



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

KZR 4/01

Verkündet am:  
24. September 2002  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ : nein  
BGHR : ja

Kommunaler Schilderprägebetrieb

GWB § 20 Abs. 1; UWG § 1

- a) 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.
- b) 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.

BGH, Urt. v. 24. September 2002 – KZR 4/01 – OLG Düsseldorf  
LG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. September 2002 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Prof. Dr. Goette, Ball, Prof. Dr. Bornkamm und Dr. Raum

für Recht erkannt:

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.

Von Rechts wegen

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.

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 Unternehmen, 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 Tochterun-

ternehmen 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 Gesellschafterbeschuß 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 die-

ses 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 beantragten 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 Geschäftsver-

kehr 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.

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 Schilderträger 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 Schilderträger 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 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 offenbleiben, 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 „Schilderträger im Landratsamt“ zugrundeliegenden Fall hatte die Klägerin generell die in der Vermietung von Gewerbeflächen an Schilderträger 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 Schilderträger im selben Gebäude aufzusuchen (BGH WuW/E DE-R 201, 204 – Schilderträger 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.

Hirsch

Goette

Ball

Bornkamm

Raum