

ihnen einzelne Einnahmen entzogen oder verwehrt werden.¹³³ Die Möglichkeit der Einnahmeerzielung durch ein netzbetreibendes Unternehmen steht den Gemeinden jedoch offen. Das Ziel, diese Möglichkeit zu nutzen, ist nach den bisherigen Überlegungen auch im Rahmen von § 46 Abs. 2 ff. EnWG rechtlich nicht ausgeschlossen, sondern ein zulässiges Kriterium.

cc) Unzulässigkeit gemeindeeigenen Unternehmen günstiger, sachlicher Kriterien?

Die genannten, sachlich einschlägigen und rechtfertigenden Gründe werden in den erwähnten Äußerungen der Kartellbehörden und Gerichte erst durch eine weitere Überlegung als zulässiges Kriterium in Frage gestellt. Die These, die Gemeinde dürfe einzelne Bieter, insbesondere mit der Gemeinde verbundene Unternehmen, nicht ohne sachlichen Grund bevorzugen,¹³⁴ will bei genauer Betrachtung (im Übrigen – wie gerade dargelegt – sachlich gerechtfertigte) Kriterien dann als unzulässig oder allenfalls nachrangig ansehen, wenn sie spezifisch gerade bei Kommunalunternehmen vorliegen und diese deshalb im Ergebnis begünstigen können.¹³⁵

(1) Folgerung aus der Nichtanwendbarkeit der Inhouse-Vergabe-Grundsätze?

Dies bereits aus § 46 Abs. 4 EnWG und einer darauf gestützten Annahme der Nichtanwendbarkeit des Inhouse-Privilegs auf das Auswahlverfahren nach § 46 EnWG herleiten zu wollen,¹³⁶ geht fehl. Die ausdrücklichen Verfahrensvorschriften des § 46 Abs. 2 und 3 EnWG erfassen, ggf. kraft des § 46 Abs. 4 EnWG, zwar in der Tat auch Inhouse-Vergaben; das vom Europäischen Gerichtshof anerkannte Inhouse-Privileg kann diese unionsrechtlich nicht geforderten, jedoch im nationalen Recht explizit angeordneten Vorgaben nicht aushebeln, so dass sie anwendbar bleiben. Hinsichtlich darüber hinausgehender – nicht aus § 46 Abs. 2 und 3 EnWG ableitbarer, sondern unionsrechtlich begründeter – Anforderungen an die

¹³³ BVerfG, NvWZ 1999, 520 (521).

¹³⁴ Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur, Gemeinsamer Leitfaden, Tz. 22; vgl. auch Budenbender, Materielle rechtliche Entscheidungskriterien, S. 46: „§ 46 Abs. 1 S. 1 EnWG erlaubt den Kommunen keine pauschale bzw. sachwidrige Bevorzugung des eigenen Netzbetrieb.“

¹³⁵ Vgl. LG Kiel, Urt. v. 3. Febr. 2012, 14 O 12/11.Kart, Tz. 85 zur Unzulässigkeit einer „allein oder jedenfalls überwiegend unter Berücksichtigung kommunaler Interessen getroffene(n) Auswahlentscheidung“ (zitiert nach juris, insoweit nicht abgedruckt in RdE 2012, 263); Schwensfeier, in: Kermel (Hrsg.), Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, Kap. 5 Rn. 191, 196; Höch, RdE 2013, 60 (64).

¹³⁶ Schwensfeier, in: Kermel (Hrsg.), Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, Kap. 5 Rn. 185. Vgl. auch Höch, RdE 2013, 60 (64 f.).

Konzessionsvergabe, wie sie hier in Rede stehen, ist die Privilegierung von Inhouse-Vergaben jedoch sehr wohl anwendbar.¹³⁷ Ihre sog. Nichtanwendbarkeit kann deshalb einer die Verfahrensvorschriften des § 46 Abs. 3 EnWG beachtenden, bevorzugten Berücksichtigung gemeindeeigener Unternehmen nicht entgegengehalten werden.

(2) *Folgerung aus der Doppelrolle der Kommunen bei der Konzessionsvergabe?*

Nähere Befassung verdient in diesem Zusammenhang der Verweis auf die Doppelrolle der Kommunen bei der Konzessionsvergabe als auswählende Stelle einerseits, als Interessent andererseits. Vorgebracht wird, der Gesetzgeber habe die Konzessionsvergabe gerade auch deshalb einem Diskriminierungsverbot unterworfen, weil er die Gefahr einer Diskriminierung zugunsten kommunaler Unternehmen wegen des Zusammenfallens von kommunaler Wegehoheit und kommunalen Interessen am Netzbetrieb gesehen habe.¹³⁸ Wegen ihrer Doppelrolle als Vergabeinstanz und als möglicher Netzbetreiber müsse von der Gemeinde verlangt werden, keine sachwidrige Vermischung beider Ebenen vorzunehmen.¹³⁹ § 46 EnWG verlange deshalb, dass die Kommune die Rolle „eines zum objektiven Handeln verpflichteten Schiedsrichters, der unter nachvollziehbaren Leistungsaspekten zwischen den verschiedenen Netzbetriebsinteressenten zu entscheiden hat“,¹⁴⁰ einnimmt.

Die Annahme, die Regelung der Konzessionsvergabe in § 46 EnWG solle gerade einer bevorzugten Berücksichtigung gemeindeeigener Unternehmen wehren, ist jedoch schon entstehungsgeschichtlich unzutreffend. Der Gesetzgeber des § 13 EnWG fand insofern eine Rechtslage vor, die der Bundesgerichtshof treffend wie folgt umschrieben hat: „Mit der Einführung des § 103a GWB a.F. verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, durch eine Begrenzung der Laufzeit der nach § 103 Abs. 1 Nr. 1, 2 u. 4 GWB a.F. freigestellten Verträge zu verhindern, daß das System der Gebietsmonopole zum Nachteil der Abnehmer erstarrt und nicht mehr flexibel genug ist, auf die versorgungswirtschaftlichen Erfordernisse zu reagieren (Bericht des Ausschusses für Wirtschaft des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 8/3690 S. 31). Spätestens alle 20 Jahre sollten die Partner eines Konzessionsvertrages völlig frei darüber entscheiden können, ob die Energieversorgung durch den bisherigen Vertragspartner, durch ein konkurrierendes Versorgungsunternehmen oder aber

¹³⁷ Vgl. oben unter B.II. 1. b) bb).

¹³⁸ *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 41; vgl. auch S. 46.

¹³⁹ *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 64; vgl. auch *ders.*, DVBl. 2012, 1530 (1532).

¹⁴⁰ *Büdenbender*, Materiellrechtliche Entscheidungskriterien, S. 51.

durch die Kommune selbst fortgesetzt werden sollte. § 103a GWB a.F. diene freilich nicht dem Schutz der Parteien des Konzessionsvertrages, sondern dem Schutz der Freiheit des Wettbewerbs: Wenigstens im 20-Jahres-Rhythmus sollte ein Wettbewerb um geschlossene Versorgungsgebiete ermöglicht werden, um eine Verbesserung der Versorgungsbedingungen zu erreichen ...¹⁴¹ Vor dem Hintergrund dieser Ausgangslage haben § 13 EnWG 1998 und § 46 EnWG 2005 lediglich verfahrensrechtliche Ergänzungen vorgenommen, die möglichen Interessenten Gelegenheit zur Bewerbung geben, der Gemeinde damit evtl. weitere Handlungsoptionen eröffnen und sie durch Transparenz zu einer rationalen Entscheidung anhalten sollen; sie haben jedoch bewusst davon abgesehen, für die Konzessionsvergabe durch die Gemeinde materiellrechtliche Vorgaben zu machen.¹⁴² Die Neuregelungen haben damit das vom Bundesgerichtshof umschriebene, bereits vor 1998 verfolgte Konzept einer Ermöglichung von Wettbewerb um das Netz, das zumindest alle 20 Jahre eine neue gemeindliche Vergabeentscheidung sicherstellt, in materiellrechtlicher Hinsicht fortgeschrieben. Auch § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG hat daran, jedenfalls bei verfassungskonformer Interpretation, nichts geändert.¹⁴³ Die Behauptung, § 46 EnWG verlange mit Blick auf das Ziel der Wettbewerbsöffnung eine allein an „sachlich-wettbewerblichen Gesichtspunkten“ orientierte Konzessionierungsentscheidung,¹⁴⁴ die die gemeindeeigenen Unternehmen begünstigende sachliche Gesichtspunkte nicht oder allenfalls nachrangig zugrunde legen dürfe, trifft nicht zu. Sie verkennt, dass das EnWG in Bezug auf den Netzbetrieb nur einen – in der gerade beschriebenen Weise begrenzten – Wettbewerb um das Netz vorsieht, den Wettbewerbsgedanken aber vor allem in der Eröffnung von Wettbewerb um den Kunden in der Energiebelieferung realisiert hat.

II. Kartellrechtliche Vorgaben

Nur ergänzend soll auch auf kartellrechtliche Maßstäbe eingegangen werden. Gestützt auf § 46 Abs. 5 EnWG, wonach die kartellbehördlichen Aufgaben und Zuständigkeiten nach dem GWB unberührt bleiben, wird die gemeindliche Auswahlentscheidung auch hieran, namentlich an §§ 19, 20 Abs. 1 GWB, gemessen.

¹⁴¹ BGHZ 143, 128, Tz. 51.

¹⁴² Vgl. BT-Drs. 13/7274, S. 21, bestätigt durch BT-Drs. 15/3917, S. 67.

¹⁴³ Vgl. oben unter C. I. 2. b).

¹⁴⁴ OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 21/12, Tz. 94 (zitiert nach juris) = EnWZ 2013, 76 (77); Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 22/12, Tz. 117 (zitiert nach juris; insoweit nicht abgedruckt in EnWZ 2013, 84).

1. Gemeindliche Konzessionsvergabe als unternehmerisches oder hoheitliches Verhalten?

Die §§ 19, 20 GWB sind von vornherein nur anwendbar auf Unternehmen. Voraussetzung für die Anwendung der §§ 19, 20 GWB auf die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen durch die Gemeinde ist daher, dass es sich dabei um ein unternehmerisches Verhalten der Gemeinde handelt.

Abweichend von der Beurteilung des Europäischen Gerichtshofs für das europäische Wettbewerbsrecht¹⁴⁵ nehmen Rechtsprechung, Kartellbehördenpraxis und vorherrschende Literaturmeinung dies auf der Grundlage eines weiten Unternehmensbegriffs an.¹⁴⁶ Sie stützen diese Annahme u.a. darauf, dass die Konzessionsvergabe – wie aus § 8 Abs. 10 BFernStrG und entsprechenden landesgesetzlichen Regelungen hergeleitet wird – im Wege privatrechtlichen Vertrages¹⁴⁷ und auf der Grundlage des Eigentums der Gemeinde am Wegenetz erfolge. Die Konzessionsvergabe soll deshalb, wie insbesondere unter Verweis auf die sog. Schilderträger-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁴⁸ angenommen wird, nicht anders zu beurteilen sein als auch sonstige Verpachtungen oder Vermietungen von Grundstücken oder Gebäuden im Eigentum der Gemeinde.¹⁴⁹

Diese Annahme ist sehr fragwürdig. Im Kern ist einzuwenden, dass es sich bei der Vergabe von Konzessionen für die leitungsgebundene Energieversorgung der Einwohner um eine (von Art. 28 Abs. 2 GG geschützte) Selbstverwaltungsangelegenheit der Gemeinde handelt.¹⁵⁰ Deshalb ist der Vergleich zwischen der Wegerechtsvergabe und der Verpachtung oder Vermietung sonstiger Liegenschaften der Gemeinde nicht überzeugend. Einzelne Grundstücke oder Gebäude stellen Fiskalvermögen der Gemeinde dar, dessen Verwaltung zwar unter die Finanzhoheit als ein

¹⁴⁵ Vgl. oben unter B. II. 1. b).

¹⁴⁶ BGH, WuW/E BGH 2247; WuW/E BGH 2777; OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 21/12, Tz. 136 (zitiert nach juris) = EnWZ 2013, 76 (81); Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 22/12, Tz. 149 ff. (zitiert nach juris; insoweit nicht abgedruckt in EnWZ 2013, 84); *Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur*, Gemeinsamer Leitfaden, Tz. 16; *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, S. 47 f.; *Büdenbender*, Materielle Entscheidungskriterien, S. 67 ff.

¹⁴⁷ BGHZ 37, 353 (354); 138, 266 (274); OVG NRW, B. v. 10. Febr. 2012, 11 B 1187/11, Tz. 9 (zitiert nach juris) = NVwZ-RR 2012, 415 (415); *Büdenbender*, Materielle Entscheidungskriterien, S. 11, 68.

¹⁴⁸ Vgl. BGH, NJW 2003, 752.

¹⁴⁹ Vgl. etwa *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, S. 51 („So unterscheidet sich z.B. der Vertragsinhalt einer Wegenutzungskonzession nur singular von typischen Pacht- oder Mietverhältnissen.“); *Büdenbender*, Materielle Entscheidungskriterien, S. 68.

¹⁵⁰ Zur Anerkennung dieser Selbstverwaltungsaufgabe vgl. bereits oben unter B. I.

Element gemeindlicher Eigenverantwortlichkeit fällt, aber keine originäre Selbstverwaltungsaufgabe darstellt. Das unter der Hoheit der Gemeinde stehende örtliche Wegenetz hingegen stellt eine (hoheitliche) Infrastruktur dar, deren Verwaltung von Art. 28 Abs. 2 GG als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft anzusehen ist. Wenn man die straßenrechtlich begründete Privatrechtsförmigkeit der Konzessionsverträge akzeptiert, so muss man die Konzessionsvertragsvergabe danach als privatrechtsförmige Wahrnehmung einer von Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Selbstverwaltungsaufgabe charakterisieren.¹⁵¹ Dieser verfassungsrechtlich begründeten Charakterisierung kann auch nicht die einfachgesetzliche Regelung des § 1 EnWG, die allein auf den Schutz der Konsumenten zielen soll, entgegengehalten werden;¹⁵² vielmehr müssen sich die energiewirtschaftsrechtlichen Regelungen an der Verfassungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG messen lassen.

Ungeachtet dieser Einwände soll dieser Streitfrage hier nicht abschließend nachgegangen werden. Vielmehr soll – mit Rücksicht auf die derzeit für das deutsche Wettbewerbsrecht ganz vorherrschende Auffassung – für die weiteren Überlegungen die Annahme eines unternehmerischen Verhaltens und damit der Anwendbarkeit von §§ 19, 20 GWB zugrunde gelegt werden.

2. Marktbeherrschende Stellung

§§ 19, 20 GWB setzen tatbestandlich eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens voraus. Dass die einzelne Gemeinde für ihr Gemeindegebiet in Bezug auf die Konzessionsvergabe marktbeherrschend ist, ist angesichts ihrer monopolartigen Stellung, wenn man diese denn als eine unternehmerische qualifiziert, offenkundig. Fraglich kann allein die maßgebliche räumliche Abgrenzung des Marktes sein. Während in der Literatur mit beachtenswerten Gründen ein bundesweiter Markt des Netzbetriebs angenommen wird,¹⁵³ nehmen insbesondere Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur an, dass der jeweilige lokale Markt räumlich maßgeblich sei, weshalb eine marktbeherrschende Stellung der jeweiligen Gemeinde anzunehmen sei.¹⁵⁴ Auch dies soll hier nicht näher untersucht werden.

¹⁵¹ Vgl. ausführlich *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 279 f., 282; *Templin*, IR 2009, 101 (103).

¹⁵² *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, S. 27 f.

¹⁵³ *Kermel/Brucker/Baumann*, Wegenutzungsverträge, S. 91 ff. Ausdrücklich offen gelassen bei OLG Düsseldorf, B. v. 9. Jan. 2013, VII-Verg 26/12, Tz. 116 (zitiert nach juris) = EnWZ 2013, 125 (130).

¹⁵⁴ *Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur*, Gemeinsamer Leitfaden, Tz. 17 f. Vgl. auch OLG Schleswig, Urt. v. 22. Nov. 2012, 16 U (Kart) 21/12, Tz. 138 (zitiert nach

3. Unbillige Behinderung und Diskriminierung, insbesondere bei Inhouse-Vergaben?

Die Unternehmenseigenschaft der Gemeinde und die Marktbeherrschung unterstellend bleibt zu fragen, unter welchen Bedingungen eine unbillige Behinderung i.S.v. § 19 GWB bzw. eine Diskriminierung i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB bei der Konzessionsvergabe anzunehmen ist. Diese Frage wird insbesondere dann virulent, wenn die Gemeinde eine Konzessionsvergabe an ein eigenes Unternehmen vornehmen will, und soll im Folgenden insbesondere mit Blick auf diese Konstellation erörtert werden. In den einschlägigen Stellungnahmen folgt die kartellrechtliche Beurteilung insoweit zunächst regelmäßig den energiewirtschaftlichen Maßstäben. Ein Missbrauch bzw. eine Diskriminierung oder unbillige Behinderung wird angenommen, wenn einem Energieversorgungsunternehmen die Konzessionsvergabe aus Gründen versagt wird, die nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG als unzulässig zu beurteilen sein sollen.¹⁵⁵ Insoweit führt die Heranziehung von §§ 19, 20 GWB über die Vorgaben des § 46 EnWG in der Sache nicht hinaus. Die nachfolgenden Überlegungen konzentrieren sich auf von § 46 EnWG unabhängige, insofern eigenständig kartellrechtliche Erwägungen im Rahmen von §§ 19, 20 GWB.

a) Kartellrechtliche Relevanz kommunalwirtschaftsrechtlicher Subsidiarität?

Vereinzelt ist die kartellrechtliche Unzulässigkeit der Bevorzugung gemeindeeigener Unternehmen (bzw. das Gebot ihrer allenfalls nachrangigen Berücksichtigung) bei der Konzessionsvergabe damit begründet worden, dass die sachliche Rechtfertigung eines diskriminierenden Verhaltens i.S.v. § 20 GWB bei einem Verstoß gegen eine Verbotsnorm mit Wettbewerbsbezug ausgeschlossen sei. Eine solche Verbotsnorm mit Wettbewerbsbezug sei die im Kommunalwirtschaftsrecht vieler Gemeindeordnungen vorgesehene Subsidiaritätsklausel, aus der sich ergebe, dass die Gemeinde privaten Anbietern ggf. den Vorrang bei der Leistungserbringung lassen müsse.¹⁵⁶ Im Kern soll somit der (angenommene) Verstoß gegen kommunalwirtschaftsrechtliche Subsidiaritätsregeln im

juris) = EnWZ 2013, 76 (81); *Wegner*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar, § 46 Rn. 116; *Scholtka/Baumann*, N&R 2010, 1 (6); *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, S. 55 ff.; *Herten-Koch*, in: Kermel (Hrsg.), Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, Kap. 5 Rn. 64; *Büdenbender*, DVBl. 2012, 1530 (1536); *Höck*, RdE 2013, 60 (60 Fn. 5). Vgl. auch BGH, NVwZ-RR 2009, 596 (598).

¹⁵⁵ Vgl. *Büdenbender*, Materielle rechtliche Entscheidungskriterien, S. 70 ff.

¹⁵⁶ *Schwensfeier*, in: Kermel (Hrsg.), Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, Kap. 5 Rn. 190.

Falle der Konzessionsvergabe an ein gemeindeeigenes Unternehmen zugleich auch einen Kartellverstoß begründen.

aa) Zu den kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorgaben

Demgegenüber ist zunächst – ohne dem hier im Einzelnen nachgehen zu wollen – darauf hinzuweisen, dass die Gemeindeordnungen keineswegs durchweg Subsidiarität in dem Sinne anordnen, dass die Gemeinde mit ihren Unternehmen gegenüber gleich guten und wirtschaftlichen Konkurrenten zurückstehen muss. Vielmehr gibt es Gemeindeordnungen, die sich auf eine sog. bloße Funktionssperreklausel beschränken, die der Gemeinde eine eigene wirtschaftliche Betätigung nur untersagen, wenn andere besser oder wirtschaftlicher sind.¹⁵⁷ Einzelne Gemeindeordnungen haben ganz bewusst auf die Liberalisierung der Energiewirtschaft in der Weise reagiert, dass sie gerade in Bezug auf energiewirtschaftliche Betätigungen von jeder Beschränkung durch Subsidiaritäts- oder Funktionssperreklauseln absehen.¹⁵⁸

bb) Zur kartellrechtlichen Relevanz

Vor allem aber ist der Frage nachzugehen, ob ein möglicher Verstoß gegen solche kommunalwirtschaftsrechtliche Vorgaben überhaupt geeignet ist, zugleich auch einen Kartellverstoß zu begründen.

Diese Frage ist in ähnlicher Weise bereits in verwandten Zusammenhängen erörtert worden. Zunächst hatten vor einigen Jahren einzelne Oberlandesgerichte angenommen, der Verstoß gegen kommunalwirtschaftsrechtliche Vorschriften könne von Konkurrenten als Verstoß gegen den damaligen § 1 UWG a.F. vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden.¹⁵⁹ Dieser Annahme ist der Bundesgerichtshof, die Unterscheidung zwischen Regelungen des Marktzutritts und des Wettbewerbsverhaltens hervorhebend, deutlich entgegengetreten.¹⁶⁰ Seither

¹⁵⁷ Zur Kritik an der Kennzeichnung dieser Regelungen als Subsidiaritätsklausel vgl. *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 214 f.

¹⁵⁸ Vgl. § 107a GO NRW.

¹⁵⁹ Vgl. etwa OLG Hamm, NJW 1998, 3504 (3504 f.); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1470 (1471).

¹⁶⁰ BGH, NVwZ 2002, 1141 (1142): „Es ist nicht Sinn des § 1 UWG, den Anspruchsberechtigten zu ermöglichen, Wettbewerber unter Berufung darauf, dass ein Gesetz ihren Marktzutritt verbiete, vom Markt fernzuhalten, wenn das betreffende Gesetz den Marktzutritt nur aus Gründen verhindern will, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs nicht berühren. Unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts, zu dessen Zielen der Schutz der Freiheit des Wettbewerbs gehört, ist vielmehr jede Belebung des Wettbewerbs, wie sie unter Umständen auch vom Marktzutritt der öffentlichen Hand ausgehen kann, grundsätzlich erwünscht Auch bei einem Verstoß gegen Vorschriften über den Marktzutritt muss daher anhand einer – am Schutzzweck des § 1 UWG auszurichtenden – Würdigung des Gesamtcharakters des Verhaltens geprüft werden, ob es durch den Gesetzesverstoß das Gepräge eines wettbewerbs-

darf diese Frage als entschieden gelten. Der hier interessierenden Fallgestaltung noch näher steht die Frage, ob der Verstoß gegen kommunalwirtschaftsrechtliche Vorschriften den Ausschluss gemeindlicher Unternehmen aus Vergabeverfahren nach § 97 ff. GWB rechtfertigen kann. Dies hat das Oberlandesgericht Düsseldorf annehmen wollen. Es meint dies ungeachtet der klärenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Recht des unlauteren Wettbewerbs annehmen zu können, weil hier ein gegenüber dem Lauterkeitsrecht weitergehender, umfassender Wettbewerbsbegriff zugrunde zu legen sei, weshalb ein Wettbewerbsverstoß auch in der Verletzung eines gesetzlichen Marktzutrittsverbots durch ein Unternehmen liegen könne; dies lasse sich auch nicht mit dem Hinweis auf eine vom Marktzutritt der öffentlichen Hand tatsächlich ausgehende und vom Gesetz sogar erwünschte Belebung des Wettbewerbs verneinen.¹⁶¹ Dieser Auffassung ist insbesondere das Oberverwaltungsgericht Münster entgegengetreten. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insistiert es darauf, dass die wettbewerbsrechtliche Beurteilung und der korrespondierende vergaberechtliche Rechtsschutz nach §§ 97 ff. GWB sich nur auf die Art und Weise der Beteiligung der öffentlichen Hand am Wettbewerb beziehen können und die davon zu unterscheidende Frage, ob sich die öffentliche Hand überhaupt wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich betätigen darf und welche Grenzen ihr insoweit gesetzt sind oder gesetzt werden sollten, vom Gemeindegewirtschaftsrecht zu regeln und im Streitfall primär von der Verwaltungsgerichtsbarkeit, nicht aber von der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu beurteilen ist; unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts, zu dessen Zielen der Schutz der Freiheit des Wettbewerbs gehört, sei jede Belebung des Wettbewerbs, auch die durch den Marktzutritt der öffentlichen Hand, ausdrücklich erwünscht.¹⁶² Dem ist nachdrücklich zuzustimmen. Die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften richten sich

rechtlich unlauteren Verhaltens erhält. Der Gesetzesverstoß kann dazu allein nicht genügen, wenn die verletzte Norm nicht zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene, das heißt – entsprechend dem Normzweck des § 1 UWG – eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion hat Eine Schutzfunktion dieser Art fehlt jedoch Art. 87 BayGO. ... Art. 87 BayGO (hat) den Zweck, die Kommunen vor den Gefahren überdehnter unternehmerischer Tätigkeit zu schützen und zugleich einer ‚ungezügelter Erwerbstätigkeit der öffentlichen Hand zu Lasten der Privatwirtschaft‘ vorzubeugen Zweck der Schranken für die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden ist danach nicht die Kontrolle der Lauterkeit des Marktverhaltens, sondern die Einflussnahme auf das unternehmerische Verhalten der Gemeinden und gegebenenfalls der Schutz der Privatwirtschaft vor einem Wettbewerb durch die öffentliche Hand.“ Vgl. auch BGH, NJW 2003, 586 (587).

¹⁶¹ OLG Düsseldorf, NZBau 2002, 626 (628); B. v. 13. Aug. 2008, VII-Verg 42/07, Verg 42/07, Tz. 22 ff. (zitiert nach juris).

¹⁶² OVG NRW, NVwZ 2008, 1031 (1032 f.); zustimmend etwa *Ennuschat*, NVwZ 2008, 966 (967 f.).