

Mehr Wettbewerb durch kommunale Unternehmen?

ZHR 166 (2002) 515–522

I. Nicht nur in Deutschland ist ein heftiger Streit darüber entbrannt, welche Rolle die öffentliche Wirtschaft künftig spielen soll. Die Diskussion ist vor allem Folge der europäischen Rechtsentwicklung. Diese zwingt die öffentlichen Unternehmen immer häufiger dazu, Monopolstellungen aufzugeben und sich dem Wettbewerb zu stellen. Dies gilt insbesondere für die kommunalen Unternehmen, die mannigfache Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen. Die Liberalisierung des Strommarktes und die in ihrer Folge eintretende Konkurrenz zwischen Stadtwerken und globalisierten Energieversorgungsunternehmen ist ein Beispiel für diese Entwicklung. Die Besonderheit besteht darin, dass die kommunalen Unternehmen einerseits das auf eine Förderung des Wettbewerbs ausgerichtete (Gemeinschafts)Recht und andererseits das nur für sie geltende innerstaatliche Kommunalrecht zu beachten haben, das primär sicherstellen soll, dass eine Gemeinde die ihr obliegenden Aufgaben zu Gunsten ihrer Bürger wahrnimmt. Der 64. Deutsche Juristentag hat sich im September 2002 auf der Grundlage des Gutachtens von *Dirk Ehlers*¹ mit diesem Thema befasst.

II. 1. Das Gemeinschaftsrecht behandelt öffentliche und private Unternehmen grundsätzlich gleich². Die Gleichbehandlung ist nach Gemeinschaftsrecht nur insoweit geboten, als sich öffentliche und private Unternehmen in einer vergleichbaren Lage befinden. Die Mitgliedstaaten dürften gemeinschaftsrechtlich nicht gehindert sein, „ihren“ Unternehmen Selbstbeschränkungen aufzuerlegen³. Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse⁴ betraut sind, gelten gemäß Art. 86 Abs. 2 EG die Vorschriften des Vertrages, insbesondere des Wettbewerbsrechts, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Im Rahmen des Erforderlichen und unter Würdigung der Regelung in Art. 16 EG für die Dienst-

1 *Ehlers*, Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, Gutachten E zum 64. Deutschen Juristentag Berlin 2002.

2 *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E 50 ff.; *Jarass*, Kommunale Unternehmen im Wettbewerb, Rechtswissenschaftliches Gutachten, 25. 10. 2001, S. 50 f.

3 *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E.41 f.

4 Zur Bestimmung dieser Dienstleistungen vgl. Mitteilung der Kommission vom 20. 9. 2000 „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ ABl. 2001, Nr. C 17 S. 4; Bericht der Kommission vom 17. 10. 2001 für den Europäischen Rat in Laeken, KOM/2001/0598 endg. S. 24.

leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind danach Ausnahmen vom Wettbewerbsrecht zulässig, und zwar sowohl für öffentliche als auch für private Unternehmen.

2. Nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Zu Recht wird überwiegend angenommen, dass auch die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt ist. Da auch kommunales Handeln Handeln der öffentlichen Hand ist, kann es nicht in der Ausübung von Privatautonomie seine Rechtfertigung finden, sondern nur in der Wahrnehmung gemeinwohlbezogener Aufgaben. Dazu gehört im Hinblick auf die Grundrechte der privaten Marktteilnehmer, das Rechtsstaatsprinzip und die Ausstattung der öffentlichen Haushalte nach Maßgabe der Finanzverfassung die nur durch Gewinnerzielung legitimierte wirtschaftliche Betätigung nicht⁵. Vielmehr muss sie einem Gemeinwohlzweck dienen, bei dessen Festlegung allerdings ein weiter Gestaltungsspielraum besteht⁶. Von Verfassungs wegen ist deshalb die kommunale Wirtschaftstätigkeit nur zulässig, wenn sie einem Gemeinwohlzweck dient, den die Gemeinde im Rahmen ihrer Aufgaben bestimmt.

Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet die Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Daraus wird geschlossen, kommunale Unternehmen seien von Verfassungs wegen auf das Gebiet ihres Muttergemeinwesens beschränkt⁷. Diese Auffassung übersieht, dass Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG eine Norm zur Abgrenzung staatlicher und kommunaler Kompetenzen ist. Sie regelt nicht das Verhältnis der Gemeinde zu Privaten. Das Prinzip der Örtlichkeit entfaltet deshalb entgegen verbreiteter Auffassung Schranken für die kommunale Wirtschaftstätigkeit nur im Verhältnis zu anderen Gemeinden, die durch eine gemeindeübergreifende Tätigkeit in ihrem Recht aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt sein können. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährt ihnen kein striktes Abwehrrecht, vielmehr ist der Landesgesetzgeber berufen, den territorialen Tätigkeitsbereich und den Umfang der Geschäftstätigkeit zu regeln⁸. Dass Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als staatsorganisatorisches Aufbauprinzip für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in privatrechtlicher Form ohne jede Bedeutung sei⁹, vermag nicht zu überzeugen, da die öffent-

5 *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E 34 f., 72; *Jarass*, a. a. O. (Fn. 2), S. 41 Fn. 103; *ders.*, DÖV 2002, 489, 498. BVerfGE 61, 82, 107 leitet dieses Ergebnis nur aus den Gemeindeordnungen ab, nicht aus Art. 28 Abs. 2 GG und wird deshalb zu Unrecht als Beleg zitiert.

6 *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E 35, 71; BVerwGE 39, 329, 332 f. – Bestattungsunternehmen.

7 *Löwer*, NWVBl. 2000, 241, 244; *Meyer*, LKV 2000, 321, 323.

8 *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E 34 ff.; *Jarass*, a. a. O. (Fn. 2), S. 39 ff.; *ders.*, DÖV 2002, 489, 498.

9 So *Moraing*, WiVerwR 1998, 233, 243 ff.; *Wieland/Hellermann*, DVBl. 1996, 401, 406 f.

liche Verwaltung auch dann an Kompetenznormen gebundene Verwaltung bleibt, wenn sie wirtschaftet¹⁰.

3. Möglichkeiten und Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit werden im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben durch die Gemeindeordnungen der Länder bestimmt. Sie sind weniger einheitlich als es im Interesse einheitlicher Rahmenbedingungen wünschenswert ist. Gleichwohl lassen sich Gemeinsamkeiten feststellen¹¹.

Mit unterschiedlichen Wendungen wird vorgeschrieben, dass ein öffentlicher Zweck das wirtschaftliche Unternehmen rechtfertigen oder erfordern muss. Zum Teil werden bestimmte Zwecke positiv umschrieben (Energie- und Wasserversorgung, Abfall- und Abwasserbeseitigung, Wohnungswirtschaft, öffentlicher Verkehr, Telekommunikation). Rein erwerbswirtschaftliche Zielsetzung ist kein öffentlicher Zweck. Allerdings sollen Gewinne erzielt werden, soweit der öffentliche Zweck nicht beeinträchtigt wird¹². Wann der öffentliche Zweck die wirtschaftliche Betätigung rechtfertigt oder fordert, richtet sich nach Verhältnismäßigkeitsüberlegungen.

Alle Gemeindeordnungen bestimmen, dass die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen müssen. Dadurch soll zu Gunsten des Muttergemeinwesens – nicht zu Gunsten der privaten Wettbewerber – eine Risikobegrenzung erreicht werden.

Von besonderer Brisanz für die privaten Wettbewerber sind die Funktionsperren und Subsidiaritätsklauseln, nach denen die Gemeinden – zum Teil beschränkt auf das Tätigwerden außerhalb der Daseinsvorsorge – wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern dürfen, wenn der öffentliche Zweck nicht besser oder wirtschaftlicher – in manchen Gemeindeordnungen heißt es auch „gleich gut“ – von einem anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Maßstab dafür ist der verfolgte öffentliche Zweck. Insoweit kommt den Gemeinden ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, der durch eine entsprechende Darlegungs- und Begründungslast und nach einigen Gemeindeordnungen durch verfahrensrechtliche Anforderungen kompensiert wird, z. B. durch die Notwendigkeit einer Marktanalyse vor der Entscheidung über die Gründung des Unternehmens¹³ und den sich anschließenden Branchendialog mit Handwerk, Industrie und Handel¹⁴.

Sehr umstritten ist auch auf der Ebene der Gemeindeordnungen der territoriale Wirkungskreis kommunaler Unternehmen. Einerseits wird angenommen, die Kompetenzgrenzen der Hoheitsträger gälten nicht für ihre wirt-

10 *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E 43 f.

11 Vgl. die Übersicht bei *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E 68 ff.

12 Zur Zulässigkeit der Beseitigung von Werbematerial als „Randnutzung“ des Konto-Mitteilungsdienstes der früheren Deutschen Bundespost BVerwGE 82, 29, 34.

13 § 107 Abs. 5 GemO NW; zu den Bedenken dagegen *Tödtmann*, RdE 2002, 6, 11.

14 § 71 Abs. 1 Nr. 4 ThürKO.

schaftlichen Unternehmen, andererseits wird die Auffassung vertreten, die Zuständigkeitsgrenzen der Verwaltungsträger seien auch für ihre Unternehmen bindend, nur der Gesetzgeber könne im Rahmen von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG rechtsgestaltend Ausnahmen zulassen, wie es in einigen Gemeindeordnungen¹⁵ geschehen ist¹⁶. Die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers unter Beachtung des Gebotes der interkommunalen Rücksichtnahme steht außer Frage. Soweit er keine Regelung getroffen hat, erscheint die Beschränkung der Tätigkeit auf das Gebiet des Muttergemeinwesens weder rechtlich geboten noch im Hinblick auf den Wettbewerb und die Wettbewerbsfähigkeit kommunaler Unternehmen sinnvoll. Die zulässige Tätigkeit kommunaler Unternehmen endet nicht an der Grenze des Muttergemeinwesens. Darüber hinausreichendes Handeln war stets zulässig. Die Gemeinden sind zuständig für Aufgaben, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben¹⁷. Eine strenge geographische Beschränkung resultiert daraus nicht¹⁸. Es erscheint zu eng, die gebietsüberschreitende Tätigkeit auf das mangels geeigneter Standorte in der eigenen Gemeinde in einer anderen Gemeinde liegende Schullandheim oder die aus diesem Grund gemeindeexterne Kläranlage zu beschränken¹⁹. Maßgebend sollte vielmehr die Wahrung des Bezugs zur öffentlichen, im Gemeindegebiet radierten Aufgabe sein. Der öffentliche Zweck fixiert den Aufgabenbezug, nicht den territorialen Bezug des Unternehmens. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft enden nicht an der Grenze des Gemeindegebiets. Als öffentlicher Zweck, der ein Ausgreifen über das Gemeindegebiet hinaus rechtfertigen kann, kommt die Erhaltung oder Steigerung der Rentabilität eines kommunalen Unternehmens in Betracht, das den Schwerpunkt seiner Tätigkeit im Gebiet des Muttergemeinwesens hat²⁰. Die Liberalisierung des Strommarktes hat die Bedeutung der gemeindegebietsübergreifenden Tätigkeit von Stadtwerken für deren Existenzfähigkeit deutlich gemacht. Das Innenministerium und das Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg²¹ haben die gebietsüberschreitende Tätigkeit der Stadtwerke zur Erfüllung des Versorgungsauftrages zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen für zulässig erklärt. Eine länderübergreifende harmonisierte Fortentwicklung des Gemeindefortschritts

15 So in Bayern, Nordrhein-Westfalen, Thüringen, Sachsen-Anhalt, vgl. *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E 97.

16 *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E 94 ff.

17 BVerfGE 8, 122, 134; 79, 127, 151.

18 So auch *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E 35 f.; *Jarass*, DÖV 2002, 489, 497 f.

19 So *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E 96.

20 *Jarass*, a. a. O. (Fn. 2), S. 67 ff. unter den Stichworten „Randnutzung, Annex- bzw. Hilfstätigkeiten“; ebenso OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, 714, 715; ähnlich VerfGH RP, NVwZ 2000, 801, 803. Das OLG Düsseldorf spricht vom „fördernden Zusammenhang“, den es allerdings bei der Erschließung neuer Geschäftsfelder außerhalb des Gemeindegebietes verneint, B. v. 17. 6. 2002 – Verg 18/02 – BA S. 30 ff.

21 LT-Drs. 13/535 vom 14. 12. 2001.

konnte allerdings nicht erreicht werden. Es bleibt deshalb den Ländern überlassen, je für sich Regelungen zu treffen.

III. 1. Die öffentlich-rechtlichen Bindungen der kommunalen Unternehmen stehen in einem Spannungsverhältnis zum Wettbewerbsrecht. Es stellt sich die Frage, welche Bedeutung sie für die Konkurrenten der kommunalen Unternehmen haben. Oder präziser: Können die privaten Wettbewerber den Marktzutritt kommunaler Unternehmen unter Berufung auf eine Verletzung der öffentlich-rechtlichen Bindungen verhindern? Kann unter Berufung auf die Wettbewerbsfreiheit der Wettbewerb beschränkt werden? Es gibt beachtliche Entwicklungen in diese dem Wettbewerb abträgliche Richtung.

2. Auf verfassungsrechtlicher Ebene wird ein Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG der privaten Unternehmen geltend gemacht. Das Bundesverwaltungsgericht ist dem mit der Formel entgegengetreten: „Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht vor Konkurrenz, auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand“²², was *Eblers*²³ als „ebenso einprägsam wie unzutreffend“ bezeichnet. Kritisiert wird vor allem die Vermengung von Schutzbereich, Eingriff und Rechtsverletzung. Dieser dogmatischen Frage soll hier nicht nachgegangen werden, zumal das Bundesverwaltungsgericht den privaten Wettbewerber nicht ganz schutzlos ließ, wenn die private wirtschaftliche Betätigung unzumutbar eingeschränkt oder gar unmöglich gemacht wird oder wenn eine unerlaubte Monopolstellung entsteht²⁴. *Eblers* bejaht einen Rechtfertigungsbedürftigen und rechtfertigungsfähigen mittelbaren Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG, wenn die Möglichkeit des privaten Konkurrenten „sich als verantwortlicher Unternehmer wirtschaftlich zu betätigen, in erheblichem Maße eingeschränkt wird“²⁵. Diese auf die Lehre vom Grundrechtseingriff durch faktische Einwirkungen gestützte Auffassung bedarf der Ergänzung dahingehend, dass marktkonformes Verhalten kommunaler Unternehmen, das sich nicht von dem der privaten Konkurrenten unterscheidet, als „normale Konkurrenz“ schwerlich ein Eingriff in die Berufsfreiheit der privaten Konkurrenten sein kann; hinzu kommen muss vielmehr die Ausnutzung der Sonderstellung als *kommunales* Unternehmen²⁶. Art. 12 Abs. 1 GG ist jedenfalls ein stumpfes Schwert zur Abwehr kommunaler Konkurrenz.

3. Weit effektiver war es, kommunale Unternehmen über das Vehikel des durch § 1 UWG geschützten lautereren Wettbewerbs unter Berufung auf deren öffentlich-rechtliche Bindungen vom Markt fernzuhalten und dadurch das

22 BVerwGE 39, 329, 336; BVerwG, NJW 1978, 1539, 1540.

23 A. a. O. (Fn. 1), S. E 40.

24 BVerwGE 39, 329, 337; BVerwG, NJW 1995, 2938, 2939; *Pieroth/Hartmann*, DVBl. 2002, 421 f.

25 A. a. O. (Fn. 1) S. E 41.

26 *Jarass*, DÖV 2002, 489, 492 ff.; vgl. z. B. BGHZ 19, 299, 304 f. – Kurverwaltung; BGH, NJW 1981, 2184, 2186 – Doppelverkauf von Grundstücken; BGH GRUR 1999, 594, 597 – Holsteiner Pferd; *P. Kirchhof* in: *Isensee/Kirchhof*, HStR IV, 1990, § 90 Rdn. 315 f.

Entstehen von zusätzlichem Wettbewerb zu verhindern. Der BGH²⁷ hat dem entgegen einer langjährigen Rechtsprechung²⁸ eine Absage erteilt. Er hat festgestellt, unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs sei jede Belebung des Wettbewerbs grundsätzlich erwünscht, auch wenn sie vom Marktzutritt der öffentlichen Hand ausgeht. Der Verstoß gegen die kommunalrechtlichen Vorschriften über die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinde sei nicht zugleich sittenwidrig i. S. v. § 1 UWG. Dieser bezwecke nicht den Erhalt bestimmter Marktstrukturen. Es sei nicht Sinn des § 1 UWG, einem Unternehmen zu ermöglichen, Wettbewerber unter Berufung darauf, dass ein Gesetz ihren Marktzutritt verbiete, vom Markt fernzuhalten, wenn das Gesetz den Marktzutritt nur aus Gründen verhindern will, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs nicht berühren. Die in Frage stehende Vorschrift des bayerischen Kommunalrechts habe 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 Bestimmung sei danach nicht die Kontrolle der Lauterkeit des Marktverhaltens. Diese an den unterschiedlichen Schutzzwecken von § 1 UWG einerseits und des Kommunalrechts andererseits orientierte und der Stärkung des Wettbewerbs dienende Auslegung überzeugt.

4. Im Vergaberecht steht eine entsprechende Entwicklung noch aus. Das OLG Düsseldorf²⁹ hat nicht nur der Auffassung des BGH zu § 1 UWG widersprochen, es hat auch an seiner Rechtsprechung festgehalten, § 107 GemO NW habe eine den Wettbewerb regelnde Funktion, deshalb sei diese Bestimmung vom öffentlichen Auftraggeber zum Schutz der privaten Bieter zu beachten. Der öffentliche Auftraggeber sei verpflichtet, in Erfüllung dieser bieterschützenden Funktion das sich unter Verstoß gegen kommunales Wirtschaftsrecht bewerbende kommunale Unternehmen vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Ohne Rücksicht auf die unterschiedlichen Zielrichtungen des kommunalen Wirtschaftsrechts einerseits und des Vergaberechts andererseits wird das den Wettbewerb fördernde Vergaberecht wettbewerbshemmend interpretiert. Auch für das Vergaberecht sollte gelten, was der BGH im Zusammenhang mit § 823 Abs. 2 BGB ausführte: Das Kommunalrecht beschränkt die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden auch deshalb, weil sich diese zu Lasten der Privatwirtschaft auswirken kann. Die Beschränkung hat jedoch nicht den Zweck, einzelne Unternehmen dadurch vor Wettbewerb durch gemeindliche Unternehmen zu schützen, dass ein Verstoß Individualansprüche auslöst.

27 Urteil vom 25. 4. 2002 – I ZR 250/00 – GewArch 2002, 322; a. A. noch OLG Hamm, NJW 1998, 3504 und der die Annahme der Revision ablehnende Beschluss des BGH vom 8. 10. 1998 – I ZR 284/97. Dazu *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E 85 ff.

28 Übersicht über *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1) S. E 84; *Jarass*, a. a. O. (Fn. 2), S. 89.

29 B. v. 17. 6. 2002 – Verg 18/02 – BA S. 15 ff. im Anschluss an NZBau 2000, 155.

5. Weiter stellt sich die Frage, ob private Wettbewerber, die in erster Linie für die Kontrolle der Anwendung des kommunalen Wirtschaftsrechts zuständigen Verwaltungsgerichte mit dem Ziel anrufen können, kommunalen Unternehmen den Marktzutritt wegen eines Verstoßes gegen kommunales Wirtschaftsrecht zu untersagen. Die Frage ist zu bejahen, wenn und soweit das kommunale Wirtschaftsrecht zu Gunsten der konkurrierenden Privatunternehmen drittschützend ist, das heißt ihnen subjektiv-öffentliche Rechte auf Einhaltung dieser Vorschriften verleiht. Dies ist durch Auslegung des Landesrechts zu ermitteln. Für die Gemeindeordnung Baden-Württemberg und ihre Subsidiaritätsklausel wurde Drittschutz verneint³⁰. Dies entspricht der noch überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und wohl auch Literatur³¹ zu den vergleichbaren Regelungen anderer Länder.

Es gibt allerdings eine zunehmende Tendenz, Drittschutz insbesondere für die Subsidiaritätsklauseln zu bejahen³². Man wird nach den Maßstäben der Schutznormtheorie differenzieren müssen³³. Soweit ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung fördern oder rechtfertigen muss, kann man dies nicht in den Schutz konkreter einzelner Unternehmen ummünzen. Dies gilt in gesteigertem Maß für die Beschränkung auf die Leistungsfähigkeit der Gemeinde. Drittschutz liegt bei den Subsidiaritätsklauseln am nächsten, wobei sich die vom BGH im Zusammenhang mit § 823 Abs. 2 BGB verneinte Frage stellt, ob sie dem Schutz einzelner Unternehmen durch die Einräumung von Individualansprüchen dienen. Ähnliches gilt für die Erstellung von Marktanalysen. Ein gesetzlich geforderter Branchendialog dürfte zu Gunsten der in den Dialog einzubeziehenden Institutionen drittschützend sein. Dagegen dienen die Regelungen über die territorialen Beschränkungen der kommunalen Unternehmen der Abgrenzung staatlicher und kommunaler Kompetenzen, nicht jedoch dem Schutz einzelner Unternehmer.

6. Auf der Seite des Wettbewerbs ist vieles unklar und im Fluss. Das Vergaberecht ist wie § 1 UWG in seiner wettbewerbsfördernden Funktion wenig geeignet, den Wettbewerb dadurch zu beschränken, dass kommunale Unternehmen allein wegen eines Verstoßes gegen kommunales Wirtschaftsrecht ausgeschlossen werden. Wegen der Passivität der Kommunalaufsichtsbehörden erweist sich das kommunale Wirtschaftsrecht als wenig durchsetzungsfähig. Eine behutsame Fortentwicklung und Klarstellung des Drittschutzes³⁴ im Rahmen der Subsidiarität und der sie sichernden verfahrensrechtlichen Anfor-

30 BVerwGE 39, 329, 336; OLG Karlsruhe, NVwZ 2001, 712, 713; VGH Mannheim, NJW 1995, 274; NJW 1984, 251, 252.

31 Übersicht bei *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E 54; *Jarass*, a. a. O. (Fn. 2), S. 91 ff.

32 *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E 84; VerfGH RP NVwZ 2000, 801; OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, 111; NVwZ 2000, 714; OLG Hamm, JZ 1998, 576. S. auch *Jarass*, a. a. O. (Fn. 2), S. 92.

33 Ähnlich *Jarass*, a. a. O. (Fn. 2), S. 93 ff.

34 Eine Klarstellung empfiehlt auch *Ehlers*, a. a. O. (Fn. 1), S. E 151.

derungen erscheint angebracht. Das kommunale Wirtschaftsrecht kann jedoch schwerlich dafür herhalten, unter Berufung auf die Wettbewerbsfreiheit den Wettbewerb alleine deshalb zu beschränken, weil der Wettbewerber ein Gemeindegewirtschaftsrecht verletzendes kommunales Unternehmen ist.

Klaus-Peter Dolde