

prinzipielle Korrekturmöglichkeit gegenüber dem Kostenleitfaden der VV II + in der Hand, ganz abgesehen einmal davon, dass sie sich auch auf Art. 10 Abs. 2, 249 Abs. 3 EG (effet utile) berufen können. Schließlich könnten Wettbewerber, etwas aus Dänemark, Belgien oder Italien sich auf die Verletzung der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG) berufen, wenn sie der Meinung wären, dass der neue Kostenleitfaden ein nicht gerechtfertigtes Handelshemmnis für sie darstellt.

Was folgt aus alledem? Zunächst einmal, dass der Rückgriff auf den Kostenleitfaden der VV II + im Modell jener *Methodologie* entspricht, die die Gemeinschaft in Zukunft von der Bundesrepublik fordern wird. Für die Unternehmen aber bedeutet der Rückgriff auf einen verbindlichen Berechnungsmodus erstmals Rechtssicherheit. Das gilt einerseits für die Netzbetreiber und andererseits für diejenigen, die Netznutzung begehren. Für die Energieerzeuger müsste als Folge hiervon die Durchleitung erheblich vereinfacht und erleichtert sein. Für die Kunden müsste das Wechseln zu einem günstigeren Versorger unkompliziert werden. Dies alles sind zunächst einmal sehr positive Wirkungen im Sinne der Marktöffnung.

Problematisch ist und bleibt, dass der Berechnungsmodus, also der Kostenleitfaden im Sinne der Anlage 3 zur VV II +, nicht von *allen Beteiligten*, sondern von *einer gewissen Auswahl von Verbänden* aufgestellt worden ist. Die Frage, ob jede Position in diesem Kostenleitfaden im Sinne eines kartellrechtlich diskriminierungsfreien Zugangs unbedenklich ist, muss noch diskutiert und vertieft werden. Dabei wird in einem ersten Schritt zu klären sein, warum in der Energiewirtschaft nicht an den im Telekommunikationsrecht etablierten Begriff der *effizienten Leistungsbereitstellung* angeknüpft wird. Diskutiert werden müsste auch, warum es keinen price cap gibt. In diesem Zusammenhang dürfte ein Blick auf die im amerikanischen Recht etablierte TELRIC-Formel von Bedeutung sein. Der Terminus steht für total element long run incremental costs und meint, dass an die langfristigen zusätzlichen Kosten, die ein Netz verursacht, anzuknüpfen ist. Die Kosten für die Errichtung des Netzes spielen in dieser Formel keine Rolle, weil sie schon erbracht und verdient sind. Eine nicht ganz unwesentliche Rolle dürfte auch die Frage spielen, ob es in einem Monopol richtig ist, an kalkulatorische Kosten anzuknüpfen oder ob es sinnvoll wäre, statt dessen *pa-katorische Kosten* zugrunde zu legen.

Fragen dieser Art sind schwierig zu stellen und zum Teil noch schwieriger zu lösen. Sie setzen einen enormen Sachverstand einschließlich der betriebswirtschaftlichen und bilanzrechtlichen Rückkoppelungen voraus. Eine solche Diskussion kann nur in Ruhe und am besten in einem Verfahren geführt werden, das sicherstellt, dass alle Interessen und alle Beteiligten angemessen zu Wort kommen. Ein solches Verfahren stellt das Kartellrecht in den §§ 24 ff. GWB zur Verfügung. Danach können Unternehmen und Verbände *Wettbewerbsregeln* entwickeln und eintragen lassen. Bei einem solchen Verfahren auf Eintragung einer Wettbewerbsregel wird das Pro und Kontra aus allen Perspektiven gewichtet und am Ende wird ein Berechnungsmodus eingetragen, der langfristig für diskriminierungsfreie Entgelte sorgt. Damit wäre über § 24 GWB das Ziel zu erreichen, das nicht nur alle Marktteilnehmer verbindet, sondern das auch ordnungspolitisch gewünscht ist und darüber hinaus den Vorstellungen der Europäischen Kommission entspricht. Wäre es nicht sinnvoll mit diesem Verfahren so bald wie möglich zu beginnen und damit den Schritt zu tun, den der Gesetzgeber mit Einführung des Begriffs der *guten fachlichen Praxis* zwar angedeutet aber noch nicht vollendet hat?

ZNER

Zeitschrift für Neues Energierecht

In Kürze mit neuem Internetauftritt

www.ZNER.com

Dort finden Sie

- alle Inhaltsverzeichnisse und Editorials der bisher erschienen Ausgaben
- alle in der ZNER veröffentlichten Entscheidungen als PDF zum downloaden

Dort können Sie

- Ihr Abonnement oder einzelne Ausgaben der ZNER bestellen
- uns gerne Ihre Kritik oder Anregungen mitteilen.

Wir freuen uns auf Ihren Besuch!

Ponte Pess Verlags GmbH
 Tel: +49 (0)234 / 92 70 833
 Fax: + 49 (=)234 / 92 70 834
 e-mail: pontepress@t-online.de
www.pontepress.de

Zivilgerichte

1. Gemeinderechtliche Schranken für die kommunalwirtschaftliche Betätigung und § 1 UWG

UWG § 1, BayGO Art. 87

1. Ein Verstoß gegen die Vorschrift des Art. 87 BayGO, die der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinden Grenzen setzt, ist nicht zugleich sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG.

2. 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 betreffen.

3. Die Vorschrift des § 1 UWG bezweckt nicht den Erhalt bestimmter Marktstrukturen. Auch in den Fällen, in denen aus ihr Ansprüche zum Schutz des Bestandes des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt hergeleitet werden können, geht es nicht darum, bestimmte Marktstrukturen zu erhalten, sondern darum, wettbewerbliche Verhaltensweisen zu unterbinden, die nach den Gesamtumständen unter Berücksichtigung ihrer Auswirkungen auf die Marktstruktur gerade auch als Wettbewerbsmaßnahmen unlauter sind.

BGH, U. v. 25.04.2002, I ZR 250/00

Zum Sachverhalt: Die beklagten Stadtwerke wurden am 3. September 1998 aus einem Eigenbetrieb der Landeshauptstadt München in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgewandelt, deren Alleingesellschafterin die Landeshauptstadt München ist. Seitdem führt die Beklagte auch für private Auftraggeber Elektroarbeiten aus, darunter auch das Aufstellen und das Entfernen von Verteilerschränken und Anschlussäulen für die „fliegenden Bauten“ auf der Auer Dult und auf dem Oktoberfest.

Die Klägerin betreibt in München das Elektriherhandwerk. Sie hat seit Jahren im Bereich der Landeshauptstadt München für Marktkaufleute auf den Messen, Märkten und Festveranstaltungen Elektroarbeiten ausgeführt. Nach ihrer Umwandlung in eine GmbH erreichte die Beklagte binnen kurzer Zeit, dass eine Vielzahl von Kunden der Klägerin zu ihr überwechselten.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Beklagte durch die Übernahme von Aufträgen privater Unternehmen für Elektroarbeiten gegen die Vorschriften der Bayer. Gemeindeordnung verstoße, die zur Beschränkung der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinden erlassen worden seien, und damit zugleich wettbewerbswidrig handele. Die Beklagte habe ihr nur deshalb so viele Kunden abwerben können, weil diese auf das Wohlwollen der Stadt angewiesen seien. Die Beklagte könne die Preise ihrer Wettbewerber nur unterbieten, weil sie nach wie vor die Unterlagen für die Ausschreibungen erstelle, auch wenn diese nunmehr vom Hochbaureferat der Landeshauptstadt München durchgeführt würden.

Mit ihrer Klage wollte die Klägerin erreichen, dass die Beklagte ihr beim Anbieten oder Herstellen von elektrischen Anlagen zur Erzeugung, Fortleitung, Umwandlung und Abgabe elektrischer Energie keine Konkurrenz mache. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben (LG München I, GewArch 1999, 413). Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg (OLG München, GewArch 2000, 279 = OLG München 2000, 221). Die Revision der Beklagten hatte Erfolg.

Gründe:

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG begründet sei. Die Beklagte handele wettbewerbswidrig, wenn sie die Grenzen, die Art. 87 Abs. 1 BayGO der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden ziehe, überschreite und für private Auftraggeber die in dem Antrag genannten Elektroarbeiten ausführe. Auch nach ihrer Privatisierung unterliege die Beklagte als gemeindliches Unternehmen im Alleinbesitz der Landeshauptstadt München den Schranken

des Art. 87 BayGO.

Die beanstandeten Elektroarbeiten dienen nicht der Daseinsvorsorge zur Versorgung der Bevölkerung mit Strom, sondern seien Handwerksleistungen für private Auftraggeber, die ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt werden könnten.

Die Vorschrift des Art. 87 BayGO sei zwar kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Bei einem planmäßigen, auf Dauer ausgerichteten Handeln, wie es hier gegeben sei, stehe dem Verletzten aber ein Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG zu. Dies ergebe sich aus dem Zweck des Art. 87 BayGO, wie er aus der Gesetzesbegründung zu dieser Vorschrift hervorgehe.

Aus anderen Gründen sei der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch dagegen nicht gegeben:

Ob die Beklagte bei ihrer Tätigkeit amtliche Informationen ausnutze, die sie dadurch erlangt habe, dass sie vor ihrer Umwandlung in eine GmbH die städtischen Ausschreibungen durchgeführt habe, könne ohne nähere Aufklärung nicht festgestellt werden. Diese Möglichkeit sei ohnehin allenfalls vorübergehend gegeben. Auch ein wettbewerbswidriger Missbrauch amtlicher Autorität könne nicht allein damit begründet werden, dass jeder, der auf das Wohlwollen der Landeshauptstadt München angewiesen oder um dieses bemüht sei, die Beklagte gegenüber anderen Handwerksbetrieben bevorzugen werde, weil sie im Alleinbesitz der Stadt sei. Andernfalls wäre jedes Gemeindeunternehmen in einer Rechtsform des Privatrechts von vornherein aus wettbewerbsrechtlichen Gründen am Tätigwerden gehindert.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Revisionsangriffe haben Erfolg.

1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts handelt die Beklagte auch dann nicht sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG, wenn sie selbst oder die Landeshauptstadt München bei der Übernahme von Aufträgen privater Unternehmen gegen die Schranken verstoßen sollten, die sich aus Art. 87 BayGO für die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit von Gemeinden ergeben.

Ein Verstoß einer Gemeinde gegen die Vorschrift des Art. 87 BayGO ist nicht zugleich sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass eine Gemeinde nicht als Wettbewerberin auf dem Markt auftreten darf, soweit ihr eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit nach Art. 87 BayGO untersagt ist. Ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte wegen einer Verletzung des Art. 87 BayGO scheidet daher auch dann aus, wenn die beanstandete Tätigkeit der Beklagten mit dieser Vorschrift nicht vereinbar sein sollte, ohne dass es noch auf die Frage ankäme, ob die Beklagte als privatrechtliches Unternehmen im Alleinbesitz der Landeshauptstadt München selbst den Beschränkungen des Art. 87 BayGO unterliegt oder ihre Störerhaftung in Betracht käme.

a) Zweck des § 1 UWG ist es, dem unmittelbar betroffenen Wettbewerber einen Anspruch zu geben, damit dieser selbst gegen unlautere Mittel und Methoden des Wettbewerbs vorgehen kann und damit zugleich in die Lage versetzt wird, sich gegen Schädigungen zur Wehr zu setzen, die er durch Wettbewerbsverzerrungen infolge unlauteren Wettbewerbs erleidet oder befürchten muss. Die Anspruchsnorm ist so die Grundlage für einen deliktsrechtlichen Individualschutz (BGHZ 144, 255, 264 - Abgasemissionen; BGH, Urt. v. 5.10.2000 - I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356 = WRP 2001, 255 - Verbandsklage gegen Vielfachabmahner; Urt. v. 6.12.2001 - I ZR 284/00, GRUR 2002, 360, 362 = WRP 2002, 434 - „H.I.V. POSITIVE“ II, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen). Im Hinblick auf die Zielsetzung des § 1 UWG, die Lauterkeit des Wett-

bewerbs im Interesse der Marktbeteiligten und der Allgemeinheit zu schützen, ist der darin enthaltene Begriff der Sittenwidrigkeit wettbewerbsbezogen auszulegen (vgl. BGHZ 144, 255, 265 - Abgasemissionen; 147, 296, 303 - Gewinn-Zertifikat; BGH GRUR 2002,360,362 - „H.I.V. POSITIVE“ II, m.w.N.).

Gemäß seiner beschränkten Zielsetzung ist § 1 UWG auch dann, wenn ein beanstandetes Verhalten gegen ein Gesetz verstößt, nur anwendbar, wenn von diesem Gesetzesverstoß zugleich eine unlautere Störung des Wettbewerbs auf dem Markt ausgeht. Es genügt nicht, dass bei einer Wettbewerbshandlung ein Gesetzesverstoß lediglich mitverwirklicht wird. Der Gesetzesverstoß muss die Handlung vielmehr in der Weise prägen, dass diese gerade auch als Wettbewerbsverhalten sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG ist (vgl. BGH GRUR 2001, 354, 356 - Verbandsklage gegen Vielfachabmahner).

b) Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Verstößen gegen Vorschriften, die den Zutritt zum Markt regeln, gilt nichts anderes. Ein Anspruch aus § 1 UWG ist nicht immer schon dann gegeben, wenn ein Wettbewerber Vorschriften verletzt, bei deren Einhaltung er aus dem Markt ausscheiden müsste. Als Grundlage deliktsrechtlicher Ansprüche von Wettbewerbern bezweckt § 1 UWG nur den Schutz vor unlauterem Wettbewerb. 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 (vgl. dazu auch BVerwG NJW 1995, 2938, 2939; Köhler, WRP 1999, 1205, 1209 und GRUR 2001,777, 780). 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 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 (vgl. BGHZ 144, 255, 267 - Abgasemissionen). Eine solche Schutzfunktion besitzen z.B. Vorschriften, die als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten – etwa ärztlicher Behandlungen – im Interesse des Schutzes der Allgemeinheit den Nachweis besonderer fachlicher Fähigkeiten fordern (vgl. dazu auch Köhler, GRUR 2001, 777, 781). Eine Schutzfunktion dieser Art fehlt jedoch Art. 87 BayGO.

c) Wie in der Gesetzesbegründung zu Art. 87 BayGO (Begründung zu § 1 Nr. 9 des Gesetzentwurfs zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts und anderer kommunalrechtlicher Vorschriften, LT-Drucks. 13/10828 S. 19), auf die sich das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung des Normzwecks dieser Vorschrift gestützt hat, näher dargelegt ist, hat Art. 87 BayGO 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 (vgl. dazu auch BayVGH BayVBl. 1976, 628, 629; Widmann/Grasser/Glaser, Bayer. Gemeindeordnung, Art. 87 Rdn. 3). 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.

Erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten, die einer Gemeinde nach Art. 87 BayGO untersagt sein können, sind als solche nicht unlauter, und zwar auch dann nicht, wenn sie von einer Gemeinde ausgeübt werden. Derartige wirtschaftliche Tätigkeiten sind vielmehr innerhalb der Grenzen des Art. 87 BayGO grundsätzlich auch den

Gemeinden erlaubt. Als Wettbewerbsverhalten ist die betreffende Tätigkeit dementsprechend auch bei Berücksichtigung des Zwecks des Art. 87 BayGO nicht schon dann unlauter, wenn die Gemeinde dabei die ihrer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit gezogenen Schranken nicht einhält (vgl. dazu auch Tomerius, LKV 2000, 41, 46 f.; a.A. Gröning, WRP 2002, 17, 26). Die Unlauterkeit einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit einer Gemeinde kann sich zwar gerade auch aus ihrer Eigenschaft als öffentlich-rechtlicher Gebietskörperschaft und der damit verbundenen besonderen Stellung gegenüber den anderen Marktteilnehmern, insbesondere den Verbrauchern, ergeben – etwa wenn öffentlich-rechtliche Aufgaben mit der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit verquickt werden (vgl. BGH, Urt. v. 12.11.1998 - I ZR 173/96, GRUR 1999, 594, 597 = WRP 1999, 650 - Holsteiner Pferd), die amtliche Autorität oder das Vertrauen in die Objektivität und Neutralität der Amtsführung missbraucht wird (vgl. BGH, Urt. v. 18.10.2001 - I ZR 193/99, Umdruck S. 8 - Elternbriefe) oder der Bestand des Wettbewerbs auf dem einschlägigen Markt gefährdet wird (vgl. BGHZ 82, 375, 395 ff. - Brillen-Selbstabgabestellen; 123, 157, 160 ff. - Abrechnungs-Software für Zahnärzte; BGH, Urt. v. 19.6.1986 - I ZR 54/84, GRUR 1987, 116, 118 f. WRP 1987, 22 - Kommunalen Bestattungswirtschaftsbetrieb I; Urt. v. 12.7.1990 - I ZR 62/89, GRUR 1991, 53, 55 f. = WRP 1991, 102 - Kreishandwerkerschaft I). Auf derartige Umstände stellt Art. 87 BayGO aber nicht ab.

d) An der Beurteilung, dass eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit einer Gemeinde nicht deshalb sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG ist, weil sie gegen Art. 87 BayGO verstößt, ändert auch der Umstand nichts, dass es - wie dargelegt - zu den Zwecken des Art. 87 BayGO gehört, die Privatwirtschaft vor dem Marktzutritt von Gemeinden zu schützen, wenn die in dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen nicht vorliegen. In diesem Zusammenhang ist es auch unerheblich, ob Art. 87 BayGO ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist (vgl. dazu unter II. 2.). Soweit es zu den Zielen des Art. 87 BayGO gehört, die Privatwirtschaft vor einem Wettbewerb durch Gemeinden zu schützen, geht es nicht um die Lauterkeit des Wettbewerbs, sondern allenfalls um die Erhaltung einer Marktstruktur, die von privaten Unternehmen geprägt ist. Es ist jedoch nicht Sinn des § 1 UWG, Wettbewerbern kommunaler Unternehmen, Ansprüche zur Verwirklichung dieses Schutzzwecks des Art. 87 BayGO zu gewähren, die nach öffentlichem Recht etwa gegebene Ansprüche (vgl. dazu BVerwG NJW 1995, 2938, 2939; Tettinger, NJW 1998, 3473, 3474; Frenz, DÖV 2000, 802, 808) ergänzen könnten oder nach öffentlichem Recht bestehende Schutzlücken ausfüllen (vgl. dazu auch Henneke, NdsVBl. 1999, 1, 6 ff.; Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 184 f.; Köhler, GRUR 2001,777, 781; a.A. Cosson, DVBl. 1999, 891, 896; Otting, DÖV 1999, 549, 552 ff.; David, NVwZ 2000, 738 ff.). Die Vorschrift des § 1 UWG bezweckt nicht den Erhalt bestimmter Marktstrukturen. Auch in den Fällen, in denen aus ihr Ansprüche zum Schutz des Bestandes des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt hergeleitet werden können (vgl. BGHZ 82, 375, 395 ff. - Brillen-Selbstabgabestellen; 123, 157, 160 f. - Abrechnungs-Software für Zahnärzte), geht es nicht darum, bestimmte Marktstrukturen zu erhalten, sondern darum, wettbewerbliche Verhaltensweisen zu unterbinden, die nach den Gesamtumständen unter Berücksichtigung ihrer Auswirkungen auf die Marktstruktur gerade auch als Wettbewerbsmaßnahmen unlauter sind.

e) Ohne Bedeutung für die Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß einer Gemeinde gegen Art. 87 BayGO ihre erwerbswirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des § 1 UWG sittenwidrig macht, ist es auch, ob dieser Verstoß vorsätzlich oder planmäßig begangen wird und ob das Vorgehen der Gemeinde bereits durch ihre Aufsichtsbehörden beanstandet worden ist. Da der Gesetzesverstoß die wettbewerbsrechtliche Lauterkeit der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit als solche nicht berührt, kann es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung auch nicht darauf ankommen, ob der Verstoß bewusst und gegebenenfalls hartnäckig begangen wird: Soweit der Entscheidung des Senats „Blockeis II“ (Urt. v. 12.2.1965 - I ZR 42/63, GRUR 1965, 373, 374 = WRP 1965, 139; vgl. dazu auch - für diese Ent-

scheidung allerdings nicht tragend - BGH, Urt. v. 26.4.1974 - I ZR 8/73, GRUR 1974, 733, 734 = WRP 1974, 397 - Schilderverkauf) etwas anderes entnommen werden kann, wird daran nicht festgehalten.

f) Das Ergebnis, dass ein Verstoß gegen Art. 87 BayGO für sich genommen keinen Anspruch aus § 1 UWG begründet, trägt dem Umstand Rechnung, dass dem Recht gegen unlauteren Wettbewerb bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Marktzutritts der öffentlichen Hand nur eine auf die Schutzfunktion seiner Anspruchsnormen begrenzte Kontrollfunktion zukommt. Bereits in seiner Entscheidung „Schilderverkauf“ (BGH GRUR 1974,733, 734; vgl. weiter BGH, Urt. v. 19.1.1995- I ZR 41/93, GRUR 1996, 213, 216 = WRP 1995, 475 Sterbegeldversicherung, m.w.N.) hat der Senat – zu niedersächsischen Vorschriften zur Beschränkung der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit kommunaler Gebietskörperschaften – dargelegt, dass sich die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nur auf die Art und Weise der Beteiligung der öffentlichen Hand am Wettbewerb beziehen kann. Davon ist – wie in der Entscheidung weiter ausgeführt ist – die allgemeinpolitische und wirtschaftspolitische Frage zu unterscheiden, ob sich die öffentliche Hand überhaupt erwerbswirtschaftlich betätigen darf und welche Grenzen ihr insoweit gesetzt sind oder gesetzt werden sollen. Die Lösung dieser Frage ist Aufgabe der Gesetzgebung und Verwaltung sowie der parlamentarischen Kontrolle und für die Gemeinden und Landkreise gegebenenfalls der Kommunalaufsicht, nicht aber der ordentlichen Gerichte bei der ihnen zustehenden Beurteilung von Wettbewerbshandlungen nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Dies gilt auch dann, wenn besondere Vorschriften zur Einschränkung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand erlassen worden sind. Denn auch diese regeln nur den Zugang zum Wettbewerb und sagen nichts darüber aus, wie er auszuüben ist (vgl. dazu weiter BGH, GRUR 1987, 116, 118 - Kommunalen Bestattungswirtschaftsbetrieb I; BGH, GRUR 1991, 53, 56 - Kreishandwerkerschaft I; BGH, Urt. v. 1.12.1994 - I ZR 128/92, GRUR 1995, 127, 128 = WRP 1995, 304 - Schornsteinaufsätze; BGH GRUR 1996, 213, 216 - Sterbegeldversicherung; vgl. auch Piper, GRUR 1986, 574, 578; Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 184 f.).

Aus der Entscheidung „Sterbegeldversicherung“ (BGH GRUR 1996, 213, 216) ergibt sich nichts anderes. Diese betraf einen Fall, in dem der Marktzutritt einer öffentlich-rechtlichen Krankenkasse gegen ein Gesetz verstieß, das im Interesse der privaten Versicherungen ein ganz bestimmtes Handeln auf dem Markt (den Abschluss von Sterbegeldversicherungsverträgen) untersagte und ein Zuwiderhandeln nach seinem Normzweck zugleich als unlauteres Wettbewerbsverhalten kennzeichnete.

2. Der Klageantrag ist auch nicht als quasinegatorischer Unterlassungsanspruch wegen Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 1004 BGB analog i.V. mit § 823 Abs. 2 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 11.10.1996 - V ZR 3/96, NJW-RR 1997,16, 17) begründet, da Art. 87 BayGO, gegen den die Beklagte nach Ansicht der Klägerin verstößt, kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist (ebenso Bauer/Böhle/Masson/Samper, Bayer. Kommunalgesetze, 4. Aufl., Art. 87 GO Rdn. 7; Hölzl/Hien, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, 1999, Art. 87 GO Anm. 4; Köhler, WRP 1999, 1205, 1208; vgl. auch Widmann/Grasser/Glaser aaO Art. 87 GO Rdn. 3; Tomerius, LKV 2000, 41, 46 m.w.N.; vgl. weiter BGH, Urt. v. 26.5.1961 -I ZR 177/60, GRUR 1962,159, 162 - Blockeis I).

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 (vgl. BGHZ 66, 388, 390; 84, 312, 314; 100, 13, 14; 122, 1, 3). Bei Art. 87 BayGO lässt sich weder dem Wortlaut der

Vorschrift noch der für sie im Gesetzgebungsverfahren gegebenen Begründung (vgl. dazu vorstehend unter II. 1. c)) ein Anhaltspunkt für einen solchen Schutzzweck entnehmen. 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.

3. Der sehr weit gefasste Klageantrag kann auch nicht darauf gestützt werden, dass die beanstandete Tätigkeit der Beklagten aus anderen Gründen wettbewerbsrechtlich unlauter sei.

Es ist weder mit konkretem Tatsachenvorbringen dargetan noch sonst ersichtlich, dass die angegriffene erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Beklagten stets oder auch nur im Regelfall mit einer missbräuchlichen Ausnutzung ihrer Stellung als Unternehmen der Landeshauptstadt München verbunden ist. Eine so weitgehende Annahme ist auch nicht insoweit gerechtfertigt, als es um Aufträge von Kunden geht, die an Messen, Dulten und ähnlichen Veranstaltungen teilnehmen wollen und dazu Genehmigungen der Stadt benötigen.

Das Berufungsgericht hat die Frage, ob die Beklagte bei ihrer Tätigkeit gegenwärtig amtlich erlangte Informationen ausnutze, offengelassen und dargelegt, dass dies jedenfalls zukünftig nicht der Fall sein werde. Die Revisionserwiderung hat demgegenüber nicht auf hinreichend substantiierten Sachvortrag in den Tatsacheninstanzen Bezug nehmen können.

Sollte die Beklagte im Einzelfall ihre Stellung als Unternehmen der Landeshauptstadt München in wettbewerbswidriger Weise ausnutzen, könnte die Klägerin dagegen mit entsprechend konkret gefassten wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen vorgehen.

III. Auf die Revision der Beklagten war danach das Berufungsurteil aufzuheben. Auf ihre Berufung war das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.