

Sauna (Lösungsvorschlag)

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Dominik Steiger

Stand der Bearbeitung: April 2015

Die Klage *Labelles* hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A) Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO vorliegen.

Anmerkung: Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe diesen Hinweis.

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt. *Labelle* begehrt hier eine Einwirkung des Landes Berlin auf die *Be Fresch-GmbH*, deren alleinige Anteilseignerin sie ist.

1. Bürgerliche Rechtsstreitigkeit wegen Bestehens eines privatrechtlichen Wettbewerbsverhältnisses?

Gegen das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit könnte insoweit sprechen, dass das zwischen *Labelle* und dem Land Berlin bestehende **Rechtsverhältnis** wohl grundsätzlich als privatrechtliches Wettbewerbsverhältnis zu qualifizieren ist, in dem sich Ansprüche zwischen den verschiedenen Wettbewerbern auf Vornahme bestimmter Wettbewerbshandlungen nach dem privatrechtlichen Wettbewerbsrecht, insbesondere nach § 3 i.V.m. § 8 UWG richten: Der BGH geht nämlich davon aus, dass die öffentliche Hand den Grenzen des privatrechtlichen Wettbewerbsrechts unterliegt, wenn sie am Wettbewerb teilnimmt: Insoweit stehe sie in einem **Verhältnis der Gleichordnung** zu ihren Mitbewerbern, was grundsätzlich die Annahme der Geltung des Privatrechts nahelege.¹ Dies gilt zumindest dann, wenn das Rechtsverhältnis zwischen den betroffenen Wettbewerbern nicht ausdrücklich gesetzlich öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist, wie dies etwa teilweise bezüglich des Verhältnisses zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts erfolgt ist.²

¹ BGHZ 66, 229, 233 ff. "Studentenversicherung"; BGHZ 67, 81, 84 ff. "Auto-Analyzer"; BGHZ 82, 375, 382 ff. "Brillen-Selbstabgabestelle".

² BGHZ 108, 284, 287; BGH NJW 1998, 2743, 2744; BGH NZS 1998, 375 f.; BSG NZS 1999, 27 ff.

Anmerkung: Das private Wettbewerbsrecht soll zwischen dem Konkurrenten und der öffentlichen Hand auch dann gelten, wenn die Leistungsbeziehungen zwischen der öffentlichen Hand und ihren "Kunden" öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind. Der BGH stellt allein auf die - angeblich - privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen privatem Wettbewerber und der öffentlichen Hand ab und weist auch solche Streitigkeiten den Zivilgerichten zu, in denen mit Hilfe des Wettbewerbsrechts Einfluss auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand genommen werden soll. Damit unterscheidet sich die Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des privaten Wettbewerbsrechts ganz maßgeblich von der Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des öffentlichen Nachbarrechts.³ (Vgl. hierzu den [Hooptsache-jut-jegrillt-Fall](#))

Eine ausdrückliche öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Land Berlin und *Labelle* fehlt hier; vielmehr nimmt das Land Berlin "geschäftliche Handlungen" i.S.d. Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vor, auch wenn sie nicht selbst die Sauna und die Bräunungsliegen anbietet und damit nicht unmittelbar selbst auf dem relevanten Markt tätig wird: Denn für das Vorliegen einer "geschäftlichen Handlung" reicht es entsprechend dieser Legaldefinition aus, dass eine Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens ein "Verhalten" an den Tag legt, das 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. Daher kann grundsätzlich auch der Gesellschafter einer Gesellschaft privaten Rechts Wettbewerbshandlungen im Verhältnis zu den Mitbewerbern der Gesellschaft vornehmen, wenn er den Wettbewerb der Gesellschaft fördert.⁴ Da somit das Rechtsverhältnis zwischen *Labelle* und dem Land Berlin grundsätzlich privatrechtlich ausgestaltet ist, könnte für das Begehren *Labelles* als Anspruchsgrundlage § 3 i.V.m. § 8 UWG in Betracht kommen, so dass für die Streitentscheidung eine Norm des Privatrechts maßgeblich wäre und damit eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit i.S.d. § 13 GVG vorläge.⁵

2. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit wegen besonderer öffentlich-rechtlicher Bindungen der Gemeinde im Wettbewerb?

Jedoch leitet *Labelle* eine Pflicht des Landes Berlin, auf ihre Gesellschaft einzuwirken, aus Gründen her, die sich gerade daraus ergeben, dass das Land als juristische Person des öffentlichen Rechts besonderen Rechtsbindungen unterliegt, die für private Wettbewerber gerade nicht gelten. *Labelle* behauptet gar nicht, dass das Betreiben von Saunaanlagen und Bräunungsliegen für sich gesehen wettbewerbswidrig sei, sondern behauptet, dass es der öffentlichen Hand - und damit

³ Grundlegend insoweit BGHZ 66, 229, 234 "Studentenversicherung", in der die gegenteilige Rechtsprechung zum Nachbarrecht ohne Begründung für nicht anwendbar erklärt wird; nähere Begründung erst bei BGHZ 67, 81, 85 ff. "Auto-Analyzer": Es gebe keinen Grundsatz, dass die Gerichte eines bestimmten Rechtsweges bestimmte Rechtsfolgen nicht aussprechen dürften, da alle Gerichtszweige gleichwertig seien.

⁴ Vgl. BGH GRUR 1964, 210, 211 "Landwirtschaftsausstellung"; BGH WRP 1995, 475, 479 f. "Sterbegeldversicherung"; LG Wuppertal NWVBI. 1999, 275 f.; *Beckmann/David*, DVBI. 1998, 1041, 1047; *Diefenbach*, WiVerw 2003, 115, 128.

⁵ Vgl. *Graf Vitzthum/Krämer*, VBIBW 1997, 395, 398.

auch das Land Berlin - **aus Gründen des öffentlichen Rechts** verwehrt sei, unmittelbar - oder mittelbar über eine ihr gehörende Gesellschaft des privaten Rechts - Saunaanlagen und Bräunungsliegen zu betreiben und damit in Wettbewerb zu privaten Solarien, Saunas, Fitnessstudios u.ä. zu treten. Aus diesem Verbot leitet *Labelle* einen Anspruch auf Einwirkung auf die *Be Fresch-GmbH* ab.⁶

- Insoweit wäre zwar konstruktiv möglich, einen solchen Anspruch aus § 3 Abs. 1 i.V.m. § 8 UWG herzuleiten, der auch auf Beseitigung bereits vorhandener Wettbewerbsverstöße gerichtet ist. Begründen ließe sich dies damit, dass sich die öffentliche Hand, wenn sie sich über die öffentlich-rechtlichen Schranken ihrer Wettbewerbstätigkeit hinwegsetzt, wettbewerbsrechtlich unlauter i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG handelt. Dies war nach ständiger Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte **bis 2002** auch dann anzunehmen, wenn die öffentliche Hand eine Tätigkeit aufnimmt, die ihr von Gesetzes wegen verboten ist.⁷
- Der BGH hat aber in dem **Urteil "Elektroarbeiten"**⁸ diese Rechtsprechung grundsätzlich in Zweifel gezogen und sich insoweit die in der Literatur hieran geübten Kritik⁹ zu eigen gemacht: Der BGH geht nunmehr davon aus, dass das Wettbewerbsrecht nicht dazu diene, den Marktzutritt einzelner Wettbewerbsteilnehmer zu verbieten. Grundsätzlich sei allein das "Wie" der wettbewerbsrelevanten Tätigkeit der öffentlichen Hand an § 3 UWG zu messen, nicht jedoch das "Ob". Es gibt m. a. W. auch für die öffentliche Hand **keine Lauterkeitsregel im Wettbewerb, an diesem nicht teilzunehmen.**¹⁰

Aber selbst dann, wenn an der früheren Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte zum Wettbewerbsrecht festzuhalten wäre und sich somit bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 i.V.m. § 8 UWG die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Aufnahme einer bestimmten wettbewerblichen Tätigkeit durch die öffentliche Hand als bloße Vorfrage darstellte, schließt dies doch nicht aus, dass neben den wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen auch spezifisch öffentlich-rechtliche Ansprüche - etwa aus den Grundrechten - gegen das Land Berlin auf Einwirkung auf die *Be Fresch-GmbH* bestehen.¹¹ Von der Möglichkeit eines solchen Nebeneinanders auf dieselbe Handlung gerichteter öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Ansprüche

⁶ Vgl. hierzu die Übersicht bei *Wendt*, in: Ennuschat [Hrsg.]: *Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart - Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger*, 2007, S. 335, 336 ff.

⁷ BGH WRP 1995, 479 ff. "Sterbegeldversicherung"; OLG Düsseldorf NWVBl. 1997, 353, 354 "Nachhilfe"; OLG Hamm NJW 1998, 3504 "Gelsengrün"; LG Wuppertal NWVBl. 1999, 275, 276; *Beckmann/David*, DVBl. 1998, 1041, 1046; *Cosson*, DVBl. 1999, 896; *Hübschle*, GewArch 2000, 186 ff.; *Müller*, JZ 1998, 578; *Otting*, DÖV 1999, 552 ff.

⁸ BGH, I ZR 250/00 v. 25.4.2002, S. 7 ff. des Urteilsumdrucks = BGHZ 150, 343, 346 ff.; bestätigt durch das Urteil "Altautoverwertung", BGH, I ZR 293/99 v. 26.9.2002, S. 7 ff. des Urteilsumdrucks = NJW 2003, 586, 587 ff.

⁹ Z.B. *Ehlers*, DVBl. 1998, 502 f.; *Moraing*, NWVBl. 1997, 355; *Pagenkopf*, GewArch 2000, 177, 180 ff.; *Singer*, ZKF 1998, 219 ff.; *Schlacke*, JA 2002, 48; *Schliesky*, JA 1998, 932; *Tettinger*, NJW 1998, 3473 f.

¹⁰ Vgl. *Knauff/Nolte*, VR 2003, 3, 8; *Pünder/Dittmar*, Jura 2005, 760, 765; *Wendt*, in: Ennuschat [Hrsg.]: *Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart - Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger*, 2007, S. 335, 340.

¹¹ OVG Koblenz GewArch 2006, 288; VGH Mannheim NJW 1984, 251, 252; OVG Münster, 15 B 1137/03 v. 13.8.2003 = NVwZ 2003, 1520, 1521; OVG Münster, 15 B 122/08 v. 1.4.2008, Abs. 29 ff. = NVwZ 2008, 1031, 1032 f.; *Pünder/Dittmar*, Jura 2005, 760, 765.

geht **§ 17 Abs. 2 Satz 1 GVG** aus.¹² Für die Entscheidung über Streitigkeiten bezüglich des Bestehens oder Nichtbestehens eines öffentlich-rechtlichen Anspruches auf ein bestimmtes Tätigwerden der öffentlichen Hand sind aber allein öffentlich-rechtliche Vorschriften maßgeblich, so dass insoweit eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen könnte.

3. Bürgerliche Rechtsstreitigkeit wegen auf Einsatz privatrechtlicher Mittel gerichtetem Klagebegehren?

Dem Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit könnte jedoch noch entgegenstehen, dass eine Einwirkung des Landes Berlin auf ihre Gesellschaft nur mit den Instrumenten des GmbH-Gesellschaftsrechts erfolgen kann, da das Verhältnis zwischen dem Gesellschafter und "seiner" Gesellschaft allein privatrechtlich ausgestaltet ist. *Labelle begehrt* damit ein **privatrechtliches Handeln** des Landes Berlin.¹³ Ist die vom Kläger begehrte Rechtsfolge eine dem Privatrecht zuzuordnende Handlung, wird hieraus jedoch teilweise auf das Vorliegen einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit i.S.d. § 13 GVG geschlossen. So werden Rechtsstreitigkeiten über den Abschluss privatrechtlicher Verträge, z.B. Streitigkeiten in Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge oder um Zugang in ein Angestellten- oder Arbeitsverhältnis im Öffentlichen Dienst, auch dann als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten angesehen, wenn der Kläger geltend macht, aus öffentlichem Recht (wie unmittelbar aus den Grundrechten oder aus Art. 33 Abs. 2 GG) einen Anspruch auf Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages durch die öffentliche Hand herleiten zu können, da sich die hiermit verbundenen öffentlich-rechtlichen Fragen als bloße Vorfragen darstellen.¹⁴

Jedoch bestehen an der Richtigkeit dieser Rechtsprechung erhebliche Zweifel: Zwar mag die begehrte Rechtsfolge ein wichtiges Indiz für die Maßgeblichkeit des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts sein. Dies ändert jedoch nichts daran, dass es für die Auslegung von § 13 GVG und § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO auf die **Rechtsnatur des geltend gemachten Anspruchs** ankommt.¹⁵ Dass es aber öffentlich-rechtliche Ansprüche auf privatrechtliches Handeln der öffentlichen Hand geben kann und dass Streitigkeiten über die Existenz solcher Ansprüche öffentlich-rechtliche Streitigkeiten i.S.d. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO sind, ist - zumindest in der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur - allgemein anerkannt: Auf dieser Annahme beruht etwa die "Zwei-Stufen-Theorie".¹⁶

4. Ergebnis zu I.

¹² Diefenbach, WiVerw 2003, 115, 127; Seidel/Reimer/Möstl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2003, S. 183.

¹³ Hierauf stellt etwa BGH GRUR 1964, 210, 211 "Landwirtschaftsausstellung" ab; vgl. auch Gusy, JA 1995, 172.

¹⁴ BGHZ 36, 91, 94 "Gummistrümpfe"; BGHZ 49, 77, 79 f.; BGHZ 97, 312, 316 f. "Orthopädische Hilfsmittel"; BGH NJW 1977, 628, 629; BAGE 28, 63, 65; BAGE 36, 345, 347; BAGE 53, 137, 143; BVerwG DÖV 1973, 244.

¹⁵ BGHZ 66, 229, 233 "Studentenversicherung"; BGHZ 67, 81, 85 "Auto-Analyzer"; BGHZ 87, 375, 382 "Brillen-Selbstabgabe-Stelle"; OVG Münster, 15 B 122/08 v. 1.4.2008, Abs. 15 ff. = NVwZ 2008, 1031, 1032 f.

¹⁶ Vgl. U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 108; VGH Kassel NVwZ 2003, 238 f.

Da *Labelle* hier aus öffentlich-rechtlichen Rechtsgründen einen Anspruch auf Einwirkung des Landes Berlin auf die ihr gehörende Gesellschaft herleitet, liegt somit eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.¹⁷ Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet. Damit hat das Verwaltungsgericht den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden (§ 17 Abs. 2 Satz 1 GVG). Sollten sich dementsprechend neben etwaigen öffentlich-rechtlichen Ansprüchen auch Einwirkungsansprüche aus § 3 i.V.m. § 8 UWG herleiten lassen, muss das Verwaltungsgericht auch hierüber entscheiden.¹⁸

Anmerkung: Für Verwaltungsrechtsweg bei Geltendmachung öffentlich-rechtlicher Einwirkungsansprüche gegenüber dem öffentlichen Anteilseigner einer Gesellschaft privaten Rechts auch: [BVerwG, 7 B 184/88 v. 21.07.1989, Abs. 5 f.](#) = NJW 1990, 134 f.; [BVerwG, 7 B 30/90 v. 29.5.1990, Abs. 5](#) = NVwZ 1991, 59; [BVerwG, I B 211/94 v. 21.3.1995](#) = NJW 1995, 2938; [VGH Kassel, 6 TG 4316/95 v. 17.1.1996, Abs. 16](#) = NVwZ 1996, 816; [VGH Mannheim, 1 S 746/82 v. 21.7.1982](#) = NJW 1984, 251, 252; [VGH Mannheim, 1 S 1613/93 v. 15.8.1994, Abs. 16](#) = NJW 1995, 274; [VGH Mannheim, 1 S 1258/12 v. 29.11.2012, Abs. 50 ff.](#) = VBIBW 2013, 93, 94 f.; VGH München GewArch 1988, 245, 246; [OVG Münster, 4 A 2214/84 v. 2.12.1985](#) = NVwZ 1986, 1045; [OVG Münster, 15 B 1137/03 v. 13.8.2003, Abs. 16 ff.](#) = NVwZ 2003, 1520, 1521; [OVG Münster, 15 B 122/08 v. 1.4.2008, Abs. 7](#) = NVwZ 2008, 1031, 1032; *Ehlers*, Jura 2012, 849, 855; *Wendt*, in: Gedächtnisschrift Tettinger, 2007, S. 335, 341 f.; s. auch: [OVG Münster, 16 A 1499/09 v. 16.5.2014, Abs. 25](#) = GewArch 2014, 301: Klage gegen IHK auf Austritt aus einem privatrechtlichen Verein ist eine vor den Verwaltungsgerichten zu verfolgende allgemeine Leistungsklage, die Abgabe einer Willenserklärung zur Kündigung eines zivilrechtlichen Körperschaftsverhältnisses gerichtet ist.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich bei verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO). *Lola Labelle* verlangt hier ein privatrechtliches Tätigwerden des Landes Berlin, nämlich eine Einwirkung auf die *Be Fresch-GmbH* mit den ihr zur Verfügung stehenden gesellschaftsrechtlichen Mitteln.¹⁹ Für dieses Begehren kommt nur die in der VwGO zwar nicht ausdrücklich geregelte, jedoch in § 43 Abs. 2 VwGO angesprochene allgemeine Leistungsklage in Betracht, deren Zulässigkeit allgemein anerkannt ist. Mit der allgemeinen Leistungsklage kann ein Handeln, Dulden oder

¹⁷ So auch BVerwG NJW 1990, 134 f.; NVwZ 1991, 59; NJW 1995, 2938; VGH Kassel NVwZ 1996, 816; VGH Mannheim NJW 1984, 251, 252; NJW 1995, 274; VGH München GewArch 1988, 245, 246; OVG Münster NVwZ 1986, 1045; OVG Münster, 15 B 1137/03 v. 13.8.2003 = NVwZ 2003, 1520, 1521; OVG Münster, 15 B 122/08 v. 1.4.2008, Abs. 7 = NVwZ 2008, 1031, 1032; *Wendt*, in: Ennuschat [Hrsg.]: Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart - Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger, 2007, S. 335, 341 f.

¹⁸ BVerwG NJW 1995, 2938, 2940; VGH Mannheim NJW 1995, 274 f.; *Graf Vitzthum/Kämmerer*, VBIBW 1997, 395, 398.

¹⁹ OVG Koblenz GewArch 2006, 288; OVG Münster, 15 B 1137/03 v. 13.8.2003 = NVwZ 2003, 1520, 1521; *Gas*, NdsVBl. 2004, 282, 283; *Kahl/Weißberger*, Jura 2009, 194, 197; *Kelm*, JA 1999, 221; *Püttner*, DVBl. 1975, 353, 355 f.

Unterlassen begehrt werden, das nicht den Erlass oder die Aufhebung eines Verwaltungsaktes zum Gegenstand hat. Dementsprechend ist die allgemeine Leistungsklage auch für ein Begehren statthaft, das auf die Vornahme **privatrechtlicher** Handlungen und die **Abgabe privatrechtlicher** Willenserklärungen durch die öffentliche Hand gerichtet ist, soweit hierfür - wie im vorliegenden Fall - der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.²⁰

III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)

§ 42 Abs. 2 VwGO ist bei der allgemeinen Leistungsklage **analog** anzuwenden. In § 42 Abs. 2 VwGO kommt ein allgemeines Strukturprinzip des Verwaltungsrechtsschutzes zum Ausdruck. Vor dem Hintergrund von Art. 19 Abs. 4 GG ist er, wenn auch nicht ausschließlich (siehe § 42 Abs. 2 Halbs. 1 VwGO), so doch in erster Linie, auf den Individualrechtsschutz ausgerichtet. Wollte man die allgemeine Leistungsklage - im Gegensatz zur Verpflichtungsklage als einer besonderen Leistungsklage - von dieser Grundentscheidung ausnehmen, käme es zu Wertungswidersprüchen, die in der Sache nicht gerechtfertigt werden könnten.²¹

Es dürfte also nicht von vornherein ausgeschlossen sein, dass *Labelle* einen Anspruch gegen das Land Berlin auf Einwirkung auf die *Be Fresch-GmbH* hat. Ein solcher Anspruch könnte sich hier aus dem allgemein anerkannten **Folgenbeseitigungsanspruch** ergeben, mit dem die Beseitigung und Abwehr fortbestehender rechtswidriger Eingriffe in subjektiv-öffentliche Rechte erreicht werden kann. Mit diesem Anspruch kann auch die **Einwirkung auf eine Gesellschaft** des privaten Rechts begehrt werden, soweit nur hierdurch ein fortbestehender rechtswidriger Eingriff in subjektiv-öffentliche Rechte beendet wird.²²

Anmerkung: Zur Rechtsnatur und zur dogmatischen Fundierung des öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungs- und Abwehranspruchs ausführlich und besonders lesenswert Ossenbühl, S. 285 ff., der sich allerdings nicht mit der hier vorliegenden Konstellation des Einwirkungsanspruchs auseinandersetzt; jedoch zeigen seine Ausführungen, dass auch die sog. **Fiskusabwehransprüche**²³ Unterfälle des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungs- und Unterlassungsanspruchs sind.

Im vorliegenden Fall ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass das Land Berlin Grundrechte *Labelles* aus Art. 12 und Art. 14 GG verletzt, indem sie den Betrieb der Saunanlagen und der Bräunungsliegen durch die *Be Fresch-GmbH* duldet: Es ist allgemein anerkannt, dass eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in die Grundrechte der Konkurrenten eingreifen kann.²⁴ Auch ist nicht von vornherein

²⁰ Püttner, DVBl. 1975, 353, 357; Ronellenfitsch/Warneke, Jura 2005, 702, 708.

²¹ (BVerwG, 7 C 21.12 v. 5.9.2013, Abs. 18 = BVerwGE 147, 312 Abs. 18).

²² So deutlich jetzt OVG Münster, 15 B 1137/03 v. 13.8.2003 = NVwZ 2003, 1520, 1521; Gas, NdsVBl. 2004, 282, 284.

²³ P.-M. Huber, Konkurrentenschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 82 ff., S. 312 ff.; Seidel/Reimer/Möstl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2003, S. 177.

²⁴ BVerwG, I C 24.69 v. 22.2.1972 = BVerwGE 39, 329, 336; BVerwG NJW 1978, 1539, 1540; NJW 1995, 2938, 2939; OVG Münster NVwZ 1986, 1045, 1046; OVG Münster, 15 B 1137/03 v. 13.8.2003 =

ausgeschlossen, dass die Vorschriften über die Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen durch das Land Berlin in § 65 LHO Bln auch den Mitbewerbern des Landes subjektiv-öffentliche Rechte auf Unterlassung rechtswidriger Wettbewerbshandlungen gewähren, diese Vorschriften also drittschützend sind.²⁵

Anmerkung: [VGH Mannheim, 1 S 2333/13 v. 5.11.2014, Abs. 90](#) = NVwZ-RR 2015, 307, 311 nimmt zudem offenbar an, dass sich unmittelbar aus der § 65 LHO Bln entsprechenden Vorschrift des § 102 GO BW ein Anspruch auf Unterlassung unzulässiger wirtschaftlicher Betätigung ergibt, es also eines "Umweges" über den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nicht bedarf (siehe aber auch Abs. 94 ff. dieser Entscheidung). Dies erscheint wenig überzeugend.

Jedoch könnte von vornherein ausgeschlossen sein, dass eine Verletzung der genannten Norm - selbst wenn sie subjektiv-öffentliche Rechte begründet - einen Abwehranspruch gerade gegen das Land Berlin verschafft: Soweit die *Be Fresch-GmbH* nach den Grundsätzen des **Verwaltungsprivatrechts** selbst unmittelbar aus diesen Vorschriften verpflichtet wird,²⁶ könnten sich Abwehransprüche unmittelbar gegen die *Be Fresch-GmbH* selbst ergeben, so dass es des Umweges über eine Verpflichtung des Landes Berlin auf Einwirkung auf die *Be Fresch-GmbH* gar nicht mehr bedürfte, um den Rechten *Labelles* Geltung zu verschaffen. Da Zweck der Einschaltung einer GmbH in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch einen Träger öffentlicher Verwaltung eine größere rechtliche Verselbständigung des Unternehmens ist, könnte ein Einwirkungsanspruch gegen die Stadt sogar ausgeschlossen sein: Das Muttergemeinwesen (hier das Land Berlin) könnte dann nicht auf Einwirkung auf die Gesellschaft in Anspruch genommen werden, soweit die Gesellschaft selbst unmittelbar in Anspruch genommen werden kann.²⁷ Jedoch besteht für die Annahme eines solchen Ausschlusses letztlich kein Grund: Dem Land Berlin kann das Handeln der *Be Fresch-GmbH* zugerechnet werden, weil es alle Gesellschaftsanteile der *Be Fresch-GmbH* hält und es damit auch deren Verhalten maßgeblich beeinflussen kann, zumal das GmbH-Gesellschaftsrecht eine Beeinflussung des Geschäftsgebarens der Gesellschaft durch den Anteilseigner auch ohne weiteres zulässt²⁸ und dem Land somit eine solche Einwirkung auch rechtlich ohne weiteres möglich ist. Somit stellt sich ein Verstoß der *Be Fresch-GmbH* gegen Grundrechte und sonstige subjektiv-öffentliche Rechte als ein eigener Verstoß des Landes Berlin gegen diese Rechte dar, und es ist nicht erkennbar, weshalb die Stadt von einer Verpflichtung auf Einwirkung auf die *Be Fresch-GmbH* entbunden werden sollte, nur weil die *Be Fresch-GmbH* nach den Regeln des

NVwZ 2003, 1520, 1523 f.; *Wendt*, in: Ennuschat [Hrsg.]: Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart - Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger, 2007, S. 335, 349 ff.; unklar insoweit *Pagenkopf*, GewArch 2000, 177, 183.

²⁵ Vgl. hierzu *Berg* DÖV 2010, 118 ff.; *Wendt*, in: Ennuschat [Hrsg.]: Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart - Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger, 2007, S. 335, 342 ff. und speziell auf Berlin Musil/Kirchner, Rn. 480, die allein auf den grundrechtlichen Abwehranspruch abstellen.

²⁶ Siehe hierzu: BVerfG, 1 BvR 699/06 v. 22. 2. 2011, Abs. 49 ff. = BVerfGE 128, 226, 245 ff.; BGHZ 52, 325, 328 ff.; BGHZ 91, 84, 95, ff.; BGHZ 99, 182, 190; *Diefenbach*, WiVerw 2003, 115, 129.

²⁷ So VG Ansbach BayVBl. 1997, 441 f.; in diese Richtung wohl auch *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 40 Rn. 296 f.; s. hierzu ferner Kramer/Bayer/Fiebig/Freudenreich, JA 2011, 810, 817 ff.

²⁸ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 36 I 2 a, S. 1068.

Verwaltungsprivatrechts selbst öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt.²⁹

Anmerkung: Schwierigkeiten werfen die Einwirkungsansprüche dagegen in den Fällen auf, in denen auf das Handeln einer Aktiengesellschaft Einfluss genommen werden soll, da § 76 Abs. 1 AktG die eigenverantwortliche - und damit vom Willen der Gesellschafter grundsätzlich unabhängige - Leitung der Gesellschaft vorschreibt.³⁰

Nach alledem ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass *Labelle* gegenüber dem Land Berlin einen Anspruch auf Einwirkung auf die *Be Fresch-GmbH* aus dem allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch herleiten kann. Dementsprechend ist *Labelle* auch klagebefugt.

IV. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO)

Die Klage ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen das Land Berlin als Behördenträger zu richten.

V. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)

Die Beteiligtenfähigkeit von *Labelle* folgt ebenso wie die des Landes Berlin aus § 61 Nr. 1 VwGO.

VI. Prozessfähigkeit (§ 62 VwGO)

Labelle ist gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Für das Land Berlin handelt gemäß § 62 Abs. 3 VwGO ein Vertreter.

VII. Beiladung (§ 65 VwGO)

Die *Be Fresch-GmbH* könnte gemäß § 65 Abs. 2 VwGO zu dem Rechtsstreit **notwendig** beizuladen sein, wenn der Rechtsstreit ihr und dem Land Berlin gegenüber nur einheitlich entschieden werden kann. Dies könnte hier der Fall sein, da *Labelle* hier von dem Land Berlin eine Einwirkung gerade auf die *Be Fresch-GmbH* verlangt.³¹ Jedoch ergibt sich hieraus nicht zwangsläufig, dass die Entscheidung gegenüber dem Land Berlin und der *Be Fresch-GmbH* nur einheitlich ergehen kann. Als Gesellschaft ist sie selbstverständlich den Einwirkungen ihrer Gesellschafter ausgesetzt und hat insoweit grundsätzlich kein über die Gesellschafterinteressen hinausgehendes Gesellschaftsinteresse etwa an dem Fortbestand bestimmter Betriebszweige, so dass die Verletzung eigener Rechte durch eine Pflicht ihrer Gesellschafter, in bestimmter Weise auf sie einzuwirken, nicht als denkbar erscheint. Gerade deshalb setzt eine Einwirkungspflicht des Landes

²⁹ OVG Münster, 15 B 1137/03 v. 13.8.2003 = NVwZ 2003, 1520, 1523; OVG Münster, 15 B 122/08 v. 1.4.2008, Abs. 12 = NVwZ 2008, 1031; VG Stuttgart, 7 K 3583/08 v. 13. 10. 2008, Abs. 13 f. = VBIBW 2009, 233, 234 f.; *Püttner*, DVBl. 1975, 353, 356 f.

³⁰ Vgl. BVerfG, 1 BvR 699/06 v. 22. 2. 2011, Abs. 52 = BVerfGE 128, 226, 246.

³¹ So *Gas*, NdsVBl. 2004, 282, 283; *Kelm*, JA 1999, 222; *Graf Vitzthum/Kämmerer*, VBIBW 1997, 395, 396.



Berlin auch nicht voraus, dass die *Be Fresch-GmbH* selbst unmittelbar verwaltungsprivatrechtlich an besondere öffentlich-rechtliche Vorgaben gebunden wäre. Selbst wenn dies nicht der Fall ist, steht dies einer Einwirkung des Landes Berlin als alleiniger Gesellschafterin auf die Gesellschaft dahingehend, dass solche Vorgaben dennoch zu beachten wären, nicht entgegen.

Jedoch steht einer **fakultativen** Beiladung der *Be Fresch-GmbH* nach § 65 Abs. 1 VwGO nichts im Wege und entspricht anscheinend auch weitgehender Praxis der Verwaltungsgerichte in ähnlichen Fällen.³²

Anmerkung: Dies entspricht anscheinend auch weitgehender Praxis der Verwaltungsgerichte in ähnlichen Fällen: vgl. etwa [BVerwG, 7 B 184.88 v. 21.07.1989](#) = NJW 1990, 134; [OVG Hamburg, 3 Bf 338/09 v. 25.2.2014, Abs. 50](#); [VGH Kassel, 6 TG 4316/95 v. 17.1.1996, Abs. 16](#) = NVwZ 1996, 816; [OVG Koblenz, 2 A 11124/05 v. 21.3.2006](#) = GewArch 2006, 288; [OVG Münster, 4 A 2214/84 v. 2.12.1985](#) = NVwZ 1986, 1045; [OVG Münster, 15 B 1137/03 v. 13.8.2003](#) = NVwZ 2003, 1520; [VG Ansbach, AN 4 K 95.00192 v. 11.1.1996](#) = BayVBl. 1997, 441 (in diesen Entscheidungen werden die Gesellschaften, auf die eingewirkt werden soll, als Beigeladene bezeichnet); anders anscheinend [BVerwG, I B 211/94 v. 21.3.1995](#) = NJW 1995, 2938; [VGH Mannheim, 1 S 746/82 v. 21.7.1982](#) = NJW 1984, 251 (in diesen Entscheidungen werden die Gesellschaften, auf die eingewirkt werden soll, nicht als Beigeladene bezeichnet).

VII. Rechtsschutzbedürfnis

Allerdings könnte fraglich sein, ob für die hier vorliegenden "Einwirkungsklage" das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis gegeben ist. Dieses fehlt, wenn der Kläger sein Ziel anders als durch eine Klage leichter und billiger erreichen kann.³³ Insoweit ist bereits festgestellt worden, dass *Labelle* auch unmittelbar (vor den Zivilgerichten) gegen die *Be Fresch-GmbH* vorgehen könnte, die als Eigengesellschaft des Landes Berlin nach den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts unmittelbar selbst an die Grundrechte gebunden ist und daher selbst verpflichtet wäre, Verletzungen der genannten Vorschriften zu unterlassen (s. o. [A III 2](#)). In derartigen Fällen dennoch den "Umweg" über eine verwaltungsgerichtliche "Einwirkungsklage" durch Inanspruchnahme des öffentlichen Anteilseigners (hier das Land Berlin) zu gehen, könnte sich daher vom Verfahren und Zeitaufwand her gegenüber einer

³² Vgl. etwa BVerwG NJW 1990, 134; OVG Koblenz GewArch 2006, 288; OVG Münster NVwZ 1986, 1045; OVG Münster, 15 B 1137/03 v. 13.8.2003 = NVwZ 2003, 1520; VG Ansbach BayVBl. 1997, 441 (in diesen Entscheidungen werden die Gesellschaften, auf die eingewirkt werden soll, als Beigeladene bezeichnet); anders anscheinend BVerwG NJW 1995, 2938; VGH Kassel NVwZ 1996, 816; VGH Mannheim NJW 1984, 251 (in diesen Entscheidungen werden die Gesellschaften, auf die eingewirkt werden soll, nicht als Beigeladene bezeichnet).

³³ [Hufen](#), § 23 Rn. 10, 12.



unmittelbaren Inanspruchnahme der Gesellschaft als zu schwerfällig darstellen.³⁴

Es ist jedoch bereits ganz generell zweifelhaft, ob einer Klage das Rechtsschutzbedürfnis schon deshalb abgesprochen werden kann, weil es für den Kläger einfacher und zielführender sein könnte, statt dem Beklagten **einen Dritten** in Anspruch zu nehmen. Hierdurch wird letztlich dem Kläger unmöglich gemacht, ihm u. U. gerade gegen den Beklagten zustehende materiellrechtliche Ansprüche gerichtlich durchzusetzen; diese würden letztlich bei bestehender Möglichkeit, einen Dritten einfacher in Anspruch zu nehmen, uneinklagbar. Es ist aber nicht Aufgabe der Zulässigkeitsvoraussetzung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses, die Durchsetzung solcher materiellrechtlicher Ansprüche zu verhindern, die (aus der Sicht des Gerichts) dem Kläger nur in Umwegen zu seinem (von wem zu bestimmenden?) "eigentlichen Klageziel" führen. Es kann zudem nicht generell angenommen werden, dass sich "verwaltungsprivatrechtliche" Verpflichtungen der Gesellschaft in einem zivilrechtlichen Rechtsstreit effektiver durchsetzen ließen als Einwirkungsansprüche gegenüber dem öffentlichen Anteilseigner im Verwaltungsrechtsweg. So wird auch angenommen, dass gerade bei Eigengesellschaften die Inanspruchnahme des öffentlichen Anteilseigners zielführender sei.³⁵

Dementsprechend kann der von *Labelle* erhobene Klage auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis abgesprochen werden.

VIII. Ergebnis zu A

Die VwGO schreibt für die allgemeine Leistungsklage weder ein Vorverfahren noch eine Klagefrist vor. Die von *Labelle* erhobene Klage ist somit zulässig.

B) Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn *Labelle* gegen das Land Berlin einen Anspruch auf Einwirkung auf die *Be Fresch-GmbH* dahingehend hat, dass sie den Betrieb der Sauna und der Bräunungsliegen im BBB einstellt. Ein solcher Anspruch könnte sich nach dem bisher Gesagten aus dem allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch (s.o. A III) oder aus dem - wegen § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG vom Verwaltungsgericht ebenfalls zu prüfenden - § 3 i.V.m. § 8 UWG (s.o. A I) ergeben.

I. Anspruch auf Folgenbeseitigung

Ein Anspruch auf Folgenbeseitigung kann bestehen, sofern durch den Betrieb der Sauna und der Bräunungsliegen durch die *Be Fresch-GmbH* und dessen Duldung durch das Land Berlin subjektiv-öffentliche Rechte *Labelles* verletzt werden. Solche Rechte können sich hier aus § 65 LHO Bln, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG

³⁴ so [VG Oldenburg, 1 A 1314/14 v. 23.9.2014, Abs. 20 ff.](#) = NuR 2015, 142, 143; in diese Richtung auch [OVG Hamburg, 3 Bf 338/09 v. 25.2.2014, Abs. 48 ff.](#) [wo aber im Ergebnis das Rechtsschutzbedürfnis für eine Einwirkungsklage dennoch bejaht wird].

³⁵ [VG Stuttgart, 7 K 3583/08 v. 13.10.2008, Abs. 13 f.](#) = VBIBW 2009, 233, 234 f.

ergeben.

1. Verletzung des § 65 LHO Bln

Inwieweit § 65 LHO Bln und die vergleichbaren Vorschriften der Gemeindeordnungen der anderen Bundesländer, also die Normen, die die Zulässigkeit an der Beteiligung privatrechtlicher Unternehmen regeln nicht nur die Gemeinden vor einer ihre Leistungskraft übersteigenden wirtschaftlichen Betätigung schützen sollen, sondern auch zugunsten privater Konkurrenzunternehmen drittschützende Wirkung entfalten (so dass ihre Verletzung einen Folgenbeseitigungsanspruch in Form eines Einwirkungsanspruchs auslöst), ist im Einzelnen umstritten.

Anmerkung: Die **Zivilgerichte** neigten bisher dazu, eine drittschützende Wirkung von Normen, die die wirtschaftliche Betätigung zulassen, ohne nähere Prüfung anzunehmen,³⁶ während die **Verwaltungsgerichte** im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte und die systematische Stellung dieser Vorschriften einem drittschützenden Charakter bisher eher ablehnend gegenüberstehen.³⁷ Dieser ablehnenden Sichtweise hat sich nunmehr auch der **BGH** angeschlossen.³⁸ Für **Baden-Württemberg** und **Nordrhein-Westfalen** bejahen VGH Mannheim und OVG Münster jedoch mittlerweile den drittschützenden Charakter der Bestimmungen über die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden für ihr jeweiliges Landesrecht.³⁹ Anders aber jetzt wieder in Niedersachsen⁴⁰ und Sachsen-Anhalt^{41, 42}.

Die Frage des drittschützenden Charakters des § 65 LHO Bln kann jedoch dahingestellt bleiben, wenn die Beteiligung des Landes Berlin an der Be Fresch-GmbH nicht gegen diese Vorschriften verstößt.

Laut Sachverhalt liegen die Voraussetzungen des § 65 Abs. 1 Nr. 2 – 5 sowie des Absatzes 6 LHO Bln vor. Fraglich ist indes, ob ein wichtiges Interesse der Gemeinde i.S.d. 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO vorliegt. Hierbei lässt sich dem Wortlaut nicht einwandfrei entnehmen, ob sich das Interesse auf die Errichtung des Unternehmens schlechthin bezieht, ob also ein wichtiges Interesse in Bezug auf den Unternehmensgegenstand

³⁶ BGH DVBl. 1962, 102, 103 f. "Blockeis I"; OLG Düsseldorf NWVBl. 1997, 353, 354 "Nachhilfe", und DÖV 2000, 157, 158 "Kfz-Entsorgung"; OLG Hamm NJW 1998, 3504 "Gelsengrün"; Cossner, DVBl. 1999, 895 ff.; so auch Pünder/Dittmar, Jura 2005, 760, 763 f.

³⁷ BVerwG, I C 24.69 v. 22.2.1972 = BVerwGE 39, 329, 336; ; VGH Mannheim NJW 1984, 251, 252; NJW 1995, 274; VGH München BayVBl. 1976, 628, 629.

³⁸ BGH, I ZR 250/00 v. 25.4.2002, S. 10 ff. des Urteilsdruckes = BGHZ 150, 343, 348 "Elektroarbeiten"; BGH, I ZR 293/99 v. 26.9.2002, S. 8 f. des Urteilsdruckes = NJW 2003, 586, 587 "Altautoverwertung".

³⁹ VGH Mannheim, 1 S 2490/05 v. 6.3.2006 = NVwZ-RR 2006, 714, 715; OVG Münster, 15 B 1137/03 v. 13.8.2003 = NVwZ 2003, 1520, 1521 f. [hiergegen Antweiler, NVwZ 2003, 1466, 1467]; OVG Münster, 15 B 1709/04 v. 21.9.2004 = NVwZ-RR 2005, 198 ff.; OVG Münster, 15 B 1889/04 v. 12.10.2004 = NVwZ 2005, 1211, 1212; OVG Münster, 15 B 123/05 v. 23.3.2005 = NVwZ-RR 2005, 738 f.; OVG Münster, 15 B 122/08 v. 1.4.2008, Abs. 51 = NVwZ 2008, 1031, 1033.

⁴⁰ OVG Lüneburg, 10 ME 280/08 v. 14.8.2008 = NVwZ 2009, 258, 259 f.

⁴¹ OVG Magdeburg NVwZ-RR 2009, 347 f.; krit. zu dieser Rspr. Mann, DVBl. 2009, 817 ff.

⁴² Zusammenfassend zur neueren Rechtsprechung Berger DÖV 2010, 118 ff.; Schoch, in: Festschrift Wahl, 2011, 573, 583 ff.

bestehen muss,⁴³ oder ob ein wichtiges Interesse gerade an der Wahl der privatrechtlichen Organisationsform bestehen muss. Insoweit wird man den Gemeinden einen gewissen **Einschätzungsspielraum** zuerkennen müssen. Jedenfalls wenn sie sich - wie hier - fachkundig über die passende Rechtsform beraten lassen und auf Grundlage einer solchen Beratung sich für eine privatrechtliche Organisationsform entscheiden, wird man diese Entscheidung als eigene Einschätzung des "wichtigen Interesses" der Gemeinde zu respektieren haben.⁴⁴ Dafür spricht auch, dass erst einmal versucht wird, mit nur einem Bad diese Rechtsform zu erproben. Dies wird auch für den Fall gelten, dass ein einmal aus "wichtigem Interesse" gegründetes Unternehmen in Privatrechtsform später seinen Tätigkeitsbereich erweitert: Hier besteht das wichtige Interesse schon darin, dass ein einheitliches Unternehmen nicht verschiedene Unternehmensträger haben sollte. Damit war auch die Erweiterung des Betriebes der *Be Fresch-GmbH* auf den Betrieb von Saunaanlagen und Bräunungsliegen von § 65 LHO Bln gedeckt.

2. Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG

Das Land Berlin könnte jedoch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG verletzt haben, so dass sich hieraus ein Folgenbeseitigungsanspruch ergeben könnte. Allgemein anerkannt ist, dass die Berufsausübungsfreiheit auch die sog. Wettbewerbsfreiheit schützt, also die Freiheit, durch eigene Leistung seinen Geschäftsumfang und seine Erwerbsmöglichkeiten zu erweitern. Systemimmanent ist insoweit, dass Art. 12 Abs. 1 GG jedoch nicht davor schützt, dass sich der Geschäftsumfang und zukünftige Erwerbschancen durch Hinzutreten Dritter, die sich ebenfalls am Wettbewerb beteiligen, verschlechtern. Strittig ist allerdings, wann die öffentliche Hand durch Teilnahme am Wettbewerb in diese Wettbewerbsfreiheit eingreift (mit der Folge, dass für die Teilnahme eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich und sie grundsätzlich am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messen ist).

- Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte geht davon aus, dass ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit bei bloßer Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb nicht vorliege. Die Eingriffsschwelle sei erst überschritten, wenn durch die monopolartige Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb private Konkurrenz unmöglich gemacht oder sonst in unerträglichem Maße bzw. unzumutbar eingeschränkt werde.⁴⁵ Nach dieser Ansicht gewährleistet Art. 12 GG damit **keinen Konkurrentenschutz** gegenüber der öffentlichen Hand.⁴⁶ Durch ihre Teilnahme am Wettbewerb vermindere sie vielmehr - als natürliche Folge jeden Wettbewerbs - lediglich

⁴³ So OVG Münster NVwZ 1986, 1045, 1046.

⁴⁴ Vgl. hierzu die ähnliche Argumentation bei BVerwG, I C 24.69 vom 22. Februar 1972 = BVerwGE 39, 329, 334; OVG Münster NVwZ 1986, 1045, 1046.

⁴⁵ BVerwG, I C 24.69 v. 22.2.1972 = BVerwGE 39, 329, 336 f.; BVerwG NJW 1978, 1539 f.; BVerwG NJW 1995, 2938, 2939; VGH Kassel NVwZ 1996, 816, 817; OVG Lüneburg, 10 ME 280/08 v. 14.8.2008 = NVwZ 2009, 258, 260; VGH Mannheim, 1 S 2490/05 v. 6.3.2006 = NVwZ-RR 2006, 714, 716 f.; VGH Mannheim NJW 1985, 251, 253; NJW 1995, 274; OVG Münster NVwZ 1986, 1045, 1046; OVG Münster, 15 B 1137/03 v. 13.8.2003 = NVwZ 2003, 1520, 1523 f.; OVG Münster, 15 B 1709/04 v. 21.9.2004 = NVwZ-RR 2005, 198, 200; OVG Münster, 15 B 123/05 v. 23.3.2005 = NVwZ-RR 2005, 739; Ehlers, DVBl. 1998, 502; s. schon Grupp, ZHR 140 [1976], S. 367 ff., 389 f.

⁴⁶ VGH München BayVBl. 1976, 628, 630.

die Marktchancen anderer Unternehmen. Bloße Marktchancen genießen jedoch keinen grundrechtlichen Schutz⁴⁷.

- Nach einer vor allem in der wettbewerbsrechtlichen Literatur vertretenen Ansicht stellt dagegen die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand einen - eine gesetzliche Grundlage erfordernden und am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messenden - Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit immer schon dann dar, wenn sie ihre besondere, mit der keines Privaten vergleichbare Qualität in dem Marktprozess zum Einsatz bringe: Diese Qualität mache vor allem der Rückhalt der öffentlichen Unternehmen in den öffentlichen Kassen aus, das deshalb weithin fehlende Verlust- und Konkursrisiko öffentlicher Unternehmen, ihre häufigen Steuerprivilegien, ihr bevorzugter Zugang zum Souverän und ihre besondere Autorität, welche einen Abglanz der immer noch nicht ganz verblassten Autorität des Staates darstelle, wobei allein die **Möglichkeit** der Ausnutzung dieser Vorteile ausreichen soll.⁴⁸
- Gegenüber diesen Extrempositionen könnte ein vermittelnder Weg in Betracht kommen, der einerseits - anders als die enge Auffassung der Verwaltungsgerichte - eher berücksichtigt, dass Art. 12 Abs. 1 GG auch vor **faktischen Grundrechtseingriffen** schützt⁴⁹ und andererseits - im Gegensatz zu der eher in der wettbewerbsrechtlichen Literatur vertretenen Ansicht - stärker berücksichtigt, dass es keinen Grund gibt, einem Konkurrenten der öffentlichen Hand dieser gegenüber größeren Schutz zu gewähren, als ihm hinsichtlich privater Konkurrenten gewährt wird. Zustimmung lässt sich etwa der Annahme, ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit eines Privaten nach Art. 12 Abs. 1 GG durch Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb liege nicht erst vor, wenn sie abgrenzbare Gruppen von Privatunternehmen durch Maßnahmen vom Markt verdrängt, die eine **Erwerbstätigkeit für Private nicht mehr sinnvoll** erscheinen lassen,⁵⁰ sondern bereits dann, wenn die öffentliche Hand **nicht marktkonform auftritt**, also das natürliche Spiel der Kräfte am Markt bewusst stört. Dies muss nicht zwingend immer der Fall sein, wenn sie auf Mittel zurückgreift, die allein ihr und keinem Privaten zustehen. Es kommt vielmehr darauf an, ob auch Private auf ein solches Mittel in ähnlicher Weise zurückgreifen könnten,⁵¹ wobei nicht verkannt werden darf, dass Großunternehmen (mittlerweile) grundsätzlich ähnlich weitgehende Einfluss- und Wettbewerbsmöglichkeiten haben, wie diese der öffentlichen Hand von der wettbewerbsrechtlichen Literatur zugeschrieben werden.

Folgt man dem, so ist im vorliegenden Fall auch Art. 12 Abs. 1 GG nicht verletzt, da keine Anhaltspunkte für ein nicht marktkonformes Auftreten der *Be Fresch-GmbH* vorliegen. Allein der Umstand, dass ihr Betrieb unter Umständen teilweise aus Steuermitteln finanziert wird, steht dem nicht entgegen, weil dem Sachverhalt keine

⁴⁷ P.-M. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 316 ff.; Seidel/Reimer/Möstl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2003, S. 178 f.

⁴⁸ Emmerich, Die AG, 1985, 295, 298; Pünder/Dittmar, Jura 2005, 760, 762 f.; ähnlich wohl Tettinger, NJW 1998, 3474.

⁴⁹ Vgl. auch Grupp, ZHR 140 [1976], S. 367, 390.

⁵⁰ Grupp, ZHR 140 [1976], S. 367, 390.

⁵¹ Ähnlich BGH GRUR 1987, 116, 118 "Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I".

Anhaltspunkte dahingehend zu entnehmen sind, dass dies zu einem nicht marktkonformen Verhalten der *Be Fresch-GmbH* führt. Selbst wenn dies dazu führen sollte, dass die Eintrittspreise im BBB niedriger sind, als die Preise, welche private Unternehmer üblicherweise verlangen, kann dies nicht ohne weiteres als nicht marktkonformes Verhalten angesehen werden: Es entspricht etwa auch der Taktik vieler branchenübergreifender Unternehmen, einen Betriebszweig - aus welchen Gründen auch immer - durch die Einnahmen eines anderen Betriebszweigs zu finanzieren. Dies ist nicht zu beanstanden, soweit die hierdurch ermöglichte Preisunterbietung nicht gezielt zur Vernichtung eines Konkurrenten eingesetzt wird.⁵² Auch aus Art. 12 Abs. 1 GG kann *Labelle* dementsprechend keine Einwirkungsansprüche herleiten.

3. Verletzung des Art. 14 GG

Das Land Berlin könnte schließlich Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG verletzt haben, so dass sich hieraus ein Folgenbeseitigungsanspruch ergeben könnte. Jedoch schützt auch die durch Art. 14 GG gewährleistete Eigentumsfreiheit weder die **Erwerbschancen** eines Unternehmers noch garantiert sie **Schutz vor Konkurrenten**.⁵³

Anmerkung: Siehe hierzu auch den [Kriegsspielzeug-Fall](#).

Art. 14 GG enthält keine Sicherung gegen das Auftreten eines neuen Konkurrenten, es sei denn - was hier nicht vorliegt -, dass dieser durch eine behördliche Maßnahme eine **Monopolstellung** erlangt.⁵⁴ Noch weniger kann ein neuer Konkurrent von der öffentlichen Hand verlangen, dass diese auf weitere wirtschaftliche Betätigungen in bisher geübter Weise verzichtet.⁵⁵

4. Ergebnis zu I.

Labelle wird somit durch den Betrieb der Saunaanlage und der Bräunungsliegen weder in einem subjektiven Recht noch in einer sonstigen besonders geschützten Rechtsposition, vor allem nicht in ihren Grundrechten, verletzt. Ein Anspruch auf Einwirkung auf die *Be Fresch-GmbH* kann sich somit nicht aus dem allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch ergeben.

II. Anspruch aus § 3 Abs. 1 i.V.m. § 8 UWG

Wegen § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG hat das Verwaltungsgericht schließlich noch zu prüfen, ob sich ein Einwirkungsanspruch aus § 3 Abs. 1 i.V.m. § 8 UWG ergeben kann. Bereits ausgeführt wurde jedoch, dass sich zwar nach früherer Rechtsprechung der Zivilgerichte ein solcher Anspruch gegenüber der öffentlichen Hand dann ergeben konnte, wenn die öffentliche Hand eine Tätigkeit aufnimmt, die

⁵² Vgl. BGH NJW 1984, 1618, 1619 "Labelle micron plus"; OLG Saarbrücken WRP 328, 330 "Siebdruckerei".

⁵³ VGH München BayVBl. 1976, 628, 630.

⁵⁴ BVerwGE 17, 306, 314; OVG Lüneburg, 10 ME 280/08 v. 14.8.2008 = NVwZ 2009, 258, 260; VG Magdeburg NVwZ-RR 2009, 347, 348.

⁵⁵ BVerwG, I C 24.69 v. 22.2.1972 = BVerwGE 39, 329, 337.

ihr von Gesetzes wegen verboten ist, diese Rechtsprechung durch das Urteil "Elektroarbeiten" des BGH⁵⁶ aber aufgegeben wurde (s.o. A I 2). Unabhängig davon steht jedenfalls fest, dass das Land Berlin hier gerade nicht gegen die von ihm zu beachtenden Schranken des § 65 LHO Bln verstoßen hat (s.o. B I 1 und 2). Mangels Rechtsbruch durch Aufnahme einer ihr verbotenen Tätigkeit handelt das Land Berlin somit nicht unlauter i.S.d. § 3 UWG.

Auch die Art und Weise der Beteiligung des Landes Berlin durch die *Be Fresch-GmbH* ist vorliegend nicht wettbewerbsrechtlich unlauter i.S.d. § 3 UWG: Es fehlen insoweit jegliche Anhaltspunkte für die Annahme etwa eines unlauteren Verdrängungswettbewerbs durch Preisunterbietung, durch zweckwidrigen Einsatz öffentlicher Mittel oder durch Missbrauch der amtlichen Stellung des Landes Berlin

⁵⁷

Dementsprechend ergibt sich ein Einwirkungsanspruch auch nicht aus § 3 i.V.m. § 8 UWG.

III. Ergebnis zu B

Labelle kann somit gegen das Land Berlin einen Anspruch auf Einwirkung auf die *Be Fresch-GmbH* dahingehend, dass sie den Betrieb der Sauna und der Bräunungsliegen im BBB einstellt, weder aus dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch noch aus § 3 i.V.m. § 8 UWG herleiten. Die Klage ist daher unbegründet.

C) Gesamtergebnis

Die Klage *Labelles* ist hiernach zwar zulässig, aber nicht begründet und hat damit keine Aussicht auf Erfolg.

Vgl. hierzu

- aus der - nahezu unerschöpflichen - Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zur Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand: [BVerwG, I C 24.69 v. 22.2.1972](#) = BVerwGE 39, 329 ff.; [BVerwG, 7 B 144/76 v. 1.3.1978](#) = NJW 1978, 1539 ff.; [BVerwG, I B 211/94 v. 21.3.1995](#) = NJW 1995, 2938 ff.; [VGH Kassel, 6 TG 4316/95 v. 17.1.1996](#) = NVwZ 1996, 816 ff.; [OVG Koblenz, 2 A 11124/05 v. 21.3.2006](#) = GewArch 2006, 288 f.; [OVG Lüneburg, 10 ME 280/08 v. 14.8.2008](#) = NVwZ 2009, 258 ff.; [OVG Magdeburg, 4 L 146/05 v. 29.10.2008](#) = NVwZ-RR 2009, 347 ff.; [VGH Mannheim, 1 S 746/82 v. 21.7.1982](#) = NJW 1984, 251 ff.; [VGH Mannheim, 1 S 1613/93 v. 15.8.1994](#) = NJW 1995, 274 f.; [VGH Mannheim, 1 S 1258/12 v. 29.11.2012](#) = VBIBW 2013, 93 ff.; [VGH Mannheim, 1 S 2333/13 v. 5.11.2014](#) = NVwZ-RR 2015, 307 ff.; [VGH München, 32 V 75 v. 23.7.1976](#) = BayVBl. 1976, 628 ff.; [OVG Münster, 4 A 2214/84 v. 2.12.1985](#) = NVwZ 1986, 1045 ff.; [OVG Münster, 15 B 1137/03 v. 13.8.2003](#) = NVwZ 2003, 1520 ff.; [OVG Münster, 15 B 1709/04 v. 21.9.2004](#) = NVwZ-RR 2005, 198 ff.; [OVG Münster, 15 B 1889/04 v.](#)

⁵⁶ BGH, I ZR 250/00 v. 25.4.2002, S. 7 ff. des Urteilsdruckes = BGHZ 150, 343, 346 ff.

⁵⁷ Vgl. OVG Magdeburg NVwZ-RR 2009, 347, 349; VGH Mannheim NJW 1995, 274 f.; OLG Saarbrücken WRP 1988, 328, 330 "Siebdruckerei"; OLG Düsseldorf DÖV 2000, 157, 159 "Kfz-Entsorgung"; Gusy, JA 1995, 254 ff.; Diefenbach, WiVerw 2003, 99, 102 ff.; Pünder/Dittmar, Jura 2005, 760, 765.

[12.10.2004](#) = NVwZ 2005, 1211 ff.; [OVG Münster, 15 B 123/05 v. 23.3.2005](#) = NVwZ-RR 2005, 738 f.; [OVG Münster, 15 B 122/08 v. 1.4.2008](#) = NVwZ 2008, 1031 ff.;

- aus der - kaum weniger umfangreichen - Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand.: [BGH, I ZR 250/00 v. 25.4.2002](#) = BGHZ 150, 343 ff. "Elektroarbeiten"; [BGH, I ZR 293/99 v. 26.9.2002](#) = NJW 2003, 586 ff. "Altautoverwertung"; [OLG Düsseldorf, 2 U 65/96 v. 10.10.1996](#) = NWVBl. 1997, 353 ff. "Nachhilfe"; [OLG Hamm, 4 U 99/97 v. 23.9.1997](#) = NJW 1998, 3504 ff. "Gelsengrün"; [OLG Saarbrücken, 7 U 136/85 v. 10.7.1987](#) = WRP 1988, 328 ff. "Siebdruckerei"; [OLG München, 6 U 4072/99 v. 20.4.2000](#) = NVwZ 2000, 835 f. (mit einer teilweise erstaunlichen Begründung);
- **aus der Literatur allgemein zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden:** Pünder/Dittmar, Jura 2005, 760, 765; Franzius, Jura 2009, 677 ff.
- zur Bindung von Eigengesellschaften der öffentlichen Hand und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen an öffentlich-rechtliche Grundsätze und ihre prozessuale Durchsetzung: [BVerfG, 1 BvR 699/06 v. 22.2.2011](#) = [BVerfGE 128, 226, 245 ff.](#); [BGHZ 52, 325 ff.](#); [BGHZ 91, 84ff.](#); [BGH, VIII ZR 349/85 v. 10.12.1986](#) = BGHZ 99, 182 ff.; [BVerwG, 7 B 184.88 v. 21.07.1989](#) = NJW 1990, 134 f.; [BVerwG, 7 B 30.90 v. 29.5.1990](#) = NVwZ 1991, 59; [BVerwG, I B 211/94 v. 21.3.1995](#) = NJW 1995, 2938; [OVG Hamburg, 3 Bf 338/09 v. 25.2.2014, Abs. 48 ff.](#) [VGH Kassel, 6 TG 4316/95 v. 17.1.1996](#) = NVwZ 1996, 816; [VGH Mannheim, 1 S 746/82 v. 21.7.1982](#) = NJW 1984, 251, 252; [VGH Mannheim, 1 S 1613/93 v. 15.8.1994](#) = NJW 1995, 274; [VGH Mannheim, 1 S 1258/12 v. 29.11.2012](#) = VBIBW 2013, 93, 94 f.; VGH München GewArch 1988, 245, 246; [OVG Münster, 4 A 2214/84 v. 2.12.1985](#) = NVwZ 1986, 1045; [OVG Münster, 15 B 1137/03 v. 13.8.2003](#) = NVwZ 2003, 1520, 1521; [OVG Münster, 15 B 122/08 v. 1.4.2008](#) = NVwZ 2008, 1031 f.; [OVG Münster, 16 A 1499/09 v. 16.5.2014](#) = GewArch 2014, 301 ff.; [VG Ansbach, AN 4 K 95.00192 v. 11.1.1996](#) = BayVBl. 1997, 441 f.; [VG Oldenburg, 1 A 1314/14 v. 23.9.2014, Abs. 20 ff.](#) = NuR 2015, 142 f.; [VG Stuttgart, 7 K 3583/08 v. 13.10.2008](#) = VBIBW 2009, 233.
- ferner die Fallbearbeitungen von Detterbeck, JuS 2001, 1199 ff.; Gas, NdsVBl. 2004, 282 ff.; Ronellenfisch/Warneke, Jura 2005, 702 ff.; Graf Vitzthum/Kämmerer, VBIBW 1997, 355 (Fall) und 395 ff. (Lösung); Zilkens, NWVBl. 1997, 34 ff.