



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

I ZR 165/17

Verkündet am:  
13. Dezember 2018  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Durchleitungssystem

UWG § 2 Abs. 1 Nr. 1; KfWG § 3 Abs. 1

- a) Die Ausgestaltung des Durchleitungsverfahrens für Finanzierungen, die von der Kreditanstalt für Wiederaufbau gemäß § 3 Abs. 1 KfWG unter Einschaltung von Kreditinstituten gewährt werden, ist keine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.
  
- b) Für die Einordnung einer Tätigkeit als dem Lauterkeitsrecht entzogenes, gesetzesvollziehendes hoheitliches Handeln ist nur erforderlich, dass sich die Handlung auf eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung stützt, nicht aber, dass diese die Einzelheiten des Vollzugs vorgibt.

BGH, Urteil vom 13. Dezember 2018 - I ZR 165/17 - OLG Oldenburg  
LG Oldenburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Löffler und die Richterin Dr. Schwonke

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 15. September 2017 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist eine öffentlich-rechtliche Sparkasse nach dem Sparkasengesetz des Landes Niedersachsen. Sie bildet mit anderen niedersächsischen Sparkassen den Niedersächsischen Sparkassen- und Giroverband. Des- sen überregional handelndes Zentralinstitut war die Bremer Landesbank und ist mittlerweile die Norddeutsche Landesbank.
- 2 Die Beklagte ist die Kreditanstalt für Wiederaufbau, die als Anstalt des öffentlichen Rechts im staatlichen Auftrag Fördermaßnahmen durchführt. Bei der Gewährung von Finanzierungen hat sie Kreditinstitute oder andere Finanzierungsinstitutionen einzuschalten. Die Beklagte gibt dabei den Zinssatz der Förderdarlehen für die Endkunden vor.

3 Für die Durchleitung der Förderkredite an die Endkunden benutzt die Beklagte zwei unterschiedliche Verfahren. Im einstufigen Durchleitungsverfahren wird der Förderantrag des Kunden bei der Hausbank ausgefüllt und von dieser bei der Beklagten eingereicht. Die Beklagte schließt mit der Hausbank einen entsprechenden Kreditvertrag und stellt ihr die Kreditmittel zur Verfügung. Die Auszahlung des Kredits an den Endkunden erfolgt aufgrund eines zwischen der Hausbank und dem Kunden abgeschlossenen Kreditvertrags. Dieses einstufige Modell praktiziert die Beklagte bei den privaten Bankinstituten und den privatrechtlich organisierten Sparkassen. Demgegenüber wendet die Beklagte bei den öffentlich-rechtlich organisierten Sparkassen sowie den Volks- und Raiffeisen-banken ein zweistufiges Durchleitungsverfahren an. Der Kunde reicht dabei seinen Antrag auf einen Förderkredit bei der örtlichen Sparkasse ein, die ihn an ihr Zentralinstitut weiterleitet. Dieses prüft den Antrag und reicht ihn - gegebenenfalls nach einer Überarbeitung - an die Beklagte weiter. Dafür erhält das Zentralinstitut für die gesamte Laufzeit des Darlehens einen Zinsanteil. In diesem zweistufigen Durchleitungsmodell werden drei Kreditverträge hintereinandergeschaltet. Zunächst schließt die Beklagte mit dem Zentralinstitut einen Darlehensvertrag, dann dieses einen entsprechenden Darlehensvertrag mit der örtlichen Sparkasse und schließlich schließt die Sparkasse einen Darlehensvertrag mit dem jeweiligen Endkunden.

4 Zu den Aufgaben der Klägerin gehört die Durchleitung von Förderkrediten der Beklagten an Endkunden. Sie versuchte mehrere Jahre erfolglos, von der Beklagten zur Direktvorlage von Förderdarlehensanträgen zugelassen zu werden. Auf die schließlich von der Klägerin erhobene Klage hat das Landgericht die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln verurteilt, es zu unterlassen,

es abzulehnen, zu den Konditionen, die die Beklagte "freien" Sparkassen (z.B. der "Die Sparkasse Bremen" oder der "Hamburger Sparkasse") und/oder der

"Bremer Landesbank Kreditanstalt Oldenburg - Girozentrale" und/oder privaten Kreditinstituten, die nicht die Rechtsform einer Genossenschaft haben, und/oder Lebensversicherungsgesellschaften gewährt,

a) Anträge von Kunden der Klägerin, die auf Gewährung von Finanzierungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a bis f KfWG gerichtet sind, und die die Klägerin der Beklagten unmittelbar und ohne Zwischenschaltung anderer Kreditinstitute vorlegt, entgegenzunehmen, zu bearbeiten und die hierzu gehörende und/oder sich anschließende Korrespondenz direkt mit der Klägerin zu führen und/oder

in Bezug auf vorstehenden Buchstaben a):

b) der Klägerin Zugang zu den Einrichtungen der Beklagten, insbesondere Kommunikationseinrichtungen, zu gewähren und/oder

c) der Klägerin Refinanzierungszusagen zu erteilen sowie mit der Klägerin Refinanzierungsverträge, insbesondere Refinanzierungskreditvereinbarungen, zu schließen und durchzuführen.

5

Außerdem hat das Landgericht die Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz im Hinblick auf die von der Klägerin behaupteten Pflichtverstöße festgestellt.

6

Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils; hilfsweise beantragt sie, nach in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsanträgen zu erkennen.

#### Entscheidungsgründe:

7

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klage sei weder aus Lauterkeitsrecht noch aus öffentlich-rechtlichen oder unionsrechtlichen Vorschriften begründet. Dazu hat es ausgeführt:

8

Es fehle an einer für lauterkeitsrechtliche Ansprüche erforderlichen geschäftlichen Handlung, weil die Beklagte bei der Vergabe von Förderdarlehen allein in Wahrnehmung ihres gesetzlichen Auftrags gemäß § 2 KfWG handele. Dieser gesetzliche Auftrag umfasse die Ausgestaltung des Durchleitungsverfahrens nach pflichtgemäßem Ermessen der Beklagten. Soweit diese den Zentralinstituten Margen gewähre, sei dies nur ein Reflex der gesetzlich vorgegebenen Förderung, jedoch keine gezielte Absatzförderung. Die Beklagte sei auch kein Mitbewerber der öffentlich-rechtlichen Sparkassen oder sonstiger Bank- oder Kreditinstitute. Die Beklagte werde nur als Förderbank, aber nicht direkt im Kundengeschäft tätig.

9 Ein Anspruch der Klägerin auf Zulassung zur Direktdurchleitung ergebe sich auch nicht aus § 3 Abs. 1 KfWG in Verbindung mit Art. 3 GG oder dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genössen öffentlich-rechtliche Sparkassen in Fällen der vorliegenden Art nicht den Schutz der materiellen Grundrechte. Das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot finde ebenfalls keine Anwendung. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 4 KfWG habe die Beklagte bei Durchführung ihrer Geschäfte im Verhältnis zu Kreditinstituten oder Finanzierungsinstitutionen zwar das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot zu beachten. Dessen Anwendungsbereich erfasse indes keine rein inländischen Sachverhalte. Das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot finde gemäß § 185 Abs. 1 Satz 3 GWB gegenüber der Beklagten keine Anwendung. Der Klägerin stehe ferner kein subjektives Recht aus dem objektiven rechtsstaatlichen Willkürverbot zu. Jedenfalls sei ein Verstoß der Beklagten gegen das Willkürverbot nicht festzustellen. Die Ungleichbehandlung zwischen der Klägerin und privatrechtlich organisierten Kreditinstituten bei der Durchleitung von Fördermitteln der Beklagten sei sachlich gerechtfertigt. Die Beklagte mache sich die Organisationsstruktur im deutschen Sparkassenwesen zunutze, die sich in vergleichbarer Form bei Privatbanken nicht finde. Deshalb scheidet dort ein zweistufiges Durchleitungsver-

fahren von vornherein aus. Das zweistufige System im Sparkassensektor gewährte eine flächendeckende Förderkreditversorgung insbesondere auf dem Land und in strukturschwachen Gebieten, wo über die vorhandene Sparkassenorganisation mit Zentralinstitut Förderanträge eingereicht und Förderkredite bewilligt werden könnten. Beim Ausscheiden der leistungsfähigen Sparkassen drohe eine Erosion dieses flächendeckenden Systems. Zudem führe die zweistufige Durchleitung bei der Beklagten zu Effizienzvorteilen, weil die Kosten für die Bearbeitung und Verwaltung der Förderkredite reduziert würden.

10 Ein Eingriff in das nach § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 1004 BGB geschützte Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb liege mangels eines relevanten betriebsbezogenen Eingriffs in den Gewerbebetrieb der Klägerin nicht vor.

11 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat keinen Erfolg.

12 1. Das Berufungsgericht hat lauterkeitsrechtliche Ansprüche der Klägerin zu Recht abgelehnt. Die beanstandete Durchleitungspraxis der Beklagten stellt bereits keine geschäftliche Handlung dar.

13 a) Gemäß § 3 Abs. 1 UWG sind unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, die mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

14 b) Für die Frage, ob die öffentliche Hand eine geschäftliche Handlung vornimmt, ist zunächst zwischen rein erwerbswirtschaftlichen und hoheitlichen

Tätigkeiten zu unterscheiden. Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ist auch dann als geschäftliche Handlung anzusehen, wenn öffentliche Zwecke mitverfolgt werden. Dagegen ist bei einer Tätigkeit zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben weiter danach zu unterscheiden, ob die öffentliche Hand aufgrund gesetzlicher Ermächtigung hoheitlich tätig wird. Ist dies der Fall, ist ihre Betätigung einer Überprüfung anhand des Wettbewerbsrechts entzogen. Handelt die öffentliche Hand dagegen zwar zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, wird sie aber ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung tätig, ist eine geschäftliche Handlung nicht ausgeschlossen. Sie ist allerdings auch nicht ohne weiteres zu vermuten, sondern anhand einer umfassenden Würdigung der relevanten Umstände des Einzelfalls besonders festzustellen. Maßgeblich sind insoweit vor allem die konkreten Auswirkungen des Handelns der öffentlichen Hand im Wettbewerb und die Frage, ob das Tätigwerden zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe nach Art und Umfang sachlich notwendig ist und die Auswirkungen auf den Wettbewerb nur notwendige Begleiterscheinungen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben sind (BGH, Urteil vom 27. Juli 2017 - I ZR 162/15, GRUR 2018, 196 Rn. 23 = WRP 2018, 186 - Eigenbetrieb Friedhöfe, mwN).

15                   c) Mit diesen Grundsätzen steht die Beurteilung des Berufungsgerichts in Einklang. Bei der Ausgestaltung des Durchleitungsverfahrens handelt die Beklagte aufgrund gesetzlicher Ermächtigung zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, so dass es an einer geschäftlichen Handlung fehlt.

16                   Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 KfWG ist Aufgabe der Beklagten, im staatlichen Auftrag Fördermaßnahmen, insbesondere Finanzierungen in bestimmten Bereichen wie Mittelstand, Existenzgründungen, Wohnungswirtschaft oder Umweltschutz durchzuführen. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a bis f KfWG hat die Beklagte bei der Gewährung von Finanzierungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 KfWG grundsätzlich Kreditinstitute oder andere Finanzierungsinstitutionen einzuschal-

ten; mit Zustimmung des Verwaltungsrats können Finanzierungen unmittelbar gewährt werden.

17           Danach hat die Beklagte bei der im öffentlichen Auftrag erfolgenden Gewährung von Finanzierungen in bestimmten Bereichen im Regelfall Kreditinstitute oder andere Finanzierungsinstitutionen einzuschalten, also das sogenannte Durchleitungsverfahren anzuwenden. Hinsichtlich der Ausgestaltung dieses Verfahrens der gesetzlich vorgeschriebenen Einschaltung von Kreditinstituten trifft das Gesetz keine näheren Bestimmungen. Sie liegt daher, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, im pflichtgemäßen Ermessen der Beklagten. Damit ist der Beklagten die Einschaltung der Kreditinstitute bei der Durchleitung von Finanzierungen als öffentlich-rechtliche Pflicht auferlegt. Bei der Ausübung dieses Ermessens über die Ausgestaltung des Durchleitungsverfahrens auf der zweiten Stufe wird die Beklagte ebenfalls aufgrund gesetzlicher Ermächtigung zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe tätig, eine effiziente und flächendeckende Verteilung ihrer Fördermittel zu gewährleisten. Die Ausgestaltung des Durchleitungsverfahrens als einstufiges oder zweistufiges Verfahren ist daher keine geschäftliche Handlung und einer Überprüfung anhand des Wettbewerbsrechts entzogen. Für die Einordnung einer Tätigkeit als dem Lauterkeitsrecht entzogenes, gesetzesvollziehendes hoheitliches Handeln ist nur erforderlich, dass sich die Handlung auf eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung stützt, nicht aber, dass diese die Einzelheiten des Vollzugs vorgibt. Vielmehr kann der Behörde oder Körperschaft des öffentlichen Rechts hinsichtlich der Wahl der Mittel für den Gesetzesvollzug ein Auswahlermessen eingeräumt werden (vgl. BGH, GRUR 2018, 196 Rn. 31 - Eigenbetrieb Friedhöfe). Deshalb ist unerheblich, dass § 3 Abs. 1 KfWG die Durchleitung der Finanzierungen in einem zweistufigen Durchleitungsverfahren nicht ausdrücklich vorsieht.



Ebenso wenig führt es zur Annahme einer geschäftlichen Handlung, dass die Beklagte im einstufigen Durchleitungsverfahren mit Geschäftsbanken und im zweistufigen Durchleitungsverfahren mit den Zentralinstituten der Sparkassen oder Volksbanken privatrechtliche Kreditverträge abschließt und diese Vertragspartner der Beklagten dann ihrerseits privatrechtliche Kreditverträge entweder unmittelbar mit dem zu fördernden Kreditnehmer oder mit dessen Hausbank abschließen. Es steht der öffentlichen Hand grundsätzlich frei, sich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben privatrechtlicher Handlungsformen zu bedienen oder dafür Privatunternehmen zu beauftragen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2006 - I ZR 83/03, GRUR 2006, 428 Rn. 14 f. = WRP 2006, 741 - Abschleppkosten-Inkasso; BGH, GRUR 2018, 196 Rn. 35 - Eigenbetrieb Friedhöfe).

19 Die im öffentlichen Auftrag und auf gesetzlicher Grundlage erfolgende Gestaltung des Durchleitungsverfahrens wird auch nicht deshalb zu einer geschäftlichen Handlung der Beklagten, weil die dabei eingeschalteten Kreditinstitute für ihre Beteiligung an der Durchleitung der Förderung eine Vergütung in Form eines Zinsanteils ("Marge") erhalten. Die Ausgestaltung des Durchleitungsverfahrens und die Vergütung der eingeschalteten Kreditinstitute dienen ausschließlich dazu, eine effiziente und flächendeckende Vergabe der Fördermittel zu ermöglichen. Die Marge der Kreditinstitute hat dabei keine andere Funktion als die Vergütung, die die öffentliche Hand dem von ihr beauftragten Abschleppunternehmer oder privaten Bestattungsinstitut in den vom Senat bereits entschiedenen Fällen "Abschleppkosten-Inkasso" (BGH, GRUR 2006, 428) und "Eigenbetrieb Friedhöfe" (BGH, GRUR 2018, 196) gewährt.

20 d) Wird die Beklagte bei Einschaltung der Kreditinstitute zur Durchleitung von Fördermitteln gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 KfWG in einem ausdrücklich öffentlich-rechtlich geregelten Bereich tätig, so ist ihre von der Klägerin beanstandete Praxis, die Klägerin nicht zum einstufigen Durchleitungsverfahren zuzulassen,

keine geschäftliche Handlung und damit einer Überprüfung anhand des Wettbewerbsrechts entzogen. Auf eine umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls und damit auf die von der Beklagten für ihre Praxis der ein- oder zweistufigen Durchleitung angeführten Motive kommt es danach nicht an (vgl. BGH, GRUR 2018, 196 Rn. 36 - Eigenbetrieb Friedhöfe).

21 e) Unerheblich ist ferner, ob Ansprüche aus Lauterkeitsrecht ausscheiden, weil die Beklagte - wie das Berufungsgericht angenommen hat - kein Mitbewerber der öffentlich-rechtlichen Sparkassen oder sonstigen Bank- oder Kreditinstitute im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist. Es erscheint allerdings fraglich, ob diese Beurteilung des Berufungsgerichts zutrifft. Bei der hier in Rede stehenden Förderung fremden Wettbewerbs ist auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen dem die Rechtsverletzung geltend machenden Unternehmer und dem geförderten Unternehmer abzustellen. Die Klägerin ist jedenfalls im Verhältnis zu den zum einstufigen Durchleitungsverfahren zugelassenen Geschäftsbanken sowie der Bremer Sparkasse AG und der Hamburger Sparkasse AG Wettbewerber.

22 2. Ansprüche aus dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 20 Abs. 1 GWB) sind nach § 185 Abs. 1 Satz 3 GWB gegenüber der Beklagten ausdrücklich ausgeschlossen.

23 3. Die Klägerin vermag ihre Ansprüche auch nicht auf § 3 Abs. 1 Satz 4 KfWG in Verbindung mit dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV zu stützen.

24 a) Nach § 3 Abs. 1 Satz 4 KfWG hat die Beklagte bei der Durchführung ihrer Geschäfte im Verhältnis zu Kreditinstituten oder Finanzierungsinstitutionen das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot zu beachten. Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, bezieht sich der Verweis auf das gemein-

schaftsrechtliche Diskriminierungsverbot auf die Vorschrift des Art. 18 AEUV, die unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet.

25           b) Das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot ist auf rein innerstaatliche Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug nicht anwendbar (vgl. EuGH, Urteil vom 28. Januar 1992 - C-332/90, Slg. 1992, I-353 Rn. 8, 10 f. - Steen).

26           c) Zutreffend hat das Berufungsgericht weiter keine Anzeichen dafür erkannt, dass der deutsche Gesetzgeber in § 3 Abs. 1 Satz 4 KfWG die Geltung des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots auch für Inlandssachverhalte habe anordnen wollen.

27           Zwar hat die Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 4 KfWG keinen eigenständigen Regelungsgehalt, wenn sie allein auf das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV verweist, das die Beklagte bei einer Geschäftstätigkeit mit grenzüberschreitendem Bezug ohnehin zu beachten hat. Dies steht aber in Einklang mit der Begründung des Gesetzentwurfs, wonach mit der ausdrücklichen Erwähnung des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots in § 3 Abs. 1 KfWG der Hervorhebung dieses Prinzips in der Verständigung zwischen der EU-Kommission und der Bundesregierung über die Ausrichtung rechtlich selbständiger Förderinstitute in Deutschland vom 1. März 2002 entsprochen werden sollte (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung der Förderbanken des Bundes, BT-Drucks. 15/743, S. 9, 13, sowie die in Umsetzung der Verständigung zwischen der EU-Kommission und der Bundesregierung erlassene Entscheidung der Kommission vom 27. März 2002 - C 12/86 [2002]).

28           Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot für die Geschäftspraxis der Beklagten auch nicht ohne

Bedeutung. Danach können Institute mit Sitz im EU-Ausland an dem Durchleitungsgeschäft der Beklagten teilnehmen und nehmen auch tatsächlich daran teil. So seien nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten gegenwärtig 35 Kreditinstitute mit Sitz im EU-Ausland berechtigt, im Durchleitungsverfahren Neugeschäfte mit der Beklagten zu tätigen. Exemplarisch hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auf den von der Beklagten vorgelegten Geschäftsbericht der Bank für Tirol und Vorarlberg AG, Innsbruck, hingewiesen, aus dem sich ergibt, dass dieses Institut für Fördermittel in Deutschland unter anderem bei der Beklagten akkreditiert ist.

29           4. Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich ein Unterlassungsanspruch der Klägerin nicht aus § 3 Abs. 1 KfWG in Verbindung mit dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) oder dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

30           a) Die Klägerin kann sich als öffentlich-rechtliche Sparkasse nicht auf Grundrechte wie das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG berufen. Öffentlich-rechtliche Sparkassen sind rechtlich selbständige kommunale Einrichtungen, hinter denen Gebietskörperschaften als Gewährträger stehen. Sie erfüllen öffentliche Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge. In der Rechtsprechung ist geklärt, dass öffentlich-rechtliche Sparkassen (materielle) Grundrechte nicht in Anspruch nehmen können. Selbst wenn wegen einer weitgehenden Angleichung an das private Bankgewerbe für die Beurteilung der Funktion öffentlich-rechtlicher Sparkassen nicht mehr deren öffentliche Aufgabe, sondern die privatwirtschaftliche Unternehmenstätigkeit bestimmend wäre, könnte dies nicht zu einem Grundrechtsschutz führen (vgl. BVerfGE 75, 192, 197 [juris Rn. 18 bis 23]; BVerfG, NJW 1995, 582, 583 [juris Rn. 8 f.]; BVerwG, NVwZ 2012, 112 Rn. 15).

31           b) Zwar hat die Beklagte, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, als Körperschaft des öffentlichen Rechts auch im Verhältnis zu anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts wie der Klägerin allgemeine

rechtsstaatliche Grundsätze wie das Willkürverbot und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten und ein ihr eingeräumtes Ermessen pflichtgemäß auszuüben. Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich, auch wenn sie nicht grundrechtsfähig sind, auf das Willkürverbot und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Prinzipien der rechtsstaatlichen Ordnung berufen (zur Berufung auf das Willkürverbot in einem Gerichtsverfahren vgl. BVerfGE 35, 263, 272 [juris Rn. 29]). Mit der von der Klägerin beanstandeten Ausgestaltung des Durchleitungsverfahrens verstößt die Beklagte jedoch nicht gegen allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze.

32           aa) § 3 Abs. 1 KfWG begründet kein subjektives Recht von Kreditinstituten auf eine bestimmte Ausgestaltung des Durchleitungsverfahrens oder auf Direktakkreditierung bei der Beklagten im einstufigen Verfahren. Die Vorschrift ist Ausdruck des Hausbankprinzips, wonach die Beklagte mit ihren Finanzierungen grundsätzlich nicht in Konkurrenz mit den privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Geschäftsbanken tritt (vgl. Gerz/Bradt, DStR 2011, 876). Vorgaben für die Ausgestaltung des Durchleitungsverfahrens lassen sich ihr nicht entnehmen. Damit erfüllt § 3 Abs. 1 KfWG nach der maßgeblichen Schutznormlehre (vgl. nur BVerwGE 156, 18 Rn. 27) nicht die Voraussetzungen eines subjektiven Rechts der Klägerin. Die Vorschrift entfaltet für sie schon keine günstigen Rechtswirkungen und kann deshalb nicht zumindest auch den Zweck haben, sie zu begünstigen und ihr die Durchsetzung einer Begünstigung zu ermöglichen (vgl. Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl., § 40 Rn. 133 mit umfassenden Nachweisen).

33           bb) Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot liegt nicht vor. Die von der Beklagten vorgenommene Differenzierung im Durchleitungsverfahren nach der vorgefundenen Struktur im Sparkassen- und Volksbankenwesen wird von ihr konsequent angewandt.

34 Die zum einstufigen Verfahren zugelassene Hamburger Sparkasse AG sowie die Sparkasse Bremen AG unterscheiden sich von der Klägerin, weil sie eine privatrechtliche Rechtsform haben, nicht in den gesetzlichen Sparkassenverbund und ein Zentralinstitut eingebunden sowie nicht gesetzlich zur Daseinsvorsorge verpflichtet sind. Die von der Revision angeführten "freien" Sparkassen in Schleswig-Holstein sind demgegenüber trotz privatrechtlicher Rechtsform öffentliche Sparkassen, die gesetzlich zur Daseinsvorsorge verpflichtet sind (vgl. § 32 Abs. 1 SpKG SH), und gehören dem Sparkassen- und Giroverband für Schleswig-Holstein an, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts (vgl. § 35 Abs. 1 und 2 SpKG SH). Im Hinblick auf diese Unterschiede zur Hamburger Sparkasse AG und zur Sparkasse Bremen AG stellt es keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung durch die Beklagte dar, die anderen "freien" Sparkassen in Schleswig-Holstein nicht zum einstufigen Verfahren zuzulassen.

35 Beim Calenberger Kreditverein handelt es sich zwar um eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Die Klägerin hat jedoch nicht dargelegt, dass dieser Kreditverein an ein Zentralinstitut angebunden und in einem öffentlich-rechtlichen (Sparkassen-)Verbund organisiert ist. Dementsprechend kommt für dieses Institut nur eine Teilnahme am einstufigen System in Betracht.

36 cc) Der Ausschluss vom einstufigen Durchleitungsverfahren belastet die Klägerin auch nicht unverhältnismäßig.

37 Konkrete Auswirkung des beanstandeten Handelns der Beklagten ist, dass leistungsfähige Institute der Sparkassenorganisation und leistungsfähige Volksbanken daran gehindert werden, die im zweistufigen Durchleitungssystem ihren Zentralinstituten bei der Vergabe der Fördermittel zufallende Marge durch Zulassung zum einstufigen Durchleitungsverfahren einzusparen oder selbst zu verdienen. Allerdings sind alle Kreditinstitute berechtigt, entweder im ein- oder im zweistufigen Durchleitungsverfahren an der Fördermittelvergabe durch die Beklagte teilzunehmen. Es ist auch nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich,

dass die Vergütung der Zentralinstitute im zweistufigen Durchleitungsverfahren besonders lukrativ oder im Verhältnis zu dem entstehenden Aufwand besonders hoch ist.

38           Allerdings hat die Beklagte anhand zweier konkreter Fälle substantiiert vorgetragen, dass sie sich bei mit Mitteln der Beklagten finanzierten größeren Investitionen aufgrund fehlender direkter Akkreditierung nur unter Schwierigkeiten und unter Inkaufnahme erheblicher Kosten beteiligen könne. Es erscheint nicht lebensfremd, dass diese Schwierigkeiten bei einer Beteiligung an Investitionsfinanzierungen im Außenverhältnis den Eindruck erwecken können, die Klägerin sei nicht ebenso leistungsfähig wie die zur einstufigen Durchleitung zugelassenen Wettbewerber Bremer Sparkasse AG oder Hamburger Sparkasse AG sowie die Bremer Landesbank, wie es die Klägerin geltend gemacht hat. Diese die Klägerin treffenden Auswirkungen des zweistufigen Durchleitungsverfahrens sind indes Folge des Bestrebens der Beklagten, in Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben die Fördermittelvergabe unter Einschaltung von Kreditinstituten zuverlässig flächendeckend und kosteneffizient zu erfüllen. Steht die nähere Ausgestaltung des von § 3 Abs. 1 Satz 1 KfWG vorgeschriebenen Durchleitungsverfahrens im pflichtgemäßen Ermessen der Beklagten, so sind Auswirkungen auf den Wettbewerb, die sich aus der pflichtgemäßen Ausübung dieses Ermessens ergeben, als notwendige Begleiterscheinung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben anzusehen.

39           Das Berufungsgericht hat unter Hinweis auf die Aussage der vom Landgericht vernommenen Zeugin S. festgestellt, dass durch weitere direkte Akkreditierungen auf die Beklagte Kosten in einer Größenordnung von mindestens (jährlich) 2,4 Millionen € zukommen würden. Es ist nicht nur plausibel, sondern naheliegend, dass mit der Einschaltung von Zentralinstituten der Volksbanken- und Sparkassenorganisation der Verwaltungsaufwand der Beklagten bei der Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrags im Hinblick auf die Zahl der zu betreu-

den Partner bei der Durchleitung erheblich vermindert wird. Auch die Befürchtung, bei einem Rückzug der leistungsfähigeren Sparkassen aus dem zweistufigen Durchleitungsverfahren könne dieses für die Landesbanken unattraktiv werden, so dass die Zentralinstitute sich aus dem Geschäft zurückzögen und infolgedessen kleinere lokale und regionale Institute, die nicht über die Fähigkeiten verfügten, am einstufigen Durchleitungsverfahren teilzunehmen, nicht mehr in die flächendeckende Verteilung von Fördermitteln einbezogen werden könnten, ist jedenfalls eine sachliche, nicht ermessenwidrige Erwägung. Die demgegenüber von der Klägerin geltend gemachten Nachteile ihres Zwangs zur Teilnahme am zweistufigen Durchleitungsverfahren stehen entgegen der Ansicht der Revision nicht außer Verhältnis zu den von der Beklagten mit der Beibehaltung des zweistufigen Durchleitungssystems erwarteten Vorteilen.

40           5. Die Klägerin vermag ihre Anträge auch nicht auf § 3 Abs. 1 KfWG in Verbindung mit § 3a Abs. 1 BDSG zu stützen. Nach dieser Vorschrift ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten an dem Ziel auszurichten, so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen. Die Klägerin sieht einen Verstoß gegen diesen Grundsatz der Datenvermeidung darin, dass in einem nicht erforderlichen zweistufigen Durchleitungsverfahren durch das Zentralinstitut unnötig Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt würden.

41           Es kann offenbleiben, ob dieser Vorwurf der Klägerin begründet ist. Jedenfalls gibt ihr § 3a Abs. 1 BDSG kein subjektives Recht auf Zulassung zum einstufigen Durchleitungsverfahren.

42           6. Der Umstand, dass die Klägerin eine Teilnahme am einstufigen Durchleitungsverfahren mangels geeigneter Anspruchsgrundlage nicht durchzusetzen vermag, bedeutet nicht, dass die Durchleitungspraxis der Beklagten keiner rechtlichen Kontrolle unterliegt. Sie hat dabei insbesondere die Grenzen des



Beihilferechts der Union zu beachten. Außerdem unterliegt sie der Rechtsaufsicht nach § 12 Abs. 1 KfWG.

43           7. Da die Beklagte der Klägerin zu Recht die Teilnahme am einstufigen Durchleitungsverfahren verwehrt, ist auch der auf Feststellung der Schadensersatzpflicht gerichtete Antrag unbegründet. Dasselbe gilt für die weiteren hilfsweise und höchst hilfsweise gestellten Leistungs- und Feststellungsanträge, die ebenfalls sämtlich einen Anspruch der Klägerin auf Zulassung zum einstufigen Durchleitungsverfahren voraussetzen.

44           III. Danach ist die Revision der Klägerin zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Koch

Schaffert

Kirchhoff

Löffler

Schwonke

Vorinstanzen:

LG Oldenburg, Entscheidung vom 09.12.2016 - 12 O 2586/13 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 15.09.2017 - 6 U 17/17 -