieht er indes die mietrechtlichen Ausführungen, insbesondere zum Konkurrenzschutz und die daran anknüpfenden Rechtsfolgen. Hier kritisiert der Autor vor allem, dass der Umfang der Auswirkungen eines solchen Konkurrenzschutzes auch für den freien Markt noch gar nicht abgesehen werden könne.

Dieser Beitrag zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche BGH Kartellsenat, 8. April 2003, Az: KZR 39/99

Florian Wagner - Anmerkung

Fundstelle: EWiR 2003, 867-868

Norm: § 20 Abs. 1 GWB

Zur Schilderprägerrechtsprechung

Kurzreferat

(F) Verfasser kommentiert die Entscheidung BGH, 2003-04-08, KZR 39/99 , EWiR 2003, 867, die sich mit der Frage befasst, ob ein marktbeherrschender Vermieter in begrenzter Zahl zur Verfügung stehende Gewerbeflächen nur in einer Weise vermieten darf, die den Marktzutritt für aktuelle und potentielle Wettbewerber des Mieters nicht für einen längeren Zeitraum als fünf Jahre blockiert. Nach kurzer Einführung in die Problematik sowie Darstellung des Sachverhalts und der Begründung, mit der das Gericht diese Frage bejaht hat, führt er aus, das Urteil verdiene Zustimmung. So habe der Senat den Markt angesichts der Besonderheiten des Gewerbes der Schilderpräger (notwendige Nähe zur Zulassungsstelle) zu Recht eng abgegrenzt. Richtig sei auch, im Rahmen des GWB § 20 allein auf die marktbeherrschende Stellung des Vermieters abzustellen, was zur Folge habe, dass die "Schilderprägerrechtsprechung" nicht nur für öffentliche Stellen (z.B. Landkreis als Vermieter), sondern auch für private Vermieter uneingeschränkt gelte. Den Ausführungen, mit denen das Gericht eine unbillige Behinderung bejaht hat, stimmt der Verfasser aus von ihm näher dargelegten Gründen ebenfalls zu.

Dieser Beitrag zitiert

Rechtsprechung

Zustimmung BGH Kartellsenat, 8. April 2003, Az: KZR 39/99

Volker Emmerich - Anmerkung

Fundstelle: LMK 2003, 169-170

Normen: § 20 Abs. 1 WettbewG, § 16 WettbewG

Pflicht zur regelmäßigen Neuausschreibung durch marktbeherrschende gewerbliche Vermieter - Konkurrenzschutz für Schilderträger

Kurzreferat

Der Verfasser bespricht in diesem Beitrag die Entscheidung BGH, 2003-04-08, KZR 39/99, NJW 2003, 2684 zu WettbewG (GWB) § 20 Abs. 1. Dabei stellt er zunächst dar, dass zu Konkurrenzschutzklauseln in Mietverträgen bereits zahlreiche Entscheidungen ergangen seien. Diese hätten jedoch durchweg Gemeinden betroffen, während es vorliegend um einen privaten Vermieter ging. Der BGH habe mit der besprochenen Entscheidung gezeigt, dass sich aus dem Diskriminierungsverbot des WettbewG § 20 Schranken für alle gewerblichen Vermieter ergeben. Der Autor geht dabei auf die bisherige Rechtsprechung ein und stellt die Übertragung der dort gebildeten Grundsätze auf (marktbeherrschende) private Vermieter von Räumlichkeiten dar. Nicht auszuschließen sei ferner, dass sich mit dem Urteil eine Wende in der Rechtsprechung zur Anwendung des Diskriminierungsverbotes auf Ausschliesslichkeitsbindungen abzeichne, da der Senat hier direkt auf WettbewG § 20 und nicht auf WettbewG § 16 eingegangen sei.

Dieser Beitrag zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche BGH Kartellsenat, 8. April 2003, Az: KZR 39/99

Hans-Jürgen Ahrens - Anmerkung

Fundstelle: GRUR 2000, 347-350

Beteiligungsverbot für Schilderträger

Kurzreferat

(F) Der Verfasser äußert sich ablehnend zu der Entscheidung des BGH vom 28.09.1999 (KZR 18/98), indem er zunächst die Charakteristik des Schilderprägemarktes mit den gängigen Verdrängungsstrategien darstellt und dann prüft, ob die Auswahlkriterien des Landkreises als Vermieter diskriminierend waren. Dabei wird zwischen dem Kriterium der Ortsansässigkeit und der Mittelstandsförderung nach Systemwandel unterschieden, wobei keines dieser Kriterien per se als sachfremd und damit diskriminierend gelten könne.

Dieser Beitrag zitiert

Rechtsprechung

Ablehnung BGH Kartellsenat, 28. September 1999, Az: KZR 18/98

BGH - 26.09.2002 - I ZR 293/99 - Urteil

Quelle: Deutscher Anwaltverlag & Institut der Anwaltschaft GmbH, Bonn

Fundstelle: ZfSch 2003, 115

Normen: § 823 BGB, GO NW § 107, § 1 UWG 2004

Titelzeile

Altautoverwertung und -entsorgung durch gemeindewirtschaftliches Unternehmen in Zusammenarbeit mit dem Straßenverkehrsamt

Leitsatz

Ein Verstoß gegen § 107 GO NW, der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten der Gemeinden Grenzen setzt, begründet keinen Anspruch privater Wettbewerber aus § 107 UWG. Die Vorschrift hat insofern eine den Wettbewerb regelnde Funktion, als sie - auch zum Schutz der privaten Wirtschaft - durch die Beschränkung des Marktzutritts der Gemeinden Rahmenbedingungen des Wettbewerbs festlegt. Sie dient jedoch nicht der Kontrolle der Lauterkeit des Marktverhaltens der Gemeinden.

Die Vorschrift des § 107 GO NW ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Zusammenarbeit eines Straßenverkehrsamts mit einem gemeindewirtschaftlichen Unternehmen, das die Altautoverwertung und -entsorgung betreibt, bei der Entgegennahme von Altfahrzeugen.

(Amtliche Leitsätze)

Aus den Gründen:

„ ... Die KI betreiben im Gebiet der Stadt W Unternehmen zur Verwertung und Entsorgung alter Kraftfahrzeuge.

BGH - 26.09.2002 - I ZR 293/99 - Urteil

Die Bekl zu 1), die ihren Sitz in W hat, ist eine Tochtergesellschaft der B Entsorgungsgesellschaft mbH, an der die W Stadtwerke AG, die R Stadtwerke GmbH und die V Stadtwerke GmbH beteiligt sind. Sie nahm Anfang 1997 ihre Tätigkeit auf, zu der nach dem Gesellschaftsvertrag „die Behandlung, Verwertung und Entsorgung von Fahrzeugen, Betriebsstoffen und Kfz-Teilen aller Art, insbesondere das Kraftfahrzeugrecycling, die Wiederverwertung und [der] Verkauf von Fahrzeugteilen im Rahmen zeitwertgerechter Reparaturen und die damit verbundenen Geschäfte“ gehören. Der Betrieb der Bekl zu 1) ist - vorbehaltlich einer entsprechenden technischen und personellen Ausstattung - darauf ausgerichtet, pro Jahr bis zu 13 000 Fahrzeuge zu verarbeiten. Nach dem Vortrag der Bekl beträgt die derzeitige Kapazität etwa 3 000 Fahrzeuge im Jahr. Die Anlage ist ausreichend für den Einzugsbereich der Städte W, R und V. Im Bereich W sind jährlich etwa 7 000 bis 8 000 Altfahrzeuge zu verwerten und zu entsorgen.

Die Beklagte zu 2), die Stadt W, nahm bis zum 1.4.1998 über ihr Straßenverkehrsamt Alttaxis, die dort abgemeldet wurden, entgegen und führte diese der Beklagte zu 1) zur Entsorgung zu.

Die Kläger haben vorgebracht, die Beklagten handelten wettbewerbswidrig, weil ihre Betätigung bei der Alttaxiüberwertung mit den Schranken, die § 107 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (im folgenden: GO NW) der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinden setze, nicht vereinbar sei. Die Beklagte zu 1) sei zudem wirtschaftlich nur lebensfähig, weil sie über ihre Muttergesellschaft von den Gemeinden W, R und V mit öffentlichen Mitteln unterstützt werde. Diese Unterstützung ermögliche es ihr, den Autohäusern in W für jedes Alttaxi ohne Rücksicht auf dessen Recyclingwert und die Entsorgungskosten pauschal 250 DM zu zahlen, um so ihre Wettbewerber zu verdrängen. Die Kläger hätten demgegenüber früher in der Regel kein Entgelt für ein Alttaxi gezahlt. Wenn das Straßenverkehrsamt der Beklagten zu 2) Alttaxis bei deren Abmeldung für das Entsorgungsunternehmen der Beklagten zu 1) entgegennehme, würden hoheitliche Tätigkeiten unzulässig mit privaten vermischt. Die Kl haben beantragt,

die Beklagten zu verurteilen,

es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

privaten Auftraggebern das Recycling von Alttaxis anzubieten und/oder solche Arbeiten auszuführen;

Autohäusern in W den Ankauf von zu recycelnden Altfahrzeugen zu einem Preis von 250 DM anzubieten und/ oder Altfahrzeuge zu einem solchen Preis anzukaufen;

privaten Kunden anzubieten, gegen Zahlung eines Betrages in Höhe von 100 DM ihr Altfahrzeug bei der Kfz-Zulassungsstelle abzugeben, ihnen eine Abmelde- und Verwertungsbestätigung auszustellen und ihnen ein kostenloses VRR-Ticket für die Rückfahrt zur Verfügung zu stellen und/ oder solche Geschäftstätigkeiten auszuführen.

BGH - 26.09.2002 - I ZR 293/99 - Urteil

den Kl Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang die Beklagten zu 1) die vorstehend zu Ziffer 1 a bis c bezeichneten Handlungen begangen hat und welche Umsätze sie dabei erzielt hat.

festzustellen, dass die Beklagten den Klägern zum Schadensersatz wegen der aus den Ziffern I 1 a bis c bezeichneten Handlungen verpflichtet sind.

Die Beklagten haben entgegnet, die angegriffene Altautoverwertung der Beklagten zu 1) entspreche den Vorschriften über die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden. Altautos seien nur zum jeweiligen Marktpreis abgenommen worden. Die Klage gehe zudem zu Unrecht davon aus, dass jeweils beide Beklagten an den beanstandeten Handlungen beteiligt gewesen seien.

Das LG hat der Klage stattgegeben (LG Wuppertal DVBl. 1999, 939).

Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen (OLG Düsseldorf NVwZ 2000, 111).

Gegen dieses Urteil wenden sich die Kl mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen.

Das Berufungsgericht hat die Ansicht vertreten, dass der Klageantrag zu I 1 a, mit dem schlechthin die Unterlassung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Beklagten zu 1) bei der Altautoverwertung und -entsorgung sowie der Beteiligung der Beklagten zu 2) daran verlangt werde, unbegründet sei. Die Vorschrift des § 107 GO NW diene zwar auch dem Schutz der privaten Wirtschaft gegen eine unzulässige privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, so dass ihre Nichtbeachtung wettbewerbswidrig sei. Das mit dem Klageantrag zu I 1 a beanstandete Handeln der Beklagten werde aber von dieser Vorschrift nicht erfasst, weil es der Abfallentsorgung im Sinne des § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NW (§ 107 Abs. 2 Nr. 3 GO NW a.F.) diene und deshalb nicht als wirtschaftliche Betätigung im Sinne des § 107 GO NW gelte. Eine solche Tätigkeit sei demgemäß trotz der Vorteile, die ein Hoheitsträger im Wettbewerb gegenüber privaten Wettbewerbern habe (insbesondere durch seine Finanzierung durch Steuern und Abgaben), grundsätzlich auch wettbewerbsrechtlich zulässig.

Besondere Umstände, aus denen sich hier die wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit der angegriffenen Handlungen ergeben könnte, lägen nicht vor. Es könne nicht festgestellt werden, dass der Betrieb der Beklagten zu 1) darauf angelegt sei, den Bestand oder die Grundlagen des Leistungswettbewerbs zu gefährden. Dies ergebe sich nicht schon aus der Kapazität des Betriebes, die ausreichen könnte, den gesamten Anfall von Altautos im Gebiet der Beklagten zu 2) und der Städte R und V zu bewältigen.

BGH - 26.09.2002 - I ZR 293/99 - Urteil

Auch der Klageantrag zu I 1 b sei unbegründet. Es könne nicht angenommen werden, dass die Bekl wettbewerbswidrig gehandelt hätten, weil verschiedenen Autohäusern in W für Altdautos ein pauschaler Abnahmepreis gezahlt worden sei. Die Kl äußerten insoweit nur Vermutungen. Sie räumten selbst ein, dass der zu zahlende Preis jeweils grundsätzlich am konkreten Recyclingwert ausgerichtet werde. Dies bedeute, dass es Fälle gegeben habe, in denen auch die Kl ein Altdauto nicht unentgeltlich übernehmen konnten. Es lasse sich deshalb nicht feststellen, in welchem Ausmaß die Beklagten zu 2) wirtschaftlich unvernünftig und wettbewerbswidrig gehandelt haben könnten, indem sie der Beklagten zu 1) das beanstandete Preisgebaren ermöglicht habe. Auch der Wirtschaftsbetrieb einer Gemeinde sei in seiner Preisgestaltung grundsätzlich frei. Es sei nicht substantiiert dargetan, dass die Beklagten zu 1) in Vernichtungs- oder Verdrängungsabsicht gehandelt habe oder dass öffentliche Mittel zweckentfremdet worden seien.

Der Klageantrag zu I 1 c sei ebenfalls unbegründet. Für die Annahme der Sittenwidrigkeit genüge nicht die Behauptung, dass die Beklagte zu 2) durch ihr Straßenverkehrsamt hoheitliche Leistungen erbracht habe und durch dieselben Personen Altdautos entgegengenommen habe. Es fehle dazu eine eingehende Darstellung der konkreten Handlungs- und Organisationsabläufe. Ebenso hätte es näherer Angaben bedurft, warum das Straßenverkehrsamt wettbewerbswidrig handele, wenn es - was grundsätzlich zulässig sei - kostenlos Fahrkarten für die Rückfahrt mit öffentlichen Nahverkehrsmitteln abgebe.

Ein Unterlassungsanspruch sei jedenfalls mangels einer Wiederholungsgefahr nicht gegeben. Die Bekl hätten in der mündlichen Verhandlung verbindlich erklärt, das mit dem Klageantrag zu I 1 c angegriffene Verhalten, das am 1.4.1998 eingestellt worden sei, werde nicht wieder aufgenommen werden. Diese Zusicherung der Bekl zu 2), die vornehmlich als Hoheitsträger gehandelt habe, sei hier ausnahmsweise ausreichend.

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Revisionsangriffe bleiben ohne Erfolg.

Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht entschieden, dass der mit dem Klageantrag zu I 1 a geltend gemachte Unterlassungsanspruch, mit dem die Kl ein vollständiges Verbot der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Beklagte zu 1) bei der Altdautoverwertung und -entsorgung sowie der Beteiligung der Beklagte zu 2) daran begehren, unbegründet ist.

Der Klageantrag zu I 1 a könnte nach § 1 UWG nur begründet sein, wenn es schlechthin - auch ohne Hinzutreten besonderer Umstände - als wettbewerbswidrig anzusehen wäre, dass die Beklagten zu 1) privaten Auftraggebern die umweltverträgliche Entsorgung von Altdautos anbietet und solche Arbeiten ausführt. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung kann offen bleiben, ob die Verwertung und Entsorgung von Altdautos durch die Beklagte zu 1) gegen die Vorschrift des § 107 GO NW über die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden verstößt. Eine Verlet-

BGH - 26.09.2002 - I ZR 293/99 - Urteil

zung dieser Vorschrift hätte nicht zur Folge, dass das beanstandete Handeln wettbewerbsrechtlich als unlauter anzusehen wäre.

Wie der Senat - nach Erlass des Berufungsurteils - entschieden hat (Urt. v. 25.4.2002 - I ZR 250/00, GRUR 2002, 825, 826 = WRP 2002, 943 - Elektroarbeiten, für BGHZ vorgesehen; vgl. auch Köhler, NJW 2002, 2761, 2762; a.A. Dreher, ZIP 2002, 1648), ist ein Anspruch aus § 1 UWG nicht immer schon dann gegeben, wenn ein Wettbewerber Vorschriften verletzt, bei deren Einhaltung er aus dem Markt ausscheiden müsste. Auch bei der Verletzung von Vorschriften über den Marktzutritt muss anhand einer am Schutzzweck des § 1 UWG auszurichtenden Würdigung des Gesamtcharakters des Verhaltens geprüft werden, ob dieses durch den Gesetzes verstoss das Gepräge eines wettbewerbsrechtlich unlauteren Verhaltens erhält. Der Gesetzes verstoss kann dazu allein nicht genügen, wenn die verletzte Norm nicht zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene, d.h. - entsprechend dem Normzweck des § 1 UWG - eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion hat (BGH GRUR 2002, 825, 826 - Elektroarbeiten). Eine solche Schutzfunktion fehlt der Vorschrift des § 107 GO NW ebenso wie der ihr entsprechenden Bestimmung des Art. 87 BayGO, die Gegenstand der Entscheidung „Elektroarbeiten“ war (vgl. BGH GRUR 2002, 825, 826 f.; a.A. Dreher, ZIP 2002, 1648 ff.). Diese Vorschrift soll allerdings - wie u.a. aus § 107 Abs. 5 GO NW hervorgeht - auch die private Wirtschaft schützen, indem sie der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden Schranken setzt (vgl. die Begründung zu Art. 1 Nr. 8 des Gesetzentwurfs der Landesregierung für ein Erstes Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen [Erstes Modernisierungsgesetz - 1. ModernG NRW], LT-Drucks 12/3730, 106). Sie hat auch insofern eine den Wettbewerb regelnde Funktion, als sie durch die Beschränkung des Marktzutritts der Gemeinden Rahmenbedingungen des Wettbewerbs festlegt. Sie dient jedoch nicht der Kontrolle der Lauterkeit des Marktverhaltens der Gemeinden. Auf Umstände, aus denen sich die wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit der mit dem Klageantrag zu I 1 a angegriffenen Tätigkeit ergeben könnte, stellt § 107 GO NW nicht ab.

Für die Entscheidung über den Klageantrag zu I 1 a ist es auch unerheblich, ob die Altautoverwertung durch die Bekl zu 1) mit den Vorschriften des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (Krw-/AbfG) vereinbar ist. Selbst wenn davon auszugehen sein sollte, dass die Abfallverwertung durch dieses Gesetz materiell privatisiert und damit der Aufgabewahrnehmung durch kommunale Einrichtungen entzogen ist, wie die Revision unter Berufung auf Weidemann (VerwArch 1999, 533, 546 f.) vorträgt, könnte ein

Verstoß gegen eine derartige gesetzliche Schranke aus denselben Gründen keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche von Wettbewerbern begründen wie ein Verstoß gegen § 107 GO NW.

Wie das Berufungsgericht zutreffend entschieden hat, kann der Klageantrag zu I 1 a auch nicht darauf gestützt werden, dass die Beklagte zu 2) zusammen mit den Städten R und V wirtschaftlich Träger der Beklagte zu 1) ist. Die beanstandete Tätigkeit der Beklagte zu 1)

BGH - 26.09.2002 - I ZR 293/99 - Urteil

wird nicht dadurch als solche wettbewerbsrechtlich unlauter, dass die öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften, die ihre Träger sind, zu ihrer Finanzierung mit Mitteln beitragen können, die ihnen durch Steuern und Abgaben zugeflossen sind (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 19.6.1986 - I ZR 54/84, GRUR 1987, 116, 118 = WRP 1987, 22 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I; Köhler, NJW 2002, 2761, 2762). Wäre die Verwendung solcher Mittel (oder bereits die Möglichkeit ihrer Verwendung) als wettbewerbswidrig anzusehen, wäre der öffentlichen Hand durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs jede erwerbswirtschaftliche Tätigkeit untersagt. Anders wäre es allerdings zu beurteilen, wenn diese Finanzmittel in unlauterer Weise eingesetzt würden (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 24.9.2002 - KZR 4/01, Umdruck S. 10 - Kommunaler Schilderprägebetrieb; Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 1 Rn 562 ff. m.w.N.).

Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht entschieden, dass die mit dem Klageantrag zu I a angegriffene Tätigkeit der Beklagte zu 1) als solche selbst dann nicht wettbewerbswidrig wäre, wenn die Kapazität der dafür errichteten Anlagen so ausgelegt sein sollte, dass sämtliche im Gebiet der beteiligten Städte anfallenden Altautos verwertet und entsorgt werden könnten. Auch wenn dies bedeuten sollte, dass die Anlagen nur bei einer Verdrängung der privaten Wettbewerber wirtschaftlich sein könnten, würde daraus nicht folgen, dass jedwede Nutzung der Anlagen wettbewerbsrechtlich unlauter wäre. Schafft die öffentliche Hand Überkapazitäten, beeinträchtigt sie dadurch allein nicht den lautereren Wettbewerb.

Der Klageantrag zu I 1 a ist auch nicht auf der Grundlage eines quasi-negatorischen Unterlassungsanspruchs wegen Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 1004 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB) begründet, da § 107 GO NW kein Schutzgesetz i.S. dieser Bestimmung ist (vgl. Rehn/ Cronauge/von Lennep, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Stand Mai 2000, § 107 Anm. I 4 m.w.N.). Eine Vorschrift ist nicht schon dann ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, wenn sie nach ihrem Inhalt und Zweck die Belange eines anderen fördert. Erforderlich ist vielmehr, dass sie in der Weise einem gezielten Individualschutz gegen eine näher bestimmte Art der Schädigung dienen soll, dass an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht des Verletzers geknüpft wird. Bei § 107 GO NW ist dies nicht anzunehmen. Die Vorschrift beschränkt zwar die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden auch deshalb, weil sich diese zu Lasten der Privatwirtschaft auswirken kann. Sie hat aber nicht den Zweck, die einzelnen Unternehmen dadurch vor einem Wettbewerb durch gemeindliche Unternehmen zu schützen, dass ein Verstoß Individualansprüche auf Schadensersatz und Unterlassung begründen kann (vgl. - zu Art. 87 BayGO - BGH GRUR 2002, 825, 828 - Elektroarbeiten, m.w.N.).

Der Klageantrag zu I 1 b ist nach der rechtsfehlerfreien Entscheidung des Berufungsgerichts ebenfalls unbegründet. Nach diesem Antrag soll den Bekl verboten werden, Autohäusern in W den Ankauf von Altautos zu einem Pauschalpreis von 250 DM anzubieten und/oder Altautos zu einem solchen Preis anzukaufen.

BGH - 26.09.2002 - I ZR 293/99 - Urteil

Die Ausführungen des Berufungsgerichts, es sei nicht substantiiert dargelegt, dass mit Pauschalzahlungen in dieser Höhe unlauterer Verdrängungswettbewerb zu Lasten der privaten Wettbewerber betrieben werde (§ 1 UWG), greift die Revision ohne Erfolg an. Ein Verdrängungswettbewerb könnte nur angenommen werden, wenn für Altagos ein Pauschalpreis von 250 DM unangemessen wäre. Die Revision trägt dies zwar vor, hat jedoch dazu in ihrer Revisionsbegründung nicht auf übergangenen Sachvortrag Bezug genommen, sondern sich lediglich in unzulässiger Weise auf die Lebenserfahrung berufen. Auch wenn ihr späteres Vorbringen bei der revisionsrechtlichen Würdigung berücksichtigt werden könnte, wäre es jedenfalls - was jedoch unerörtert bleiben kann - im Ergebnis unbehelflich.

Für ihr Vorbringen, der Klageantrag zu I 1 b sei jedenfalls auch aus § 20 Abs. 4 GWB begründet, kann die Revision nicht auf Vorbringen in den Vorinstanzen verweisen, aus dem sich ergibt, dass die Beklagte zu 1) Normadressatin ist.

Auch den Klageantrag zu I 1 c (Entgegennahme von Altfahrzeugen in der Kfz-Zulassungsstelle) hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei als unbegründet erachtet, weil eine wettbewerbswidrige Vermischung hoheitlicher und erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit nicht dargetan ist. Es ist nicht ohne weiteres wettbewerbswidrig, dass die Beklagten zu 2) in ihrem Straßenverkehrsamt Altagos, die dort abgemeldet wurden, gegen Zahlung von 100 DM entgegengenommen und der Beklagte zu 1) zur Entsorgung zugeführt hat.

Der öffentlichen Hand ist es allerdings grundsätzlich untersagt, amtliche Beziehungen zur Werbung oder zum Abschluss von Verträgen auszunutzen, um sich oder einem Dritten auf diese Weise Vorteile im Wettbewerb zu verschaffen. In einem solchen Vorgehen kann ein Missbrauch der amtlichen Stellung und der Einrichtungen der Verwaltung liegen, der im Sinne des § 1 UWG sittenwidrig ist. Eine andere Beurteilung kann aber dann geboten sein, wenn ein enger Zusammenhang zwischen der hoheitlichen Tätigkeit und der Teilnahme am Wirtschaftsleben besteht und die Handlung der Erfüllung amtlicher Aufgaben in der Weise dient, dass sie nur als eine Art Hilfstätigkeit der öffentlichen Verwaltung erscheint. Unter solchen Umständen kann die gebotene Interessenabwägung dazu führen, dass wettbewerbsrechtliche Bedenken zurückzutreten haben. Allerdings wird die öffentliche Hand in solchen Fällen das jeweils schonendste Mittel zu wählen haben, das einerseits den zu wahren öffentlichen Interessen genügt, andererseits aber auch die Belange des privaten Gewerbes so wenig wie möglich beeinträchtigt (vgl. BGH, Urt. v. 26.4.1974 - I ZR 8/73, GRUR 1974, 733, 735 = WRP 1974, 397 - Schilderverkauf, m.w.N.; vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 24.9.2002 - KZR 4/01, Umdruck S. 10 f. - Kommunalen Schilderprägebetrieb).

Nach dem Sachverhalt, von dem im Revisionsverfahren auszugehen ist, kann kein wettbewerbswidriges Verhalten der Beklagte zu 2) angenommen werden. Die Beklagte zu 2) hat der Beklagte zu 1) allerdings einen nicht geringen Wettbewerbsvorteil verschafft, indem sie ermöglicht hat, Altagos zugleich mit der Abmeldung bei der Zulassungsstelle ge-

BGH - 26.09.2002 - I ZR 293/99 - Urteil

gen Entgelt zur Entsorgung abzugeben. Zwischen der - auch im öffentlichen Interesse liegenden - Möglichkeit, auf diese Weise Altautos rasch, gefahrlos und für die Bürger besonders bequem aus dem Verkehr zu ziehen, und dem öffentlichen Zweck einer Zulassungsstelle besteht aber ein sehr enger Zusammenhang. Es kann daher nicht angenommen werden, dass es ohne Hinzutreten weiterer Umstände wettbewerbswidrig war, wenn im Straßenverkehrsamt der Beklagte zu 2) bis zum 1.4.1998, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Altauto-Verordnung (Verordnung über die Entsorgung von Altautos und die Anpassung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften vom 4.7.1997, AltautoV, BGBl I, 1666), Altautos zur Entsorgung entgegengenommen wurden. Solche Umstände haben die Kl, wie bereits das Berufungsgericht ausgeführt hat, nicht dargelegt. Sie haben auch nicht vorgebracht, dass sie sich um eine Zusammenarbeit mit dem Straßenverkehrsamt bei der Entgegennahme von Altautos bemüht hätten, aber aus unsachlichen Gründen davon ausgeschlossen worden seien (vgl. dazu BGH, Urt. v. 14.7.1998 - KZR 1/97, GRUR 1999, 278, 280 f. = WRP 1999, 105 - Schilderpräger im Landratsamt; Urt. v. 14.7.1998 - KZR 15/97, Umdruck S. 10).

Aus den vorstehend dargelegten Gründen können die Kl mit ihren - auf die Anträge zu I 1 a bis c bezogenen - Ansprüchen auf Verurteilung der Beklagte zur Auskunftserteilung (Klageantrag I 2) und Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht (Klageantrag zu II) ebenfalls nicht durchdringen.

Die Kl können Schadensersatz und Auskunftserteilung auch nicht für die Zeit vor Inkrafttreten der Neufassung des § 107 GO NW (vgl. Art. 1 Nr. 8 des 1. ModernG vom 15.6.1999, GVBl. NW 1999, 386) verlangen. Nach der zuvor geltenden Fassung des § 107 GO NW war zwar eine erwerbswirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde grundsätzlich nur zulässig, wenn ein dringender öffentlicher Zweck sie erforderte (§ 107 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a GO NW a.F.). Auch diese engeren Schranken für eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit waren aber nicht im Interesse der Lauterkeit des Wettbewerbs gesetzt, sodass ein Verstoß gegen sie nicht zugleich wettbewerbswidrig war ... “

**Prof. Dr. Eike Ullmann, Vors. RiBGH,
Dr. Alfred Bergmann, RiBGH
Ausgabe: 6/2006 vom 16.06.2006**

Erscheinungsweise: monatlich

Quelle: Zitiervorschlag: jurisPR-WettbR 6/2006 Anm. 1, Bergmann

Inhaltsübersicht

Anm. 1 Schutz einer Marke, bestehend aus dem Namen des Designers und Erstherstellers der mit ihr versehenen Waren

Anmerkung zu EuGH 3. Kammer, Urteil vom 30.03.2006 - C-259/04
von Dr. Alfred Bergmann, RiBGH

Anm. 2 Auslobung eines Luxus sportwagens im Rahmen eines Preisrätsels („Gewinnfahrzeug mit Fremdemblem“)

Anmerkung zu BGH 1. Zivilsenat, Urteil vom 03.11.2005 - I ZR 29/03
von Loy Ullmann, RA

Anm. 3 Bedeutung gegensteuernder Verwendungshinweise für das Patent („Rangierkatze“)

Anmerkung zu BGH 10. Zivilsenat, Urteil vom 13.12.2005 - X ZR 14/02
von Johannes Heselberger, RA, European Patent Attorney

Anm. 4 Bestattungswirtschaftliche Betätigung einer Kommune („Friedhofsruhe“)

Anmerkung zu BGH 1. Zivilsenat, Urteil vom 21.07.2005 - I ZR 170/02
von Dr. Plehwe Thomas von, RA BGH

Anm. 5 Einschränkung des Verbreitungsgebiets von Werbung im Internet („Arzneimittelwerbung im Internet“)

Anmerkung zu BGH 1. Zivilsenat, Urteil vom 30.03.2006 - I ZR 24/03
von Dr. Stefan Ernst, RA

Anm. 6 Kein Missbrauch des Rechts zur Verfolgung von gleichartigen Verstößen mehrerer in einem Konzern verbundener Schuldner

Anmerkung zu OLG Naumburg 10. Zivilsenat, Urteil vom 11.11.2005 - 10 U 26/05 (Hs)
von Dr. Gangolf Hess, Vors. RiLG

Anm. 1: Schutz einer Marke, bestehend aus dem Namen des Designers und Ersthersellers der mit ihr versehenen Waren

Anmerkung zu EuGH 3. Kammer, Urteil vom 30.03.2006 - C-259/04
von Dr. Alfred Bergmann, RiBGH

Leitsätze

1. Die Eintragung einer Marke, die aus dem Namen des Designers und ersten Herstellers der mit dieser Marke versehenen Waren besteht, darf nicht schon aufgrund dieser Besonderheit mit der Begründung abgelehnt werden, dass sie im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. g der Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken das Publikum täusche. Dies gilt insbesondere dann, wenn der mit der zuvor in anderer grafischer Form eingetragenen Marke verbundene Goodwill zusammen mit dem Geschäftsbetrieb der Herstellung der Waren, auf die sich die Marke bezieht, übertragen worden ist.

2. Eine Marke, die aus dem Namen des Designers und Ersthersellers der mit dieser Marke versehenen Waren besteht, darf nicht schon aufgrund dieser Besonderheit mit der Begründung für verfallen erklärt werden, dass sie im Sinne von Art. 12 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 89/104 das Publikum irreführe. Dies gilt insbesondere dann, wenn der mit dieser Marke verbundene Goodwill zusammen mit dem Geschäftsbetrieb der Herstellung der Waren, auf die sich die Marke bezieht, übertragen worden ist.

A.

Problemstellung

Gem. Art. 3 Abs. 1 lit. g MRRL, § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG sind Zeichen von der Eintragung ausgeschlossen, die geeignet sind, das Publikum zu täuschen, zum Beispiel (MRRL) oder insbesondere (MarkenG) über die Art, die Beschaffenheit oder die geographische Herkunft der Waren oder Dienstleistungen zu täuschen. Erlangt eine Marke nach dem Zeitpunkt ihrer Eintragung infolge ihrer Benutzung durch den Inhaber oder mit seiner Zustimmung für Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, diese Eignung zur Irreführung, so wird sie auf Antrag wegen Verfalls gelöscht, Art. 12 Abs. 2 lit. b MRRL, § 49 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Der EuGH hatte sich mit der Frage zu befassen, ob das Schutzhindernis der Täuschungseignung gegeben ist, wenn eine aus dem Namen des Unternehmensinhabers bestehende Marke von diesem zusammen mit dem Unternehmen auf einen Dritten veräu-

Bert wird und sie von dem Dritten für die bisherigen Waren und Dienstleistungen weiter verwendet wird, obwohl der Namensinhaber nicht mehr an deren Herstellung und Erbringung mitwirkt.

B.

Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Für die renommierte englische Modedesignerin Elizabeth Emanuel, die u.a. das Brautkleid von Lady Diana bei deren Hochzeit mit Prinz Charles entworfen hat, war seit 1997 eine Wortbildmarke eingetragen, bestehend aus ihrem Vor- und Nachnamen sowie den gegenüber gesetzten Doppelbuchstaben „E“ in Form eines Wappens. Im September 1997 übertrug Frau Emanuel ihr Modegeschäft und die eingetragene Marke wegen finanzieller Schwierigkeiten auf ein anderes Unternehmen, das die Marke im November 1997 weiter veräußerte. Die Erwerberin meldete Anfang 1998 eine geänderte Form des Zeichens zur Eintragung an, indem es die frühere Schreibweise änderte und das Wappen herausnahm. Frau Emanuel, die ihre Zusammenarbeit mit der Erwerberin beendet hatte, legte gegen die Änderung der Marke Widerspruch ein und beantragte, die gleich lautende eingetragene Marke für verfallen zu erklären. Der im ersten Rechtszug zuständige Hearing Officer wies beide Rechtsbehelfe zurück. Gegen diese Entscheidung legte Frau Emanuel bei der Appointed Person, einer nach Art. 76 und 77 des Markengesetzes des Vereinigten Königreichs (Trade Marks Act 1994) zuständigen Instanz, Rechtsmittel ein. Die Appointed Person setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vor. Die Fragen liefen darauf hinaus, ob der Eintragung einer Personenmarke unter den Umständen des Falles – Übertragung und Weiterbenutzung durch den Erwerber – das genannte Schutzhindernis der Täuschungseignung entgegenstehe, wenn zur Zeit der Anmeldung ein erheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise der unzutreffenden Meinung gewesen sei, die Benutzung der Marke bedeute, dass die fragliche Person noch immer am Design oder an der Kreation der Waren, für die die Marke benutzt werde, mitwirke, und durch diese Meinung wahrscheinlich in seinem Kaufverhalten beeinflusst worden sei. Für den Fall der (teilweisen) Verneinung sollte der EuGH die weitere Frage beantworten, was sonst noch bei der Beurteilung der Täuschungseignung zu berücksichtigen sei, insbesondere ob es von Bedeutung sei, dass die Täuschungseignung wahrscheinlich mit der Zeit schwinde.

Der EuGH hat die Vorlagenfragen wie aus den oben wiedergegebenen Leitsätzen ersichtlich beantwortet. Zur Begründung hat er sich zunächst darauf bezogen, dass Personennamen in Art. 2 MRRL ausdrücklich als Zeichen genannt sind, die Marken sein können. Eine Marke wie ELIZABETH EMANUEL könne auch die Herkunftsfunktion einer Marke erfüllen. Jedoch müsse das öffentliche Interesse, welches das Eintragungshindernis in Art. 3 Abs. 1 lit. g MRRL rechtfertige, zur Frage nach der Verwechslungsgefahr (in der engli-

schen Urteilsfassung heißt es „risk of confusion“) führen, die eine solche Marke für einen Durchschnittsverbraucher heraufbeschwöre, insbesondere wenn die Person, aus deren Namen die Marke bestehe, ursprünglich die mit dieser Marke versehenen Waren personifiziert habe. Erforderlich sei für die Ablehnung der Eintragung insoweit eine tatsächliche Irreführung des Verbrauchers oder eine hinreichend schwerwiegende Gefahr einer solchen.

Diese Voraussetzungen verneint der EuGH im vorliegenden Fall, weil die Merkmale und Eigenschaften des betreffenden Kleidungsstücks von dem Unternehmen, das Inhaber der Marke sei, weiterhin garantiert würden. Der Umstand, dass ein Durchschnittsverbraucher bei seinem Entschluss zum Kauf eines mit der Marke gekennzeichneten Kleidungsstücks von der Vorstellung beeinflusst sein könnte, dass die Klägerin des Ausgangsverfahrens an dessen Kreation mitgewirkt habe, begründet nach Ansicht des EuGH keine Täuschung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. g MRRL. Die Prüfung, ob das Unternehmen, das nunmehr Inhaberin der Marke sei, diese in der Absicht präsentiere, den Verbraucher glauben zu machen, dass Frau Emanuel immer noch die Designerin der mit dieser Marke versehenen Waren sei oder an ihrer Kreation mitwirke, und ob ein solches Verhalten möglicherweise arglistig sei, obliege dem nationalen Gericht, sei aber keine Frage von Art. 3 MRRL.

C.

Kontext der Entscheidung

Das Eintragungshindernis der Eignung zur Irreführung gem. Art. 3 Abs. 1 lit. g MRRL, § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG berührt die Schnittstelle zwischen Marken- und Wettbewerbsrecht. Der Zweck dieses Eintragungshindernisses, die Allgemeinheit vor irreführenden Zeichen zu schützen, entspricht dem des Irreführungsverbots der §§ 3, 5 UWG. Auch Zeichen dienen der Werbung und dürfen den Verkehr nicht irreführen. Die notwendige Abgrenzung zwischen markenrechtlichem Eintragungshindernis und wettbewerbsrechtlichem Irreführungsverbot erfolgt nach der deutschen Rechtsprechung dadurch, dass es bei der Beurteilung, ob ein solches Schutzhindernis besteht, auf die Irreführung durch den Zeicheninhalt selbst ankommt und nicht darauf, ob das Zeichen bei einer besonderen Art der Verwendung im Geschäftsverkehr geeignet sein kann, irreführende Vorstellungen zu erwecken (BGH, Beschl. v. 11.10.2001 - I ZB 5/99 - GRUR 2002, 540, 541 „OMEPRAZOK“). Ist für die entsprechenden Waren eine Markenbenutzung möglich, bei der keine Irreführung des Verkehrs erfolgt, liegt das absolute Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG nicht vor (BGH, Beschl. v. 11.10.2001 - I ZB 5/99). Von diesen Grundsätzen wird man auch bei Marken auszugehen haben, die aus dem Namen einer Person bestehen (vgl. Steinbeck in: Festschrift Bartenbach, 2005, S. 467, 470 f.; Kaufmann, Die Personenmarke, 2005, S. 53 ff.). Bei solchen Personenmarken kommt in Betracht, dass der Verkehr aus dem Namen auf das Vorhandensein sachlicher Beziehungen schließt, welche die Art oder Be-

schaffenheit der betreffenden Waren berühren, z.B. auf eine irgendwie geartete Mitwirkung des Namensträgers an der Herstellung der beanspruchten Waren (vgl. Ströbele in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 8 Rn. 595; Kaufmann, a.a.O., S. 54). Die Frage, ob solche Beziehungen tatsächlich bestehen oder nicht, betrifft in aller Regel jedoch nicht den Zeicheninhalt als solchen, sondern hängt von den tatsächlichen Umständen der Verwendung des Zeichens ab. Erscheint es nicht von vornherein als ausgeschlossen, dass der Verkehrsvorstellung entsprechende Beziehungen zum Namensträger bestehen können, so ist eine Täuschungseignung im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG zu verneinen (ebenso Steinbeck, a.a.O., S. 471).

Auch der EuGH gelangt zu dem Ergebnis, dass einer über Beziehungen zu dem Namens-träger irreführenden Verwendung der Personenmarke nur außerhalb des markenrechtli-chen Registerverfahrens begegnet werden kann. Er begründet dieses Ergebnis aber wenig überzeugend mit dem Argument, eine etwaige unrichtige Vorstellung der Verbraucher, Frau Emanuel habe an der Kreation eines mit der Marke versehenen Kleidungsstücks mit-gewirkt, sei unbeachtlich, weil die Merkmale und die Eigenschaften dieses Kleidungs-stücks von dem Unternehmen, das Inhaber der Marke sei, weiterhin garantiert würden (Tz. 48). Erstaunlicherweise findet sich weder in der Entscheidung des EuGH noch in den Schlussanträgen des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer eine ausdrückliche Feststel-lung dazu, für welche Waren oder Dienstleistungen die Marke eingetragen worden ist, ob-wohl der Zeicheninhalt, dessen Eignung zur Irreführung des Verkehrs zur Prüfung stand, maßgeblich von den Waren und Dienstleistungen geprägt wird, für die der markenrechtli-che Schutz beansprucht wird (vgl. BGH, Beschl. v. 11.10.2001 - I ZB 5/99 - GRUR 2002, 540, 541 „OMEPRAZOK“). Geht man von Kleidungsstücken aus, dann kann nur bei Zu-grundelegung eines sehr engen Begriffsverständnisses angenommen werden, dass ins-besondere bei „Designerware“ die Mitwirkung des Modeschöpfers, mit dessen Namen die Kleidungsstücke versehen sind, kein die Beschaffenheit der Ware im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. g MRRL, § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG betreffender Umstand sein kann. Für eine solche enge Auslegung geben weder der Wortlaut noch der Zweck des Schutzhindernisses etwas her. Und um die Garantiefunktion der Marke im Hinblick auf die Herkunft der gekennzeich-neten Waren und um eine insoweit bestehende Verwechslungsgefahr geht es entgegen den insoweit jedenfalls missverständlichen Formulierungen des EuGH bei dem hier in Re-de stehenden Schutzhindernis nicht. Allerdings kann die Marke ihrem Inhalt nach selbst dann ohne die Gefahr einer Irreführung benutzt werden, wenn der Verkehr eine Mitwirkung des Namensträgers an der Herstellung der so gekennzeichneten Kleidungsstücke erwar-ten sollte. Die bloße Möglichkeit einer entsprechenden Benutzung genügt, um das Schutzhindernis zu verneinen. Die tatsächliche Verwendung kann dann lediglich Gegen-stand der Beurteilung außerhalb des markenrechtlichen Registerverfahrens sein, so dass dem EuGH jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen ist.

D.

Auswirkungen für die Praxis

Die Aussage des EuGH, dass eine irreführende Verwendung einer Personenmarke, die den Verbraucher über die Mitwirkung des Namensträgers an der Herstellung der mit der Marke gekennzeichneten Waren täuscht, keine Täuschung im Sinne von Art. 3 MRRL ist, daher die Marke nicht selbst und folglich auch nicht die Möglichkeit ihrer Eintragung berührt, bedeutet nicht nur, dass auf eine solche irreführende Verwendung gestützte Ansprüche außerhalb des Markenrechts verfolgt werden müssen, also vornehmlich nach Wettbewerbsrecht. Sie kann auch für die Auffassung nutzbar gemacht werden, dass die Eintragung einer Personenmarke, wenn sie von einer von dem Namensträger verschiedenen Person angemeldet wird, nicht von dem Nachweis abhängig gemacht werden kann, dass tatsächlich irgendwelche sachlichen Beziehungen des Namensträgers zu den beanspruchten Waren oder Dienstleistungen bestehen.

E.

Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Der EuGH prüft im Rahmen der Zulässigkeit der Vorlagefragen noch, ob die Appointed Person nach Art. 76 und 77 des Trade Marks Act 1994 als Gericht im Sinne von Art. 234 EG anzusehen und damit zur Vorlage berechtigt ist. Ob es sich bei einer Einrichtung um ein Gericht im Sinne dieser Bestimmung handelt, beurteilt der EuGH gewöhnlich anhand einer Reihe von Kriterien wie gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, Streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen durch die Einrichtung und deren Unabhängigkeit. Im vorliegenden Fall leitet er den Charakter eines Gerichts daraus her, dass es sich bei der Appointed Person um eine ständige Einrichtung handelt, die nach dem Markengesetz und den in den Rules 63 bis 65 der Trade Marks Rules 2000 vorgesehenen Verfahrensvorschriften in einem Streitigen Verfahren Recht spricht, ihre Entscheidungen bindend und grundsätzlich endgültig sind, sofern sie nicht ausnahmsweise auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden, und die Appointed Person während der Ausübung ihrer Tätigkeit richterliche Unabhängigkeit genießt.

**Anm. 2: Auslobung eines Luxusportwagens im Rahmen eines Preisrät-
sels („Gewinnfahrzeug mit Fremdemblem“)**

Anmerkung zu BGH 1. Zivilsenat, Urteil vom 03.11.2005 - I ZR 29/03
von Loy Ullmann, RA

Leitsätze

1. Dem Markeninhaber stehen keine berechtigten Gründe i.S.v. § 24 Abs. 2 MarkenG zu, sich der Auslobung der Markenware als Gewinn, versehen mit einem Zeichen des Sponsors des Gewinns, zu widersetzen, wenn der Verkehr in der Anbringung des Zeichens neben der Marke lediglich einen Hinweis auf die Sponsoreneigenschaft sieht und auch nicht der Eindruck erweckt wird, zwischen Sponsor und Markeninhaber bestünden geschäftliche Beziehungen.

2. Die mit dem Versprechen einer Luxusware als Gewinn einhergehende Werbewirkung der Großzügigkeit des auslobenden Unternehmens ist eine der Natur der Sache nach gegebene Folge des konkreten Gewinnspiels. Diese Transferwirkung fällt auch dann nicht aus dem rechtlich zulässigen Rahmen, wenn ein Luxusfahrzeug einer bekannten Marke ausgelobt wird.

A.

Problemstellung

Im Interesse der Allgemeinheit und des freien Warenverkehrs gewährt das Markenrecht dem Markeninhaber die Befugnis nur über das erstmalige Inverkehrbringen der mit seiner Marke versehenen Produkte. Auf der Basis von § 24 Abs. 1 MarkenG wird ihm dabei grundsätzlich die Kontrolle der weiteren Benutzung seines Zeichens für Produkte, die mit seiner Zustimmung in den Verkehr gelangt sind, entzogen. Folge des Erschöpfungsgrundsatzes ist es, dass rechtmäßig in Verkehr gebrachte Markenprodukte weiter verbreitet werden dürfen.

Der Erschöpfungsgrundsatz findet seine Grenzen dort, wo berechnigte Interessen des Markeninhabers entgegenstehen. Berechnigte Interessen können insbesondere die Veränderung des Zustandes der Ware nach ihrem Inverkehrbringen oder ihre Verschlechterung sein, § 24 Abs. 2 MarkenG. Bei § 24 Abs. 2 MarkenG handelt es sich insofern um eine zu Gunsten des Markeninhabers bestehende „Schranken-Schranke“.

Zur Frage der markenrechtlichen Erschöpfung bzw. der einer Erschöpfung entgegenstehenden berechtigten Interessen des Markeninhabers ist die vorliegende Entscheidung ergangen. Es geht um die Frage, ob die im Rahmen eines Gewinnspiels ausgelobte und mit dem Zeichen des Sponsors des Gewinnspiels versehene Markenware i.S.v. § 24 Abs. 2 MarkenG verändert wurde und/oder berechnigte Interessen des Markeninhabers im Sinne der Norm tangiert werden.

B.

Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Beklagte gibt eine Fernsehprogrammzeitschrift heraus. Zusammen mit einem Hersteller für Kräuterlikör, der Jägermeister AG, veranstaltete sie ein Preisrätsel, bei dem unter anderem ein Ferrari gewonnen werden konnte. Für das Gewinnspiel wurde mit einer ganzseitigen Anzeige geworben. An dem in der Anzeige abgebildeten Ferrari war auf der Kühlerhaube das Jägermeisteremblem angebracht. Zum Zeitpunkt der Durchführung des Gewinnspiels stand der ausgelobte Ferrari im Eigentum der Jägermeister AG.

Die Klägerin ist Teil des Ferrari-Konzerns und sah als Prozessstandschafterin der ebenfalls zum Konzern gehörenden Firma Ferrari S.p.A. durch die Anbringung des Jägermeisteremblems auf der Motorhaube des im Preisrätsel ausgelobten Ferrari die Rechte der Firma Ferrari S.p.A. an den Kennzeichen „Ferrari“ und „Ferrari-Pferd“ verletzt. Wegen des gleichzeitig erfolgenden Imagetransfers von Ferrari auf die Jägermeister AG müsse zudem ein Verstoß gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb bejaht werden.

Der I. Zivilsenat des BGH hat – wie auch schon das Berufungsgericht – Ansprüche aus dem Markengesetz (§ 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG) abgelehnt, weil durch den Verkauf des Sportwagens an die Jägermeister AG markenrechtliche Erschöpfung eingetreten sei. Ein markenmäßiger Gebrauch des Ferrari-Zeichens wurde allerdings angenommen. Hierfür sei entscheidend, ob die Marke zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen als Zeichen eines bestimmten Unternehmens benutzt werde oder ob die Benutzung zu anderen Zwecken erfolge (BGH, Urt. v. 06.12.2001 - I ZR 136/99 - GRUR 2002, 814 „Festspielhaus“). Aufgrund der herkunftshinweisenden Verwendung der Marke sah der BGH das Merkmal der markenmäßigen Benutzung zu Recht als gegeben an.

Schließlich hätten sich aber durch die Veräußerung des Ferraris die Rechte der Markeninhaberin erschöpft. Die Erschöpfungswirkung sei durch die „Schranken-Schranken-Regelung“ des § 24 Abs. 2 MarkenG nicht aufgehoben. Das Anbringen des Jägermeisteremblems neben dem Ferrarizeichen verändere das Wesen des (ausgelobten) Fahrzeugs nicht; die Eigenart der Ware werde nicht berührt. Auch sonstige berechnigte Gründe, sich dem weiteren Vertrieb des Ferrari mit dem Emblem des Kräuterlikörs zu widersetzen, fehlten.

Die besondere Gestaltung der geschalteten Werbeanzeige mache dem Verbraucher deutlich, worum es gehe, nämlich um die Selbstdarstellung des Likörherstellers als Sponsor des Gewinns. Damit sei eine unlautere Ausnutzung der Unterscheidungskraft oder der Wertschätzung der Ferrari-Marken nicht verbunden. Der Verbraucher habe auch keinen Anlass anzunehmen, dass ein gemeinsames Sponsoring des Preisrätsels oder eine vertragliche Beziehung zwischen Jägermeister und Ferrari vorliege.

C.

Kontext der Entscheidung

Wie vorab erwähnt, beschäftigt sich die Entscheidung in erster Linie mit dem Umfang und den Grenzen des (markenrechtlichen) Erschöpfungsgrundsatzes. Wann und unter welchen Voraussetzungen Erschöpfung eintreten kann, wird durch § 24 Abs. 1 MarkenG bestimmt.

Unverhältnismäßig schwieriger ist die Frage zu beantworten, wann berechtigte Gründe die Erschöpfung nachträglich wieder entfallen lassen, § 24 Abs. 2 MarkenG. Das MarkenG erwähnt in diesem Zusammenhang beispielhaft die Fallgruppe der Zustandsveränderung der Waren nach ihrem Inverkehrbringen bzw. der Zustandsverschlechterung.

In diesem Zusammenhang ist anerkannt, dass nicht jede Veränderung des Produktzustandes die Erschöpfung wieder entfallen lässt. Durch die Veränderung der Ware müssen die charakteristischen Produktmerkmale beeinflusst werden (BGH, Urt. v. 14.12.1995 - I ZR 210/93 - GRUR 1996, 271 „Gefärbte Jeans“; insofern noch zum WZG ergangene Entscheidung, das keine mit § 24 Abs. 2 MarkenG vergleichbare Vorschrift enthielt). Entscheidend ist mithin, ob ein wesentlicher Eingriff gegeben ist, was im Wege der Einzelfallanalyse zu bestimmen ist (Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl., § 24 Rn. 60).

Aufgrund der konkreten Ausgestaltung der zu beurteilenden Werbeanzeige musste vorliegend zu Recht davon ausgegangen werden, dass keine Produktveränderung in der Form erfolgt ist, durch die eine Veränderung der Eigenart bewirkt wird. Der in der Anzeige abgebildete Sportwagen war trotz Anbringung eines Jägermeisteremblems und aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Werbeanzeige ohne weiteres als Ferrari zu identifizieren, der lediglich im Rahmen eines Preisrätsels verlost wird. Eine andere Beurteilung hätte gegebenenfalls erfolgen müssen, wenn durch das charakteristische Liköremblem in Form eines Hirschgeweihs auch das auf dem Kühlergrill angebrachte „Ferrari-Pferdchen“ verdeckt worden wäre. Nicht zuletzt aufgrund des weiterhin erkennbaren „Ferrari-Pferdchens“ und dem Hinweis, dass ein Ferrari ausgelobt werde, war das Fahrzeug aber weiterhin als Sportwagen der Luxusklasse erkennbar.

Die vom Gesetzgeber innerhalb von § 24 Abs. 2 MarkenG verwendete Formulierung „insbesondere“ zeigt, dass auch neben den beispielhaft erwähnten Fallgruppen die durch die Erschöpfung eintretende Beschränkung des Markeninhabers an der Ausübung seiner Rechte nachträglich wieder wegfallen kann, sobald „sonstige“ berechtigte Gründe im Sinne der Vorschrift gegeben sind.

Ein berechtigtes Interesse seitens des Markeninhabers kann bestehen, wenn die Unterscheidungskraft oder die Marke in unlauterer Weise ausgenutzt oder beeinträchtigt werden, oder wenn die Gefahr für die Herkunfts- oder Garantiefunktion der Marke gegeben ist (BGH, Urt. v. 09.06.2004 - I ZR 13/02 - GRUR 2005, 160 „SIM-Lock“). Nicht zuletzt aufgrund des in der Werbeanzeige ausgelobten Luxuswagens erscheint vorliegend auf den ersten Blick ein der „Rolls-Royce“-Entscheidung des BGH (Urt. v. 09.12.1982 - I ZR 133/80 - GRUR 1983, 247 „Rolls-Royce“) vergleichbarer Sachverhalt gegeben. In der genannten Entscheidung war der BGH zu der Auffassung gelangt, dass die szenisch „gestellte“ Abbildung eines wegen seiner Exklusivität bekannten Automobils in einer Werbeanzeige für einen Whiskey als Ausbeutung fremden Rufs wettbewerbswidrig sein kann. Insofern muss aber zwischen dem weiteren Vertrieb der Markenware und der Verwendung der fremden Markenware zur eigenen Absatzförderung differenziert werden:

Marken mit einem starken Profil eignen sich für einen Imagetransfer auf die unterschiedlichsten Produkte. Diese werbewirksame Ausstrahlung bekannter Marken bringt es mit sich, dass Nachahmer versuchen, sich an deren guten Ruf anzuhängen, oder sich deren starke Unterscheidungskraft zu Nutze machen. Ziel ist jeweils, das Verhalten unberechtigter Trittbrettfahrer abzuwehren, die unabhängig von einer Täuschung des Konsumenten vom Ruf oder dem Aufmerksamkeitseffekt der fremden Marke profitieren.

Im Bereich der Rufausbeutung wird dabei schlicht auf die unberechtigte Bereicherung auf Seiten des „Schmarotzers“ abgestellt (Berlit, GRUR 2002, 572, 577), wobei es im konkreten Einzelfall davon abhängt, ob unter Berücksichtigung der Gesamtumstände eine unlautere Rufausbeutung gegeben ist. Allein in dem Zu-Eigen-Machen der werbewirksamen Ausstrahlung bekannter Marken im weitesten Sinne kann eine unzulässige und unlautere Ausnutzung nicht gesehen werden. Anders verhält es sich etwa dann, wenn die Marke in einer Art und Weise benutzt wird, dass der umworbene Verbraucher glaubt, dass ein – in Wirklichkeit minderwertiges – Angebot qualitativ so wertvoll sei wie das andere. Entsprechendes könnte auch gelten, wenn der Verbraucher davon ausgeht, zwischen dem Markeninhaber und dem Wiederverkäufer sei ein organisatorischer oder wirtschaftlicher Zusammenhang gegeben, der auf eine gemeinsame Positionierung der Produkte als hochwertige Markenprodukte gerichtet ist.

Schließlich wird heute bekannten Marken ein verwechslungsunabhängiger Schutz vor Ausbeutung ihrer Werbekraft gewährt, der insbesondere auch die Benutzung der gleichen

oder einer ähnlichen Marke für nicht konkurrierende Produkte erfasst (BGH v. 03.02.2005 - I ZR 159/02 - WRP 2005, 896, 898 „Lila Postkarte“).

Zweifelsohne kann in Anbetracht der konkreten Ausgestaltung der Werbeanzeige und aufgrund der Tatsache der Verlosung eines Luxus sportwagens ein gewisser Werbeeffekt zu Gunsten der Auslobenden nicht verneint werden. Zu dem Verfahren wäre es sicherlich nicht gekommen, wenn Jägermeister sein Emblem nur im Rahmen des Preisrätsels „am Rande“ und nicht auf dem abgebildeten Ferrari über dem springenden Pferd angebracht hätte. Die Grenze des Zulässigen aber hat der BGH mit der konkreten Gestaltung zu Recht nicht als überschritten angesehen. Wer eine (erschöpfte) Markenware mit seinem „Fremdemblem“ versieht, das selbst keinen schlechten Ruf hat, berührt nicht berechnigte Interessen des Markeninhabers. Nicht jedes Interesse des Markeninhabers an einer Vermarktung seiner Marke ist auch ein berechtigtes i.S.d. § 24 Abs. 2 MarkenG.

D.

Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil sorgt für Klarheit im Bereich des weiteren Vertriebs von Markenwaren und der Verwendung einer fremden Markenware zur eigenen Absatzförderung. Es verdeutlicht, dass nicht jeder – dekorativen – Verwendung von Markenwaren ein unlauteres Geschäftsgebaren innewohnt. Gleichwohl wird man an Hand des jeweiligen Einzelfalls zu prüfen haben, ob sich die konkrete Handlungsweise im Bereich des rechtlich Zulässigen bewegt.

E.

Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Nicht zuletzt wegen der Schnittmenge mit dem Tatbestand der unlauteren Rufausbeutung hat die Entscheidung auch einen lauterkeitsrechtlichen Aspekt. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche wurden zum einen aber aufgrund der spezialgesetzlichen Regelungsmaterie des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG verneint. Zum anderen bedingt die Verneinung von berechtigten Interessen des Markeninhabers i.S.v. § 24 Abs. 2 MarkenG aber auch, dass aufgrund der mit dem UWG identischen Wertungsebene im Bereich der berechtigten Interessen eine wettbewerbswidrige Handlung zu verneinen ist.

Anm. 3: Bedeutung gegensteuernder Verwendungshinweise für das Patent („Rangierkatze“)

Anmerkung zu BGH 10. Zivilsenat, Urteil vom 13.12.2005 - X ZR 14/02
von Johannes Heselberger, RA, European Patent Attorney

Leitsätze

1. Eine Patentverletzung liegt jedenfalls vor, wenn die Merkmale des Patentanspruchs verwirklicht sind und die angegriffene Ausführungsform objektiv geeignet ist, die patentgemäßen Eigenschaften und Wirkungen zu erreichen. Einer Patentverletzung steht nicht entgegen, dass eine Vorrichtung normalerweise anders bedient wird und die Abnehmer deshalb von der patentverletzenden Lehre regelmäßig keinen Gebrauch machen. Die Patentverletzung entfällt in einem solchen Fall selbst dann nicht, wenn der Hersteller ausdrücklich eine andere Verwendung seiner Vorrichtung empfiehlt, solange die Nutzung der patentgemäßen Lehre möglich bleibt.

2. Für die Prüfung einer Patentverletzung ist es unerheblich, dass ein zusätzlicher Vorteil, den die angegriffene Ausführungsform aufweist, behördlichen Vorgaben entspricht, die nach In-Kraft-Treten des Streitpatents Gültigkeit erlangten.

A.

Problemstellung

Die angegriffene Ausführungsform macht von der klagepatentgemäßen Lehre nur ausnahmsweise Gebrauch, ohne dass diese von der Bedienungsanleitung empfohlen wird.

B.

Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das Klagepatent betrifft eine Antriebsvorrichtung für eine Zugmaschine (Rangierkatze), wobei die Luftzu- und -abfuhr des Antriebsmotors blockierbar ist, während gleichzeitig das Bremsaggregat mit Druckluft beaufschlagt ist. Dadurch soll bei Bergabfahrt der Antriebsmotor eine Bremswirkung entfalten (Motorbremse) und gleichzeitig das Bremsaggregat gelöst bleiben (Beaufschlagung mit Druckluft führt zum Lösen, Entlüften zur Wirksamkeit

der Bremse), damit ein Beschleunigen der Rangierkatze bei Bergabfahrt infolge der Hangabtriebskraft verhindert, also eine „kontrollierte Weiterfahrt talwärts“ ermöglicht wird.

Die Ausführungsform der Beklagten erlaubt zwei Betriebsweisen: eine in der Bedienungsanleitung empfohlene dynamische Selbststeuerung und eine Handsteuerung. In letzterer Betriebsweise kann der Bediener die Luftzu- und -abfuhr des Antriebsmotors blockieren, wobei eine als Feststell- und Notfallbremse dienende Schienenbremse mit Druckluft beaufschlagt und deshalb gelöst bleibt, während eine weitere Bremse, die als Betriebsbremse dient, nicht mehr mit Druckluft beaufschlagt wird und deshalb eine Bremswirkung entfaltet, ohne jedoch die Rangierkatze sofort zum Stillstand zu bringen. Die Feststellungen der Instanzgerichte lassen nicht erkennen, ob der Antriebsmotor infolge der Blockierung der Luftzu- und -abfuhr eine Bremswirkung (Motorbremse) entfaltet.

Das Vorhandensein einer Betriebsbremse wurde nach In-Kraft-Treten des Klagepatents durch behördliche Vorgaben notwendig. Das Klagepatent bezieht sich auf ein Bremsaggregat, das als Schienenbremse ausgestattet sein kann. Zu weiteren Bremsaggregaten trifft das Klagepatent keine Aussagen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Das Berufungsgericht hat alle apparativen Teile, die über die Handsteuerung durch Druckluft beaufschlagt werden können und bei Fehlen von Druckluft die Rangierkatze abbremsen, als Bremsaggregat im Sinne des Patentanspruches betrachtet. Da die Betriebsbremse nicht mit Druckluft beaufschlagt wird, wenn die Luftzu- und -abfuhr des Antriebsmotors blockiert wird, hat es eine Patentverletzung verneint.

Das Revisionsgericht führt demgegenüber aus, dass eine Patentverletzung bereits dann anzunehmen ist, wenn ein Bremsaggregat (hier: Schienenbremse) beim Blockieren der Luftzu- und -abfuhr zum Antriebsmotor weiter mit Druckluft beaufschlagt bleibt, auch wenn dies für ein zusätzliches Bremsaggregat (hier: Betriebsbremse) nicht zutrifft, falls eine „kontrollierte Weiterfahrt talwärts“ möglich bleibt und von der Lehre des Klagepatents Gebrauch gemacht wird, indem bei Talfahrt eine Bremswirkung nicht ausschließlich durch die Betriebsbremse, sondern „jedenfalls auch in spürbarem Maße“ durch die Bremswirkung des Antriebsmotors (Motorbremse) hervorgerufen werden kann.

Bei der Beurteilung einer Patentverletzung sei es unerheblich, ob von der klagepatentgemäßen Lehre im regelmäßigen Betrieb der angegriffenen Ausführungsform oder nur in seltenen Betriebszuständen Gebrauch gemacht wird, etwa weil die Bedienungsanleitung (ausschließlich) eine Betriebsweise empfiehlt, bei der die klagepatentgemäße Lehre nicht verwirklicht wird. Bei der Beurteilung der Frage, ob von der technischen Lehre eines Vorrichtungspatents Gebrauch gemacht wird, kommt es nur darauf an, ob die Merkmale der angegriffenen Ausführungsform objektiv geeignet sind, die patentgemäßen Eigenschaften

und Wirkungen zu erreichen. Unerheblich ist, ob die patentgemäßen Eigenschaften und Wirkungen regelmäßig, nur in Ausnahmefällen oder nur zufällig erreicht werden und ob es der Verletzer darauf absieht, diese Wirkungen zu erzielen. Deshalb liegt eine Patentverletzung auch vor, wenn eine Vorrichtung regelmäßig so bedient wird, dass die patentgemäßen Eigenschaften und Wirkungen nicht erzielt werden. Die Patentverletzung entfällt in diesem Fall selbst dann nicht, wenn der Hersteller oder Lieferant seinen Abnehmern ausdrücklich eine andere Verwendung seiner Vorrichtung empfiehlt, solange die Nutzung der patentgemäßen Lehre möglich bleibt (RG GGRUR 1932, 1030, 1031 f.; Ullmann in Benkard, PatG, 9. Aufl., § 14 Rn. 115). Die konkrete Verwendungsweise und die Hinweise des Herstellers können nur für die Schadensberechnung und möglicherweise für die Beurteilung des Verschuldens der jeweils Handelnden von Bedeutung sein.

Darüber hinaus spricht die Entscheidung den „Stehsatz“ des Patentverletzungsrechts an, dass es einer Patentverletzung nicht entgegensteht, wenn die angegriffene Ausführungsform gegenüber der patentgemäßen Lösung einen zusätzlichen Vorteil aufweist.

C.

Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung ergeht in Anwendung und Fortführung der bisherigen Rechtsprechung.

D.

Auswirkungen für die Praxis

Zur Annahme einer Patentverletzung genügt es, dass eine Vorrichtung auch nur in einer möglichen Betriebsweise vom Gegenstand der geschützten Erfindung Gebrauch macht. Gegensteuernde „Verwendungshinweise“ führen nicht aus den Schutzwirkungen eines Sachpatents.

Anm. 4: Bestattungswirtschaftliche Betätigung einer Kommune („Friedhofsruhe“)

Anmerkung zu BGH 1. Zivilsenat, Urteil vom 21.07.2005 - I ZR 170/02
von Dr. Plehwe Thomas von, RA BGH

Leitsatz

Eine Gemeinde handelt nicht ohne Hinzutreten besonderer Umstände wettbewerbsrechtlich unlauter oder kartellrechtswidrig, wenn sie ihren gewerblichen Bestattungsdienst im Friedhofsgebäude auf dem Gelände des städtischen Friedhofs unterbringt.

A.

Problemstellung

Ist die Überlassung zur Nutzung eines gemeindeeigenen Friedhofsgebäudes durch den im Wettbewerb zu privaten Anbietern von Bestattungsdienstleistungen stehenden gemeindeeigenen gewerblichen Bestattungsdienst in unmittelbarer Nähe zum Büro der Friedhofsverwaltung und anderen Friedhofseinrichtungen lauterkeitsrechtlich und/oder kartellrechtlich zu beanstanden?

B.

Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Senat schließt lauterkeitsrechtlich an die bisherige Rechtsprechung an. Ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 4 Nr. 11 und Nr. 1, 8 UWG scheidet aus, weil es wettbewerbsrechtlich unbedenklich sei, wenn sich die Gemeinde mit dem als Eigenbetrieb geführten Bestattungsdienst am Wettbewerb beteilige. Die Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb sei als solche zulässig. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung könne sich folglich nur auf die Art und Weise des Wettbewerbs beziehen. Ergäben sich aber keine besonderen Umstände wie die Inanspruchnahme amtlicher Autorität oder besonderen Vertrauens im Wettbewerb oder die Verletzung von Ortsrecht (Gemeindeverfassungsrecht, Friedhofssatzung), dann entfalle eine Beanstandung nach § 4 Nr. 11 UWG. Die bloße Nutzung gemeindlichen Eigentums und Ausnutzung von Standortvorteilen zu Wettbewerbszwecken verstoße nicht gegen § 4 Nr. 1 UWG. Werde der Markt – unbean-

standet – sachlich als Markt für Gewerberäume, die für den Betrieb eines Bestattungsunternehmens geeignet sind, und räumlich als der örtliche Gewerberaummarkt der Gemeinde definiert, ergebe sich keine Normadressateneigenschaft der Gemeinde i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB sei schon deshalb nicht einschlägig, weil die Ausnutzung des Standortvorteils und einer Monopolstellung in dem Bereich, für den Benutzungszwang besteht, nicht missbräuchlich und damit nicht ohne sachlichen Grund erfolge.

C.

Kontext der Entscheidung

Lauterkeitsrechtlich schreibt der Senat die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 19.06.1986 - I ZR 54/84 - GRUR 1987, 116, 118 f. „Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I“; BGH, Urt. v. 11.05.1989 - I ZR 91/87 - GRUR 1989, 603, 605 f. „Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb III“; BGH, Urt. v. 18.10.2001 - I ZR 193/99 - GRUR 2002, 550, 553 f. „Elternbriefe“) fort. Auch in der Rechtsprechung des BVerwG ist seit langem anerkannt, dass es Gemeinden im Grundsatz nicht verwehrt ist, sich im Bestattungswesen erwerbswirtschaftlich zu betätigen und hierfür personelle oder sachliche Ressourcen der öffentlichen Hand zu nutzen (vgl. BVerwG, Urt. v. 22.02.1972 - I C 24.69 - BVerwGE 39, 329, 332 ff.; BVerwG, Urt. v. 21.04.1989 - 7 C 48/88 - BVerwGE 82, 29, 33 f.). Nicht hinreichend deutlich wird, ob in der Beurteilung zwischen der bestimmungsgemäßen (Kern-)Nutzung und seiner sog. Randnutzung zu differenzieren ist. Der u.a. in der Entscheidung Elternbriefe behandelte Tatbestand der Randnutzung amtlich erlangter Informationen oder Beziehungen im Wettbewerb geschieht „bei Gelegenheit“ der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben, um sonst brachliegendes Wirtschaftspotenzial im Sinne des Wirtschaftlichkeitsprinzips zu nutzen (BVerwG, Urt. v. 21.04.1989 - 7 C 48/88 - BVerwGE 82, 29, 33 f.; BGH, Urt. v. 18.10.2001 - I ZR 193/99 - GRUR 2002, 550, 553 f. „Elternbriefe“; Heimlich, NVwZ 2000, 746, 747) und begegnet insofern keinen Bedenken. Im Übrigen wird von der verwaltungsrechtlichen Literatur mitunter gefordert, dass mit Blick auf die Grundrechte konkurrierender Unternehmer, auf staatliche Zuständigkeiten und auf das Steuerstaatsprinzip eine besondere Legitimation für die erwerbswirtschaftliche Betätigung eines Hoheitsträgers erforderlich sei (Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 403 f.; Heimlich, NVwZ 2000, 746, 747, m.w.N.). Die Nutzung von Räumlichkeiten des kommunalen Friedhofsgebäudes durch den kommunalen Bestattungswirtschaftsbetrieb bedeutet, wie allerdings nicht erörtert wird, keine „Randnutzung“, sondern die Primärnutzung gemeindlichen Eigentums für erwerbswirtschaftliche Zwecke anstelle etwa einer Vermietung an konkurrierende Drittunternehmen. Die im Urt. v. 11.05.1989 (I ZR 91/87 „Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb III“) herangezogene Überlegung, es sei der Gemeinde nicht zuzumuten, anderweitige, entferntere Räume zu beziehen und die vorhandenen ungenutzt zu lassen (BGH, Urt. v. 11.05.1989 - I ZR 91/87 - GRUR 1989, 603, 606), lässt die Mög-

lichkeit der Nutzungs-„Vergabe“ durch Vermietung statt In-House-Nutzung außer Betracht. Deshalb erschöpft die Bezugnahme auf jenes Urteil in Rn. 28 der hier besprochenen Entscheidung die Interessenlage nicht. Lauterkeitsrechtlich bestätigt der Senat im vorliegenden Urteil, dass sich Gemeinden dann, wenn keine Ausnahmetatbestände vorliegen, erwerbswirtschaftlich zwar nicht im „rechtsfreien Raum“ (so Götting in: Fezer, Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 2005, § 4-11 Rn. 67), aber ungehindert bewegen, sofern sie im Grundsatz das Gebot des Einsatzes des schonendsten Mittels beachten (zum Maßstab BGH, Urt. v. 26.04.1974 - I ZR 8/73 - NJW 1974, 1333 „Schilderverkauf“; BGH, Urt. v. 26.09.2002 - I ZR 293/99 - GRUR 2003, 164, 166 „Altautoverwertung“; Köhler in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl. 2006, § 4 Rn. 13.44). Die mittelbare wirtschaftliche Nutzung durch Vermietung besonders vorteilhafter Standorte nach (unmittelbar nicht heranzuziehenden) vergaberechtlichen Maßstäben zählt dazu bislang nicht.

Die kartellrechtliche Beurteilung greift kurz, weil die Definition des Marktes im Revisionsverfahren außer Streit stand. Das OLG hatte als sachlich relevant den Markt für Gewerberäume, die für den Betrieb eines Bestattungsunternehmens geeignet sind, beurteilt. Räumlich sollte der gesamte örtliche Gewerberaummarkt der Gemeinde relevant sein. Das dürfte kaum mit den tatsächlichen Gegebenheiten im Einklang stehen. Wird insbesondere die „Schilderpräger“-Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 14.07.1998 - KZR 1/97 - NJW 1998, 3778, 3779 „Schilderpräger im Landratsamt“; BGH, Urt. v. 03.07.2001 - KZR 11/00 - S. 9 f. d. Umdr. (insoweit in BGHReport 2001, 972 nicht veröffentlicht); BGH, Urt. v. 24.09.2002 - KZR 4/01 - GRUR 2003, 167, 168 „Kommunaler Schilderprägebetrieb“; Urt. v. 08.11.2005 - KZR 21/04 - Rn. 12 ff. „Hinweis auf konkurrierende Schilderpräger“) herangezogen, dann war der Markt jedenfalls räumlich auf die Gewerbeflächen beschränkt, die sich auf dem Friedhofsgelände oder unmittelbar angrenzend befinden. Dort übt die Gemeinde aber eine marktbeherrschende Stellung aus, sodass sie Normadressatin i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB sein könnte. Im Streitfall wurde dies wegen der weiten Marktdefinition, mit der der Senat revisionsrechtlich nicht befasst war, verneint. Soweit der Senat auch eine Verletzung des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB nicht annimmt, zieht er damit auf der Grundlage der jüngsten Rechtsprechung die Folgerung aus seiner lauterkeitsrechtlichen Beurteilung der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinde auf dem Gebiet des Bestattungswesens, wie auch die Bezugnahme auf die Entscheidung Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I zeigt (Rn. 33). Letztlich bleibt die apodiktische Aussage, dass der öffentlichen Hand erwerbswirtschaftliches Handeln nicht untersagt ist, es ihr deshalb auch nicht verwehrt sei, auf die öffentlichen Mittel zurückzugreifen und Benachteiligungen des Wettbewerbs Folge der grundsätzlichen Zulässigkeit des Wettbewerbs der öffentlichen Hand seien (BGH, Urt. v. 19.06.1986 - I ZR 54/84 - GRUR 1987, 116, 118 „Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I“). Zu überlegen bleibt, ob nicht der Grundsatz des schonendsten Eingriffs eine vertiefte Analyse der Interessenlagen und zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Nutzung öffentlichen Vermögens zu Wettbewerbszwecken einschließlich der Vermietung von Liegenschaften an Wettbewerber erfordert.

D.

Auswirkungen für die Praxis

Lauterkeitsrechtlich bietet das Urteil eine zusammenfassende Darstellung der bisherigen Rechtsprechung. Kartellrechtlich zeigt auch dieser Fall die entscheidende Bedeutung der sorgfältigen sachlichen und räumlichen Definition des Marktes und darauf bezogener Verfahrensrügen auf.

Anm. 5: Einschränkung des Verbreitungsgebiets von Werbung im Internet („Arzneimittelwerbung im Internet“)

Anmerkung zu BGH 1. Zivilsenat, Urteil vom 30.03.2006 - I ZR 24/03
von Dr. Stefan Ernst, RA

Leitsätze

1. Der Werbende kann das Verbreitungsgebiet der Werbung im Internet durch einen sog. Disclaimer einschränken, in dem er ankündigt, Adressaten in einem bestimmten Land nicht zu beliefern. Um wirksam zu sein, muss ein Disclaimer eindeutig gestaltet und aufgrund seiner Aufmachung als ernst gemeint aufzufassen sein und vom Werbenden auch tatsächlich beachtet werden.

2. Den Einschränkungen des innerstaatlichen Rechts unterliegen nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 TDG Diensteanbieter, die in einem anderen Staat der EU geschäftsansässig sind, wenn sie im Inland für ein nicht zugelassenes Arzneimittel werben. Auch die Frage des Vertriebsverbots für nicht zugelassene Arzneimittel in Deutschland richtet sich nach inländischem Recht.

3. Art. 1 Nr. 1 lit. b der Richtlinie 2004/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABI EG Nr. L 136 v. 30.04.2004, S. 34) hat einen neuen europarechtlich einheitlichen Arzneimittelbegriff für Funktionsarzneimittel eingeführt, der aufgrund richtlinienkonformer Auslegung des § 2 AMG im Inland gilt.

A.

Problemstellung

Der Vertrieb im Internet und die dort zu seiner Förderung dienende Werbung bergen stets ein Problem: Das Internet ist bestimmungsgemäß überall auf der Welt abrufbar. Der eigentlich entstehenden Folge, dass das Werberecht aller Länder einschlägig sein könnte, kann nur durch ausdrückliche Vertriebs- und Werbebeschränkungen Rechnung getragen werden. Hierzu nahm der BGH nunmehr höchstrichterlich und grundlegend Stellung.

B.

In diesem Fall, der seinen Weg nach Karlsruhe über die (in allen Instanzen der Klage stattgebende) Berliner Gerichtsbarkeit gefunden hatte, ging es um den Vertrieb diverser als „Nahrungsergänzungsmittel“ beworbener Arzneimittel durch eine niederländische Internet-Apotheke. Diese waren mit Hinweisen darauf, dass sie „die gesunde Herzfunktion aufrechterhalten und fördern“ könnten, bzw. vergleichbarem medizinischen Nutzen beworben worden. Diese Produkte besaßen keine deutsche Arzneimittel-Zulassung (§ 21 AMG). Auf der Startseite der Online-Apotheke befand sich zwar ein Hinweis für Bestellungen „Deutschsprachige Europäer – aber nicht an deutsche Adressen“. Dieser Hinweis wurde allerdings ohnehin nicht beachtet.

Der BGH entschied, dass deutsche Gerichte gem. Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ schon deshalb international zuständig seien, weil eine Verletzung im Inland behauptet wurde und diese nicht von vornherein auszuschließen war. Zwar könne ein Disclaimer, mit dem der Werbende ankündigt, Adressaten in einem bestimmten Land nicht zu beliefern, ein Indiz für eine Einschränkung des Vertriebsgebietes sein. Dies setze aber voraus, dass der Disclaimer klar und eindeutig gestaltet und aufgrund seiner Aufmachung als ernst gemeint aufzufassen sei. Erheblich sei er zudem nur, wenn er auch tatsächlich beachtet wird; eine Einschätzung, die auch einer Prüfung an Art. 28 EG standhielte. Letztlich aus den gleichen Gründen sei auch deutsches Recht anzuwenden, zumal das in § 4 Abs. 2 Satz 1 TDG umgesetzte Herkunftslandsprinzip der E-Commerce-Richtlinie eben nicht für Arzneimittel gelte (§ 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 TDG).

Schließlich handele es sich bei den streitgegenständlichen Erzeugnissen auch um (Funktions-)Arzneimittel i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG, die ohne arzneimittelrechtliche Zulassung in Deutschland weder vertrieben (§ 21 Abs. 1 AMG) noch beworben (§ 3a HWG) werden dürften. Art. 1 Nr. 1 lit. b der Richtlinie 2004/27/EG vom 31.03.2004 habe einen neuen europarechtlich einheitlichen Arzneimittelbegriff eingeführt, der bei der Auslegung von § 2 AMG im Wege richtlinienkonformer Auslegung zugrunde zu legen sei. Dabei sei auch die Abgrenzung von Arzneimitteln und Lebensmitteln i.S.d. LFGB zu berücksichtigen, deren Definitionen sich gegenseitig ausschließen. Da im Verfahren die pharmakologische Wirkung der Präparate festgestellt worden war, sei davon auszugehen, dass es sich um Funktionsarzneimittel handele.

C.

Kontext der Entscheidung

1. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, die sich vor allen Dingen bei der Werbung in den Medien (Rundfunk, Internet) recht häufig finden, ist bei einer rechtlichen Bewertung

stets zunächst festzustellen, ob auf den jeweiligen Fall überhaupt deutsches Recht angewandt werden kann. Dies wird vor deutschen Gerichten durch das deutsche Internationale Privatrecht, geregelt in erster Linie im EGBGB, beantwortet, und ist von Amts wegen zu klären (BGH, Urt. v. 02.10.1997 - I ZR 88/95 - WM 1998, 200 „Spielbankaffäre“; BGH, Urt. v. 06.03.1995 - II ZR 84/94 - NJW 1995, 2097). Die Parteien haben diesbezüglich keine Dispositionsbefugnis.

Im Deliktsrecht ist das Recht des Begehungs- oder Tatorts anzuwenden, der sowohl Handlungs- als auch Erfolgsort sein kann (BGH, Urt. v. 07.07.1992 - VI ZR 1/92 - BGHZ 119, 137, 139, m.w.N.). Der Erfolgsort liegt grundsätzlich dort, wo das Angebot abgerufen werden kann (BGH, Urt. v. 15.11.1990 - I ZR 22/89 - GRUR 1991, 463, 464 „Kauf im Ausland“; BGH, Urt. v. 04.06.1987 - I ZR 109/85 - GRUR 1988, 453, 454 „Ein Champagner unter den Mineralwässern“; BGH, Urt. v. 23.10.1970 - I ZR 86/69 - NJW 1971, 323 „Tampax“; BGH, Urt. v. 30.06.1961 - I ZR 39/60 - BGHZ 35, 329, 333 f. „Kindersaugflasche“). Im Wettbewerbsrecht gilt dies aber nur dann, wenn die beworbene Ware oder Dienstleistung auch dort in Anspruch genommen werden kann. Das deutsche UWG ist also anwendbar, wenn sich der Ort der wettbewerblichen Interessenkollision im Inland befindet (BGH, Urt. v. 15.11.1990 - I ZR 22/89 - GRUR 1991, 463, 464 „Kauf im Ausland“; BGH, Urt. v. 04.06.1987 - I ZR 109/85 - GRUR 1988, 453, 454 „Ein Champagner unter den Mineralwässern“; BGH, Urt. v. 23.10.1970 - I ZR 86/69 - NJW 1971, 323 „Tampax“; BGH, Urt. v. 30.06.1961 - I ZR 39/60 - BGHZ 35, 329, 333 f. „Kindersaugflasche“). Dies ist stets der Fall, wenn das Unternehmen (auch) auf dem deutschen Markt tätig ist und seine Waren im Inland anbietet. Begehungsort ist im Wettbewerbsrecht also stets der Marktort. Das gilt selbst dann, wenn die Ware nur auf dem Postweg aus dem Ausland zum Kunden gelangt. Das deutsche UWG ist demnach aber auch zwischen deutschen Unternehmen ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn es um reinen Auslandswettbewerb geht (BGH, Urt. v. 20.12.1963 - Ib ZR 104/62 - BGHZ 40, 391, 397 f. „Stahlexport“; BGH, Urt. v. 11.03.1982 - I ZR 39/78 - GRUR 1982, 495, 497 f. „Domgarten-Brand“). Die Problematik der grenzüberschreitenden Anwendbarkeit des deutschen UWG ist nichts Internetspezifisches, sondern trat bereits bei anderen Medien – etwa bei der (u.U. ungewollt) grenzüberschreitenden Fernsehwerbung (so genannter Overspill) – auf (vgl. BGH, Urt. v. 23.10.1970 - I ZR 86/69 - NJW 1971, 323 „Tampax“).

Die gleiche Argumentation im Schlüssigkeitsstadium begründet im vorliegenden Fall auch die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte nach Art. 5 Abs. 3 EuGVÜ, die anders als örtliche, sachliche oder funktionelle Zuständigkeit (§ 545 Abs. 2 ZPO) auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen ist.

2. Bei einem Internet-Angebot kann Deutschland grundsätzlich als Marktort angenommen werden. Wer online im Internet Waren anbietet, tut dies nicht selten weltweit und würde auch Bestellungen aus Deutschland nicht ohne weiteres ignorieren. Dies ist auch unabhängig von der auf der Seite verwendeten Sprache, da sich auch fremdsprachige Wer-

bung an der jeweiligen Sprache mächtige Einwohner Deutschlands richten kann. Auch ein fremdsprachiger Text kann also grundsätzlich gegen deutsches Wettbewerbsrecht verstoßen (OLG Frankfurt, Urt. v. 22.12.1988 - 6 U 138/84 - NJW-RR 1990, 1067; OLG Frankfurt, Beschl. v. 03.12.1998 - 6 W 122/98 - K&R 1999, 138, m. Anm. Kotthoff).

Wesentlich ist aber, dass die Werbung den deutschen Marktort auch in spürbarer Weise betrifft. Ansonsten ist der deutsche Markt wegen zu geringer Marktrelevanz tatsächlich auszuschließen (Mankowski, GRUR Int 1999, 909, 917 f.) – was auch bei der Verwendung exotischer Sprachen der Fall sein wird. Nur wenn der Inlandsmarkt tatsächlich betroffen ist, kann Deutschland als Marktort gelten und muss die jeweilige Werbung auch deutschem Wettbewerbsrecht genügen (BGH, Urt. v. 23.10.1970 - I ZR 86/69 - NJW 1971, 323, 155 „Tampax“; GK-UWG/Schricker, 1994, Einl. Rn. F 190 f.; Ullmann, jurisPK-UWG, Einl. Rn. 71 f.; Mankowski, GRUR Int 1999, 909, 915 ff., m.w.N.).

Deutschland ist eigentlich dann kein Marktort, wenn die beworbene Ware nicht nach Deutschland verkauft wird. Dies muss aber bei einer Internet-Werbung nach außen deutlich erkennbar sein. Eine bloß betriebsinterne Weisung etwa, nicht nach Deutschland zu verkaufen, kann für den Ausschluss des deutschen Marktes und damit auch des deutschen Rechts nicht ausreichend sein (OLG Frankfurt, Beschl. v. 03.12.1998 - 6 W 122/98 - K&R 1999, 138, m. Anm. Kotthoff; Mankowski, GRUR Int 1999, 909, 920). Ein solches „unsichtbares“ Internum kann für den Nachweis, dass Deutschland als Marktort nicht in Frage kommt, nicht genügen, insbesondere wenn nach den Angaben auf der Website ins Ausland verkauft wird. Eine andere Wertung beließe das Aufklärungs- und Beweisrisiko in unangemessener Weise vollends beim potentiell Geschädigten. Er müsste unter hohen Aufwendungen einen ausländischen Sachverhalt vertieft erforschen und sich dann – will er nicht finanziell u.U. riskante und zeitlich aufwendige (eventueller Verfügungsgrundverlust!) Testkäufe starten – möglicherweise mit der für ihn kaum nachvollziehbaren Auskunft zufrieden stellen lassen, es gebe eine betriebsinterne Weisung (Mankowski, GRUR Int 1999, 909, 920). Die Angabe auf der Website, es werde in die ganze Welt verkauft, reicht in jedem Fall für den Nachweis eines Wettbewerbsverstoßes aus.

Ein ausdrücklicher Disclaimer allerdings („Dieses Produkt wird nach Deutschland nicht verkauft“) sollte nach bislang vorherrschender Rechtsmeinung ungeachtet der tatsächlichen Verlässlichkeit einer solchen Aussage als sicherlich einzige Möglichkeit ausreichen, die universale Anwendbarkeit des deutschen Wettbewerbsrechts in solchen Fällen auszuhebeln (OLG Frankfurt, Beschl. v. 03.12.1998 - 6 W 122/98 - K&R 1999, 138, m. insofern zust. Anm. Kotthoff = NJW-CoR 1999, 302 (LS), m. Anm. Ernst; Mankowski, GRUR Int 1999, 909, 920; Bornkamm in: Bartsch/Lutterbeck, Neues Recht für neue Medien, 1998, S. 99, 116). In diesem Fall obliegt es dem Wettbewerber, durch Testkäufe die Unrichtigkeit dieser Aussage und damit eine dennoch bestehende Marktrelevanz zurückzuweisen. Genau dies wird vom I. Zivilsenat des BGH nunmehr bestätigt.

3. Dies alles gilt freilich nur, soweit nicht das durch die E-Commerce-Richtlinie eingeführte Herkunftslandsprinzip (§ 4 TDG) greift (dazu ausführlich Mankowski, IPRax 2002, 257; ders., ZVglRWiss 100, 137 (2001); Spindler, ZHR 165, 324, (2001); ders., RabelsZ 2002, 633; jeweils m.w.N.), das Gewerbetreibenden aus EU-Mitgliedstaaten ermöglicht, bei einer grenzüberschreitenden Werbung im Internet auf „ihr“ Recht des Herkunftslandes zu bauen – soweit nicht bestimmte Rechtsbereiche (aber nicht das allgemeine Lauterkeitsrecht) aus ihrem Geltungsbereich (dem koordinierten Bereich) ausgenommen werden (z.B. Urheberrecht, Markenrecht, Persönlichkeitsrecht, Arznei- und Heilmittelwerberecht). Im Übrigen ist jeder Anbieter innerhalb der EU im koordinierten Bereich nur den in seinem Hoheitsstaat geltenden Gesetzen unterworfen und jede weitere Form der Einschränkung unzulässig.

Die Rechtssituation bleibt freilich für manche Anbieter dennoch problematisch. Es stellt sich etwa die Frage der Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts in solchen Fällen, in denen ein international tätiger Konzern im Internet wirbt. Hier müssten streng genommen unter Berufung auf das deutsche UWG in den USA zulässige, aber auch in Deutschland wirksame Werbeformen im Internet verboten werden können. So kann zwar der deutschen Tochter ein Hyperlink auf die Website des amerikanischen Mutterunternehmens verboten werden, wenn diese Site nicht dem deutschen UWG-Standard entspricht (LG Frankfurt/M., Urt. v. 27.05.1998 - 3/12 O 173/97, 3-12 O 173/97 - CR 1999, 45.). In den Fällen aber, in denen überhaupt keine selbstständige deutsche Website existiert, sollte die amerikanische Mutter selbst unter bestimmten Voraussetzungen unbehelligt bleiben können. Es kann letztendlich nicht richtig sein, die deutschen Verhaltensregeln unbegrenzt zu exportieren (Bornkamm in: Bartsch/Lutterbeck, a.a.O., S. 99, 114 f.). Hier müssen die Gerichte Einschränkungen machen, die die wirtschaftlichen Vorstellungen und Regeln des Auslands hinreichend respektieren.

D.

Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung hat erhebliche Bedeutung für den Einsatz von Disclaimern im Internet. Zwar wird eine bloß betriebsinterne Weisung, nicht nach Deutschland zu verkaufen, zu Recht für den Nachweis weiterhin nicht ausreichend sein, ein ausdrücklicher Disclaimer allerdings sollte ungeachtet der tatsächlichen Verlässlichkeit einer solchen Aussage als sicherlich einzige Möglichkeit ausreichen, die universale Anwendbarkeit des deutschen Werbe- und Wettbewerbsrechts in solchen Fällen auszuhebeln. Diese Einschränkung gilt freilich nur im Wettbewerbsrecht, nicht aber bei allgemeinen deliktischen Handlungen, da der Täter hier keinen Einfluss auf die Marktrelevanz besitzt. Der bloße Disclaimer: „Für meine Homepage gilt das Recht der Cayman Islands“ ist dagegen generell rechtlich irrelevant.

Wer als Anbieter von Waren oder Dienstleistungen im Internet vermeiden will, dem Recht eines anderen Staates zu unterfallen, sollte allerdings auf die Formulierung dieses Disclaimers große Sorgfalt verwenden, um den Vorgaben des BGH zu genügen (klar, eindeutig und zudem erkennbar ernst gemeint). Dass er ihn auch beachten muss, ist nur selbstverständlich. Aber immerhin ist nun höchstrichterlich geklärt, dass ein solcher Disclaimer in diesem Fall auch tatsächlich ausreichen kann, um die Anwendbarkeit des strengen deutschen Rechts zu vermeiden.

Ob und inwieweit umgekehrt ausländisches Wettbewerbsrecht für deutsche Gewerbetreibende gilt oder gelten kann, kann in diesem Zusammenhang nicht vertieft werden. Gleiches gilt für die Unwägbarkeiten des Herkunftslandsprinzips (dazu Mankowski, IPRax 2002, 257; ders., ZVglRWiss 100, 137 (2001); Spindler, ZHR 165, 324, (2001); ders., RabelsZ 2002, 633). Wer Waren ins Ausland verkauft, hat sich als Unternehmer grundsätzlich über die dort geltenden Rechtsvorschriften zu informieren. Dass das deutsche Wettbewerbsrecht in der Regel strenger ist als das Recht des europäischen und außereuropäischen Auslands, vereinfacht diese Situation allerdings ein wenig. Es entbindet aber nicht von der Pflicht zur Einholung von Rechtsrat im Einzelfall. So ist es auch innerhalb Europas nicht unzulässig, einzelne Rechtsverschärfungen nationaler Art vorzunehmen.

E.

Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Bedeutsam ist noch die Feststellung, dass Art. 1 Nr. 1 lit. b der Richtlinie 2004/27/EG vom 31.03.2004 einen neuen europarechtlich einheitlichen Arzneimittelbegriff eingeführt hat, der nunmehr bei der Auslegung von § 2 AMG im Wege richtlinienkonformer Auslegung zugrunde zu legen ist – auch wenn dies auf den Ausgang der Entscheidung wohl keinen Einfluss gehabt haben wird.

Anm. 6: Kein Missbrauch des Rechts zur Verfolgung von gleichartigen Verstößen mehrerer in einem Konzern verbundener Schuldner

Anmerkung zu OLG Naumburg 10. Zivilsenat, Urteil vom 11.11.2005 - 10 U 26/05 (Hs)
von Dr. Gangolf Hess, Vors. RiLG

Leitsatz

Auch wenn der Kläger eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs die Anspruchsgegner grundsätzlich gemeinsam hätte in Anspruch nehmen können, ist noch nicht ohne weitere Anhaltspunkte von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten i.S.d. § 8 Abs. 4 UWG auszugehen. Allein der Umstand, dass der Kläger eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs nur einen einmaligen Verstoß des Anspruchsgegners nachweisen kann, reicht nicht aus, einen nur unerheblichen Wettbewerbsverstoß anzunehmen.

Orientierungssatz des Autors

Die Mehrfachverfolgung von Wettbewerbsverstößen gegen verschiedene Schuldner lässt sich nicht ohne weiteres nach denselben Maßstäben beurteilen wie das gleichzeitige oder sukzessive Vorgehen mehrerer Gläubiger auf der Aktivseite gegen ein und denselben Verstoß des Verletzten.

A.

Problemstellung

Nach § 8 Abs. 4 UWG ist die Geltendmachung von wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Zu dieser Vorschrift ist die hier zu besprechende Entscheidung des OLG Naumburg ergangen.

Es ging – wie auch in einem nur wenige Tage später höchstrichterlich entschiedenen Fall (BGH, Urt. v. 17.11.2005 - I ZR 300/02 - GRUR 2006, 243 „MEGA SALE“; dazu Ullmann/Ernst, jurisPK-UWG, § 8 Rn. 115, und Hess, jurisPR-WettbR 4/2006 Anm. 2) – um eine Spielart der Mehrfachverfolgung auf der Passivseite: Ein Anspruchsteller (Deutsche Tele-

kom) warf zwei – miteinander im Konzern (freenet) verbundenen – Konkurrenten unlauteres Verhalten vor, verfolgte das vorgerichtlich aber nicht einheitlich, sondern getrennt mit zwei kurz hintereinander verschickten Abmahnschreiben.

B.

Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Beklagten vermitteln Telefondienstleistungen im Festnetz. Die Beklagte zu 1) schließt mit Kunden so genannte Preselection-Verträge ab. In deren Folge wird ein Telefonanschluss auf eine bestimmte Verbindungsnetzbetreiberkennzahl (01019) voreingestellt und auf diese Weise dauerhaft auf eine bestimmte Verbindungsnetzbetreiberin umgestellt. Die Beklagte zu 2) hält sämtliche Geschäftsanteile dieser Verbindungsnetzbetreiberin.

Besagte Telefondienstleistung wird unter anderem im Wege der Direktakquisition auf Werbeständen vermarktet, wobei das Firmenlogo der Beklagten zu 2) zum Einsatz kommt. Gemäß tatrichterlicher Feststellung ist hierbei (beklagtenseits bestritten) eine Kundin wahrheitswidrig dahin informiert worden, sie könne eine lediglich während einer Testphase von zwei Wochen beschränkte Freischaltung ihres Telefonanschlusses zum kostengünstigen Telefonieren probeweise nutzen. Hierdurch hat sich die Kundin – so die Feststellungen weiter – zur Unterzeichnung eines Auftragsformulars verleiten lassen, das in Wirklichkeit einen dauerhaften Anbieterwechsel zum Gegenstand hatte.

Die Klägerin ließ daraufhin zunächst die Beklagte zu 1) und tags darauf auch die Beklagte zu 2) anwaltlich abmahnen und zum Ausgleich von dadurch jeweils entstandenen Kosten in Höhe von knapp 1.400 € auffordern. Nachdem die Beklagte zu 1) die klägerseits behauptete Werbeäußerung des Vertriebspartners geleugnet und die Beklagte zu 2) auf ihre fehlende Einwirkungsmöglichkeit auf die – nur im Auftrag der Beklagten zu 1) tätigen – Vertriebspartner hingewiesen hatten, hat die Klägerin beide Gegner (gemeinsam) unter anderem auf Unterlassung in Anspruch genommen.

Die Beklagten haben sich unter anderem mit dem Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens verteidigt. Dies hat das OLG Naumburg nicht gelten lassen und die Beklagte zu 1) antragsgemäß verurteilt.

Zur Begründung skizzierte das OLG Naumburg zunächst die höchstrichterliche Judikatur zum Missbrauch i.S.v. § 8 Abs. 4 UWG (bzw. dessen Vorgänger, § 13 Abs. 5 UWG a.F.): Demnach bezieht sich besagte Bestimmung nicht nur auf die gerichtliche Geltendmachung eines wettbewerbsrechtlichen Anspruchs. Vielmehr spricht das Gesetz auch die vorgerichtliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs an (vgl. BGH, Urt. v. 17.01.2002 - I ZR 241/99 - BGHZ 149, 371, 379 „Missbräuchliche Mehrfachabmahnung“).

Ein Missbrauch im Sinne der Vorschrift liegt vor, wenn der Anspruchsberechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt – wie das Interesse, den Gegner durch möglichst hohe Prozess- und Verfahrenskosten zu belasten – und diese als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen (vgl. BGH, Urt. v. 06.04.2000 - I ZR 76/98 - BGHZ 144, 165, 170 „Missbräuchliche Mehrfachverfolgung“; BGH, Urt. v. 05.10.2000 - I ZR 237/98 - GRUR 2001, 260, 261 „Vielfachabmahner“).

Die Klagebefugnis, die im Interesse einer effizienten Rechtsverfolgung einer Vielzahl von Anspruchsberechtigten, insbesondere auch den Mitbewerbern zusteht, soll mithin nicht zur Verfolgung sachwidriger und sachfremder Ziele und insbesondere nicht dazu missbraucht werden, den Verletzten mit Kosten und Risiken zu belasten und seine personellen und finanziellen Kräfte zu binden bzw. im Gebührenerzielungsinteresse eigene Einnahmen aus dem vorprozessualen oder prozessualen Vorgehen zu erzielen (vgl. BGH, Urt. v. 20.12.2001 - I ZR 215/98 - GRUR 2002, 715, 716 „Scanner-Werbung“).

Die Annahme eines derartigen Rechtsmissbrauchs, durch die die im Interesse eines möglichst lückenlosen Rechtsschutzes in Kauf genommene Möglichkeit einer Mehrfachverfolgung eingeschränkt wird, erfordert dabei stets eine sorgfältige Prüfung unter Abwägung der maßgeblichen Einzelumstände. Hierzu zählen auch die Art und Schwere des Wettbewerbsverstoßes sowie das Verhalten des Schuldners nach dem Verstoß; vor allem ist auf das Verhalten des Gläubigers bei der Verfolgung dieses und anderer Verstöße abzustellen (vgl. BGH, Urt. v. 06.04.2000 - I ZR 76/98 - BGHZ 144, 165, 170 „Missbräuchliche Mehrfachverfolgung“).

Die vom OLG Naumburg sodann vorgenommene Subsumtion fiel nicht zum Nachteil der Klägerin aus: Eine Mehrfachverfolgung von Wettbewerbsverstößen gegen verschiedene Schuldner lasse sich nicht ohne weiteres nach denselben Maßstäben beurteilen wie das gleichzeitige oder sukzessive Vorgehen mehrerer Gläubiger auf der Aktivseite gegen ein und denselben Verstoß eines Verletzers. Anhaltspunkte dafür, dass sich die Klägerin bei der gesonderten vorprozessualen Abmahnung der Beklagten durch zwei getrennte Schreiben allein von sachfremden Zwecken habe leiten lassen und dass die Mehrfachabmahnung in erster Linie darauf abgezielt habe, das mit der Rechtsverteidigung verbundene Kostenrisiko für die Beklagten zu vervielfältigen und diese dadurch zu schädigen, vermochte das OLG Naumburg letztlich nicht mit Gewissheit festzustellen. Es könne zwar nicht angezweifelt werden, dass die Klägerin ihr Vorgehen bei der Abmahnung der Wettbewerbsverstöße grundsätzlich hätte koordinieren können. Sie hätte die nach ihrer Ansicht für den Verstoß verantwortlichen Personen bzw. Gesellschaften – mit dem Ziel eines schonenderen Vorgehens – insbesondere gemeinsam in Anspruch nehmen und eine gemeinsame Abmahnung an beide Beklagte unter der gleichen Firmenanschrift versenden können. Dass die Klägerin hier von entsprechenden Koordinierungsmöglichkeiten abge-

sehen habe, belege jedoch noch nicht, dass es ihr in erster Linie darum gegangen sei, eigene Einnahmen zu erzielen und die Beklagten mit Kosten und Risiken zu belasten und deren personelle und finanzielle Kräfte zu binden. Denn es hätten vernünftige gerechtfertigte Gründe für die von der Klägerin gewählte Vorgehensweise bestanden, nämlich unterschiedliche Haftungsvoraussetzungen für beide Beklagten, worauf alsdann auch deren Verteidigungsvorbringen (unter anderem) abgezielt habe. In diesem Fall erscheine es durchaus vertretbar, jedenfalls aber nicht rechtsmissbräuchlich, dass die Klägerin die Rechtslage vorprozessual getrennt beurteilt und außergerichtlich gegenüber den rechtlich selbstständigen Beklagten getrennt vorgegangen sei und deren Rechtsverteidigung zunächst abgewartet habe. Vor diesem Hintergrund hätten noch zusätzliche, die Beklagten erheblich belastende Umstände hinzutreten müssen, die darauf hinwiesen, dass es der Klägerin allein an einer Schädigung der Beklagten durch eine Vervielfältigung der Kostenbelastung gelegen sei. Dafür bestünden hier indessen keine ausreichenden Anhaltspunkte. Im Übrigen sei das Mehrfachvorgehen der Klägerin auch für die Beklagten nicht mit erheblichen Nachteilen verbunden gewesen, da die doppelte Abmahnung zwar sicherlich zu einer Erhöhung des Kostenaufwandes beigetragen habe, dieser aber im Vergleich zu den Gesamtkosten des Rechtsstreites nicht als erheblich ins Gewicht fallend zu bewerten gewesen sei.

Die Revision hat das OLG Naumburg nicht zugelassen.

C.

Kontext der Entscheidung

Nach „MEGA SALE“ ist vor „MEGA SALE“: Die hier besprochene Entscheidung des OLG Naumburg ist zwar später als die genannte des BGH veröffentlicht worden, aber schon einige Tage früher ergangen. Sie liegt gleichwohl im Wesentlichen „auf Linie“. Das umgekehrte Ergebnis steht nicht im Widerspruch zum BGH-Urteil (wo der Missbrauchseinwand von drei zunächst getrennt verfolgten Beklagten erfolgreich war), sondern ist den eigenen Umständen des Einzelfalls geschuldet.

In einem Punkt setzt das OLG Naumburg einen eigenen Akzent, dass nämlich eine Mehrfachverfolgung von Wettbewerbsverstößen gegen verschiedene Schuldner sich nicht ohne weiteres nach denselben Maßstäben beurteilen lasse wie das gleichzeitige oder sukzessive Vorgehen mehrerer Gläubiger auf der Aktivseite gegen ein und denselben Verstoß eines Verletzers. Das verdient Zustimmung. Denn insoweit sollte man m.E. stets im Auge behalten, dass beide Konstellationen struktur- und wertungsmäßig nicht vollumfänglich miteinander vergleichbar sind (näher dazu Hess, jurisPR-WettbR 4/2006 Anm. 2).

Die nur zusätzlich skizzierte Erwägung des OLG Naumburg, die durch die doppelte Abmahnung verursachten Mehrkosten fielen im Vergleich zu den Gesamtkosten des Rechtsstreits nicht ins Gewicht, wäre für sich genommen sicher nicht tragfähig zur Verneinung eines Missbrauchs. Nicht verneinen ließe sich ein Missbrauch jedenfalls allein mit der Begründung, die höhere Kostenbelastung aufgrund getrennten Vorgehens sei nicht geeignet, einen finanzstarken Konzernverbund auf der Passivseite im Wettbewerb zu behindern. Denn ansonsten würden allein die Größe und die finanzielle Leistungsfähigkeit des Schuldners den Gläubiger von jedem Missbrauchsvorwurf entlasten (vgl. BGH, Urt. v. 17.11.2005 - I ZR 300/02 - GRUR 2006, 243 „MEGA SALE“).

D.

Auswirkungen für die Praxis

Auch wenn im Streitfall die Klägerin gegen die Beklagte zu 1) letztlich erfolgreich war, so bleibt es doch dabei: Wer getrennt verfolgt, begibt sich nach der BGH-Entscheidung „MEGA SALE“ in die Gefahr, seine an sich berechtigten Ansprüche gerichtlich nicht durchsetzen zu können, und macht sich insoweit jedenfalls vom – häufig wohl eher ungewissen – Ausgang einer richterlichen Einzelfallabwägung abhängig. Den sicheren Weg wählt demgegenüber, wer im Lauterkeitsrecht seine – im Konzern miteinander verbundenen – Schuldner (auch schon im Abmahnstadium) einheitlich verfolgt.

E.

Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Dass es im Streitfall nur um eine einzige (nachgewiesene) unlautere Wettbewerbshandlung ging, stand der Annahme einer Eignung zur nicht nur unerheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung i.S.v. § 3 UWG nicht entgegen. Denn insoweit kommt es nicht entscheidend auf quantitative Elemente an. Entscheidend war vielmehr, dass der vorgeworfene Verstoß einen nicht unbeachtlichen Unrechtsgehalt aufwies, war doch davon auszugehen, dass ein Verbraucher vorsätzlich zum Zweck der Akquisition getäuscht worden war.

Die gegen die Beklagte zu 2) gerichtete Klage hat das OLG Naumburg abgewiesen, weil jene nicht passivlegitimiert sei. Die Tatsache, dass die in Rede stehende Werbung auch unter Einsatz des Firmenlogos der Beklagten zu 2) erfolgt sei, mache die Beklagte zu 2) nicht zur Störerin. Der Beklagten zu 2) hätte die Täuschungsmethode des von der Beklagten zu 1) im Rahmen des Direktvertriebs eingesetzten Werbers mangels Bestehens diesbezüglicher „Prüfungspflichten“ auch nicht erkennbar werden müssen. Die Passivlegitimation der Beklagten zu 2) folge – so das Gericht weiter – auch nicht aus § 8 Abs. 2 UWG.

Prof. Dr. Eike Ullmann, Vors. RiBGH, Dr. Alfred Bergmann, RiBGH

Ausgabe: 6/2006 vom 16.06.2006

Denn mangels beherrschenden Einflusses der Beklagten zu 2) könne die Beklagte zu 1) nicht als deren Beauftragte angesehen werden.

