

Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen

Innenministerium NRW, 40190 Düsseldorf

Haroldstraße 5, 40213 Düsseldorf

Bearbeitung:

ORR Dohmen

Präsidenten des Landtags

Nordrhein-Westfalen Platz des Landtags 1

(0211) 871 2462

Durchwahl Fax

(0211) 871 3355

Aktenzeichen

35 - 75.08.01 - 8128/01 (6)

. Oktober 2001

40221 Düsseldorf

INDTAG ORDRHEIN-WES ommunal

Sitzung des Ausschusses für I

Aktuelle Viertelstunde zur Frag

ik am 26.**9**9.2001

Alttienrecht der Gemeindeordnung NRW vor?"

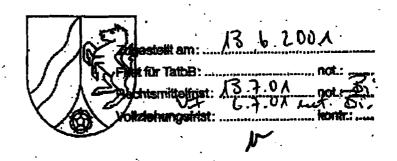
Anlagen:

- 1 - geheftet

Im Rahmen der vorgenannten Aktuellen Viertelstunde war seitens des Ausschusses um Übersendung des Berufungsurteils des Oberlandesgerichts Düsseldorf in Sachen Innovatio-Beteiligung der Stadtwerke Düsseldorf AG gebeten worden.

Wunschgemäß ist eine Ausfertigung des Urteils beigefügt, die ich an die Mitglieder des Ausschusses weiterzuleiten bitte.

(Dr. Fritz Behrens)



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

20 U 152/00 34 O 15/00 LG Düsseldorf Verkündet am 29. Mai 2001 Lammertz, Justizangestellte als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

der Innovatio Gesellschaft für Modernes Gebäudemanagement mbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer Werner Plönitz, Luisenstraße 105, 40215 Düsseldorf,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Graf v.d. Goltz, Dr. Hoerdemann, Dr. Galonska,
 Dr. Samer, Königsallee.92a, 40212 Düsseldorf -

gegen

- die Handwerkskammer Düsseldorf, vertreten durch ihren Präsidenten Hans-Heinz Hauser und durch ihren Hauptgeschäftsführer Gerd Wieneke, Georg-Schulhoff-Platz 1, 40221 Düsseldorf,
- die Kreishandwerkerschaft Düsseldorf, vertreten durch ihren Kreishandwerksmeister Horst B. Meyering und durch ihren Hauptgeschäftsführer Ass. Wilhelm Lettgen, Klosterstraße 73-75, 40211 Düsseldorf,
- den Fachverband Elektrotechnische Handwerke Nordrhein-Westfalen, vertreten durch seinen Vorsitzenden Karl Hagedorn und seinen Hauptgeschäftsführer Ekkehard Wilkening, Hannöversche Straße 22, 44143 Dortmund,
- den Fachverband Sanitär Heizung Klima Nordrhein-Westfalen, vertreten durch seinen Landesinnungsmeister Rudolf Peters und durch seinen Hauptgeschäftsführer Dr. Hans-Georg Geißdörfer, Grafenberger Allee 59, 40237 Düsseldorf;
- 5. die Reth und Kellershehn GmbH & Co. KG, vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin die Reth und Kellershohn GmbH; diese vertreten durch ihre Geschäftsführerin Claudia Modat-Reth, Worringer Platz 17, 40210 Düsseldorf;
- die Dipl.-Ing. Georg Schulhoff GmbH & Co. KG, vertreten durch ihren Geschäftsführer Herrn Prof. Dipl. Vw. Wolfgang Schulhoff, Gogrevestraße 1, 40223 Düsseldorf,

Kläger und Berufungsbeklagte.

Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. K. von Falck, Prof. Dr. Tilmann, Dr. Triebel,
Dr. Bomhard, Dr. Plassmann, Kennedydamm 17,
40476 Düsseldorf

3

hat der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 13. März 2001 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Berneke und die Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Hoeren und Schüttpelz

für Recht erkannt:

- Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorfs vom 26. Juli 2000 abgeändert.
- 2. Die Klage wird abgewiesen.
- 3. Die Kläger tragen die Kosten des Rechtsstreits.
- 4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Klägern wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 70.000,.- DM. abzuwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung kann auch durch Vorlage einer selbstschuldnerischen, unbefristeten Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürge zugelassenen Kreditinstituts erbracht werden.
- 5. Die Beschwer der Kläger beträgt 500.000,- DM
- 6. Der Streitwert wird auf 500.000,- DM festgesetzt.

Tatbestand

Die Klägerin zu 1) und die Klägerin zu 2) sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, der Kläger zu 3) und der Kläger zu 4) sind Innungsverbände und die Klägerin zu 5) sowie die Klägerin zu 6) sind Unternehmen, die unter anderem im Bereich des technischen Gebäudemanagements bzw. der Sanitärtechnik tätig sind. Gegenstand des Unternehmens der Beklagten ist "das Gebäude- und Energiemanagement" im "Bereich" der

Stadtwerke Düsseldorf sowie alle damit zusammenhängenden Geschäfte". Der Betrieb umfaßt Tätigkeiten auf den Gebieten der Gebäude- und Systemtechnik, der Sicherheitsaufgaben, des Reinigungs- und Versorgungsservices und der Entsorgung.

Gesellschafter der Beklagten waren bis August 2000 mit einem Anteil von jeweils 50 % die Stadtwerke Düsseldorf AG und die Dalkia GmbH (Firmenbezeichnung bis zum 03.10.1998: WTD Wartungs-Techno-Dienst GmbH). Mit notariellem Vertrag vom 11. August 2000 (UR 1641/2000 des Notars Dr. Bergermann/Düsseldorf) übertrugen die Stadtwerke ihren Anteil an der Beklagten auf die Dalkia Facilities Management GmbH. Nach Art. VIII Nr. 2 des Vertrages sind die Stadtwerke Düsseldorf AG berechtigt, von der Dalkia GmbH die Rückveräußerung des Anteils zu verlangen, sofern eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung ergeht, aus der sich ergibt, daß die Beteiligung der Verkäuferin an der Gesellschaft nicht zu beanstanden ist. Am 26. Oktober und 6. November 2000 schlossen die Stadtwerke Düsseldorf AG, Dalkia GmbH und die Beklagte einen Kooperationsvertrag. Wegen weiterer Einzelheiten dieser beiden Verträge wird auf die Kopien in Sonderheft I der Gerichtsakten verwiesen.

Die Aktien der Stadtwerke Düsseldorf AG werden zu 20 % von der RWE Energie AG und zu 80 % von der Stadtwerke Düsseldorf Gesellschaft für Beteiligung mbH gehalten, deren. Alleingesellschafterin die Stadt Düsseldorf ist. Aufgrund eines in § 10 Ziffer 8 der Satzung der Stadtwerke Düsseldorf AG festgelegten Zustimmungsvorbehaltes bedarf der Vorstand der Stadtwerke AG zur Errichtung von Unternehmen der Zustimmung des Aufsichtsrates. Der Aufsichtsrat der Stadtwerke AG besteht nach § 8 Ziffer 1 der Satzung aus zwanzig Mitgliedern. Zehn Mitglieder sind Vertreter der Arbeitnehmer, zwei Mitglieder entsendet die RWE Energie AG. Die übrigen acht Mitglieder werden entsprechend den aktienrechtlichen Vorgaben von der Hauptversammlung auf Vorschlag des Aufsichtsrats bzw. auf Vorschlag eines Aktionärs gewählt. Die Stadtwerke Düsseldorf Gesellschaft für Beteiligung mbH machte bislang von ihren Aktionärsrechten Gebrauch und schlug acht Mitglieder des Aufsichtsrats vor, die im fraglichen Zeitpaum 1998/1999 auch gewählt wurden.

5

Diese Vertreter, die die Interessen der Stadt Düsseldorf repräsentierten, suchten die Zustimmung des Rates der Stadt Düsseldorf zur Neugründung und Beteiligung an der Beklagten. Der Rat der Stadt Düsseldorf ermächtigte daraufhin die städtischen Vertreter mit Beschluß des Rates vom 18. Dezember 1997, der Gründung der Beklagten und der Beteiligung der Stadtwerke Düsseldorf AG an der Beklagten zuzustimmen. Daraufhin kam es in der Sitzung des Aufsichtsrates der Stadtwerke Düsseldorf AG am 30. Januar 1998 zur Abstimmung, bei der alle zehn Arbeitnehmervertreter und die zwei Vertreter der RWE für die Vorlage stimmten. Von den acht Vertretern der Stadt stimmten sechs für die Vorlage, zwei Vertreter stimmten gegen die Gründung der Beklagten.

In der Folgezeit wies die Bezirksregierung Düsseldorf mit Schreiben vom 27. November 1998 den Oberstadtdirektor an, den Ratsbeschluß vom 18. Dezember 1997 zu beanstanden (Anlage K 3); der Ratsbeschluß wurde Anfang 1999 durch die Bezirksregierung aufgehoben (Anlage K4). Der Beschluß wurde am 25. November 1999 durch den Rat der Stadt Düsseldorf zurückgenommen.

Die Kläger haben die Ansicht vertreten, die Gründung der Beklagten und deren geschäftliches Handeln sei wettbewerbswidrig i.S.d. §§ 1 UWG i.V.m. §§ 107, 108 GO NW n.F. § 107 GO NW n.F. erlaube einer Kommune eine wirtschaftliche Betätigung nur zu einem "öffentlichen Zweck", d.h. zur Daseinsvorsorge. Die Kläger haben behauptet, daß die Gründung der Beklagten ausschließlich der Sicherung der Leistungsfähigkeit der Stadtwerke Düsseldorf AG diene, die aufgrund der Liberalisierung der Energiemärkte mit einer Stagnation im Kerngeschäft der kommunalen Energieversorgung zu rechnen habe. Der Gründungsverstoß setze sich im geschäftlichen Wirken der Beklagten fort.

Die Kläger haben beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung sestzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000 DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Wiederholungsfalle bis insgesamt zu 2

Jahren, zu unterlassen, Dienstleistungen auf dem Gebiet des Gebäudemanagements anzubieten und auszuführen, soweit es sich um Dienstleistungen in folgenden Umfang handelt!

- kaufmännisches Gebäudemanagement, vor allem im Bereich des Vertragswesens, Mahnwesens, Kostenrechnung, Betriebskostenabrechnungen, Versicherungswesen, Budgetplanung, Liegenschaftscontrollings, Datenverwaltung,
- infrastrukturelles Gebäudemanagement, vor allem Hausmeisterdienste, interne Postdienste, Kopier-/Druckereidienste, Reinigung, Pflege, Gartenpflege, Winterdienste, Sicherheits-/Pförtnerdienste, Umzüge, Waren-/Logistikdienste,
- 3 technisches Gebäudemanagement vor allem im Bereich der Energietechnik, Sanitärtechnik, von Elektroanlagen, Aufzügen und Fördertechnik, Heizung/Klima, Gebäudeleittechnik/Fernleittechnik, Lichtwellenleiter, soweit es sich um Tätigkeiten handelt, die hinter folgenden Schnittstellen liegen:
 - a) Hauptsperreinrichtungen oder Haus-Druckpegelgerät nach der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung.
 - b) Hauptsperrvorrichtungen nach der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser,
 - c) Übergabestelle nach der Verordmung über Allgemeine Bedingungen über die Versorgung mit Fernwärme,
 - d) Hausanschlußsicherung nach der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden,
- 4. Sicherheitstechnik, Gebäude-EDV, Gebäude-Informationssysteme sowie
 Telekommunikation, letzteres soweit der Vertrieb und/oder die Installation von
 Endgeräten von Telekommunikationsanlagen betroffen ist

7

wobei die Kläger zu 3) und 4) den Antrag nur gestellt haben, soweit er die Ziffer 3), die Klägerin zu 5), soweit er die Ziffern 3a), 3c), 3d) und 4) und die Klägerin zu 6), soweit er die Ziffern 3a), 3b), 3c) und 3d) umfaßt.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht gewesen, die Beklagte sei als privatwirtschaftliches Unternehmen nicht Normadressatin des § 107 GO NW. Außerdem liege kein Verstoß gegen § 1 UWG in Verbindung mit §§ 107, 108 GO NW vor, da § 107 GO NW nicht verletzt sei. Der erforderliche öffentliche Zweck liege in der Sicherung der Leistungsfähigkeit der Stadtwerke Düsseldorf AG, welche Trägerin wesentlicher Aufgaben der Daseinsvorsorge sei. Zudem könne ein Verstoß gegen § 107 GO NW auch nicht über § 1 UWG sanktioniert werden, da § 107 GO NW nicht dem Schutz der Mitwettbewerber diene.

Durch Urteil vom 26.07.2000 hat das Landgericht der Klage in vollem Umfang - in der Formel auch ohne Beschränkung im Hinblick auf die von den einzelnen Klägern unterschiedlich gestellten Anträge - stattgegeben und zur Begründung folgendes ausgeführt: Ein Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG i.V.m. §§ 107, 108 GO NW ergebe sich, weil die Beklagte sich in einer gegen § 107 GO NW verstoßenden Weise wirtschaftlich betätige. § 107 GO NW diene auch nach seiner Neufassung weiterhin dem Schutz der privaten Wirtschaft gegen eine unzulässige privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinde. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Tätigkeit der Beklagten fehle es am hierfür erforderlichen öffentlichen Zweck. Die Aufgaben des Gebäudemanagements gehörten insbesondere auch nicht zu den Annextätigkeiten im Bereich der Energieversorgung. Die Beklagte sei passivlegitimiert, weil sie durch ihre Geschäftstätigkeit den Gründungsverstoß gegen §§ 107, 108 GO NW manifestiere und sich diesen zurechnen lassen müsse. Störer im Sinne des Wettbewerbsrechts könne anch ein Unternehmen sein, an dem die Kommune nur beteiligt sei. Die Gemeinde könne sich nicht durch privatrechtliche Organisationsformen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen entziehen. Der Einfluss der Stadt Düsseldorf

8

ergebe sich zudem insbesondere auch aus der Konsortialvereinbarung.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt.

Die Beklagte nimmt auf ihr erstinstanzliches Vorbringen Bezug. Sie meint: Den Klägern stehe kein Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG i.V.m. §§ 107, 108 GO NW zu. Sie, die Beklagte sei nicht als Störerin zu qualifizieren. Der eigentliche Vorwurf der Kläger sei nicht, daß sie Dienstleistungen im Bereich des Gebäudemanagements erbringe, sondern daß die Stadtwerke Düsseldorf AG sie, die Beklagte, mitbegründet habe. Es liege auch kein Verstoß gegen § 107 I GO NW vor, da ein öffentlicher Zweck verfolgt werde. Insofern sei es ausreichend, daß die Gründung der Beklagten der Sicherung der kommunalen Energieversorgung und damit der Sicherung von Arbeitsplätzen diene. Die zusätzlichen Leistungen des Gebäudemanagements brächten eine bessere Kundenbindung im Kerngeschäft der Energieversorgung. Zudem handele es sich um eine privilegierte Tätigkeit nach § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NW, da das Gebäudernanagement eine Annextätigkeit zur Energieversorgung sei: Diese Leistungen willden von der Stadtwerke Düsseldorf AG und ihren Tochtergesellschaften seit jeher angeboten. Hinsichtlich der Entscheidung, ob die Ersichtung eines Unternehmens durch einen öffentlichen Zweek. gefordert sei, stehe der Gemeinde zudem ein Beurteilungsspielraum zu; der nur beschränkt überprüfbar sei.

Unabhängig hiervon sei § 107 GO NW jedenfalls nicht drittschützend. Der Regelung komme lediglich eine Funktionssperre zu. Sie sei auf eine Reduzierung kommunalwirtschaftlicher Aktivitäten im Interesse der kommunalen Aufgabenerfüllung, der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit öffentlichen Haushaltsgebarens gerichtet. Dem Gesetzgeber sei es bei der Neufassung darum gegangen, die Handlungsmöglichkeiten der Kommunen bei der wirtschaftlichen Betätigung im begrenzten Umfang zu erweitern. Jedenfalls sei mit der Übertragung der Anteile der Stadtwerke Düsseldorf AG auf die Dalkia Facilities Management GmbH eine Wiederholungsgefahr entfallen.

Die Beklagte beantragt,

Die Kläger beantragen.

die Berufung zurückzuweisen,

Sie erklären hilfsweise den Rechtsstreit für erledigt und beantragen für den Fall, daß sich die Beklagte nicht anschließt, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären. Die Kläger nehmen auf ihr erstinstanzliches Vorbringen Bezug und bestreiten vorsorglich, daß die Stadtwerke Düsseldorf AG ihren Anteil an der Beklagten inzwischen auf die Dalkia Facilities Management GmbH übertragen habe. Sofern eine Vereinbarung über ein Rückholrecht bzgl. der übertragenen Anteile getroffen worden sei, sei die bestehende Konsortialvereinbarung jedenfalls nur vorübergehend gegenstandslos geworden.

Selbst wenn es sich bei dem behaupteten notariellen Vertrag vom 11.08.2000 nicht um ein Scheingeschäft i.S.d. § 117 BGB handele, bestehe allein deshalb eine Wiederholungsgefahr, weil die Stadtwerke Düsseldorf AG – was von der Beklagten unbestritten geblieben ist – ausweislich eines eigenen Kundenschreibens der Beklagten weiterhin Gebäudemanagement-Aufträge vermittle.

Der Beklagten fehle nicht die Passivlegitimation. § 107 Abs. 1 GO NW richte sich zwar unmittelbar an die Gemeinde. An Verstößen wirke das beteiligte Unternehmen jedoch mit, so daß das Verbot sich auch unmittelbar gegen das Unternehmen richte. Unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der Stadtwerke AG an der Beklagten erbringe diese aufgrund des Kooperationsvertrags eine "wirtschaftliche Betätigung" im Sinne des § 107 Abs. 1 GO NW.

Die angegriffenen Tätigkeiten ließen die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks nicht erkennen. Sämtliche Tätigkeiten lägen außerhalb der Energieversorgung. Deshalb komme es nicht darauf an, ob der "Zweck" durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden könne.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Akteninhalt, einschließlich des Inhalts der beiden Sonderbände, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Den Klägern steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Unterlassung bestimmter Tätigkeiten auf dem Gebiet des Gebäudemanagements zu. Insbesondere besteht kein Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG wegen Verletzung der Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden gem. §§ 107 Abs. 1, 108 Abs. 1 Nr. 1 GO NW.

I. Die frühere Beteiligung der Stadtwerke Düsseldorf AG an der Beklagten

Die Kläger dringen nicht mit ihrem Begehren durch, soweit sie die früher bestehende fünfzigprozentige Beteiligung der Stadtwerke Düsseldorf AG an der Beklagten sowie die Konsortialvereinbarung rügen. Dabei ist allerdings zu beachten, daß allein der Vertrag vom 11. August 2000 als solcher eine Rechtsverletzung für die Zukunft nicht ausschließt. Zwar besteht danach wegen der Übertragung der Geschäftsanteile auf die Dalkia die angeblich rechtswidrige Beteiligung der Stadt Düsseldorf an der Beklagten nicht mehr. Ein Gesetzesverstoß droht jedoch unter Umständen aufgrund der spezifischen Rückübertragungsregeln des Vertrages. Nach Art. VIII Nr. 2 des Vertrages sind die Stadtwerke berechtigt, von der Dalkia die Rückveräußerung des Anteils zu verlangen, sofern eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung ergeht, aus der sich ergibt, daß die Beteiligung der Verkäuferin an der Gesellschaft nicht zu beanstanden ist. Bei Erlaß eines klageabweisenden Urteils würde damit die Gefahr einer Wiederholung des geltend gemachten Gesetzesverstosses bestehen.

Doch darauf kommt es vorliegend nicht an. Denn selbst wenn man sich die Beteiligungsverhältnisse anschaut, die vor dem Vertrag vom 11. August 2000

bestanden, fehlt es an einer den Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG rechtfertigenden Gesetzesverletzung. Zwar sind §§ 107 Abs. 1, 108 I GO NW grundsätzlich auch im Rahmen von § 1 UWG anwendbar (1.). Es fehlt jedoch an einem Verstoß gegen diese Vorschriften (2).

1. Anwendbarkeit der §§ 107, 108 GO NW

Es ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, die Bestimmungen der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung zur Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen im Lauterkeitsrecht anzuwenden. Zwar vertritt ein Teil der Literatur die Auffassung, daß das der wirtschaftlichen Betätigung nicht Gegenstand eines zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs aus § 1 UWG sein könne, sondern allein der öffentlich-rechtlichen Kompetenzordnung unterliege (Ehlers, DVBI. 1998, 497, 503; Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 185; Tettinger, NJW 1998, 3473; siehe auch BVerwGE 39, 329, 336; BGH Mannheim, BB 1994, 1556 zu § 102 Gemeindeordnung BW; OLG Karlsruhe, Urteil vom 16. November 2000 – 4 U 171/99 -). Diese Auffassung entspricht aber nicht den Vorgaben des Lauterkeitsrechts. § 1 UWG ist hiernach über die Kategorie des Rechtsbruchs anwendbar, wenn die verletzte Marktzutrittsregelung in dem Sinne wertbezogen ist, daß sie dem Schutz besonders wichtiger Individualinteressen dient. Hierzu zählt auch der Schutz der privaten Wirtschaft gegen eine privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinde. Der Zivilrichter muß eingreifen, wenn eine öffentlich-rechtliche Vorschrift die Zulässigkeit und die Grenzen privater Betätigung der öffentlichen Hand in einer Weise regelt, daß es der öffentlichen Hand verwehrt ist, in den Wettbewerb im Markt einzugreifen. Hier ist der Gesetzesverstoß regelmäßig auch als wettbewerbswidrig zu beurteilen (BGH, GRUR 1973, 655. 657 - Möbelauszeichnung -, für § 30 I SGB IV bejaht in WRP 1995, 475, 479 -Sterbegeldversicherung -, Nichtannahme der Revision gegen bejahende Entscheidung bzgl. § 107 I GO a.F. des OLG Hamm, NJW 1998, 3504, 3504 - Gelsengrün -, OLG München, Urteil vom 20.04.2000 - 6 U 4072/99 - Elektroinstallation -; aus der Literatur Badura, DÖV 1998, 818, 822; Beckmann/David, DVBl. 1998, 1041, 1046; Cosson, DVBl. 1999, 891, 892; Hübschle, GewArch 2000, 186, 188; Otting, DÖV 1999, 549, 550; Schoch, DÖV 380; Weidemann, Verwaltungsarchiv 1999, 533, 545 ff.)

Auffassung entspricht auch der Spruchpraxis mehrerer Diese Oberlandesgerichts Düsseldorf (ahnlich OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1470, 1471 = WRP 1997, 42, 43 - Nachhilfeunterricht -; OLG Düsseldorf Urteil vom 28.10.1999 - 2 U 7/99 -; OLG Düsseldorf, Beschluß vom 12. Januar 2000 - Verg 3/99, NZBau 2000, 155 -). In der verwaltungsrechtlichen Judikatur setzt sich der Grundgedanke, daß die Regelungen zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen dienen können, allmählich durch (siehe VerfGH Rheinland-Pfalz, DVB1. 2000, 992, 995 - zu § 85 Abs. 1 der Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz - sowie die Anmerkung von Henneke, DVBl. 2000, 997, 999). Für die nordrhein-westfälische Gemeindeordnung ist zu beachten, daß diese in § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 nunmehr eine Subsidiaritätsklausel enthält, wie sie bis zur Novelle des Jahres 1994 bereits im damaligen § 88 Abs. 1 GO enthalten war. Außerhalb der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs und der Telekommunikationsdienste hängt die Zulässigkeit privatwirtschaftlicher Aktivitäten der Kommunen davon ab, ob der öffentliche Zweck nicht durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann. Die Frage, ob eine solche Subsidiaritätsklausel in einer Gemeindeordnung vorgesehen ist oder nicht, war zu Recht von mehreren Verwaltungsgerichten zum entscheidenden Kriterium für die Annahme einer Drittbezogenheit gemacht worden (siehe BVerwG, MDR 1972, 804, 805; VGH Mannheim, BB 1994, 1956, 1957; siehe auch LG Kassel, Urteil vom 18. März 1999 - 11 O 4033/99 -; anderer Ansicht nur OLG Karlsruhe, Urteil vom 16. November 2000 · 4 U 171/99 - mit Verweis auf fehlende Hinweise zur Drittbezogenheit in der Gesetzesbegründung). Denn mit dieser Konstruktion werden die Interessen konkurrierender Unternehmen der Privatwirtschaft in die Prüfung einbezogen. Die Subsidiarität trägt gerade dem Gedanken Rechnung, daß sich die Kommune mit ihren erwerbswirtschaftlichen Aktivitäten in einem Bereich bewegt, der die schutzwürdigen Belange der Privatwirtschaft tangiert. Diese Interpretation wird durch einen Blick in die Gesetzgebungsmaterialien unterstützt. So wurde im Landtag Nordrhein-Westfalen bei den Beratungen Novellierung der Gemeindeordnung Ausschuß Verwaltungsstrukturreform ausdrücklich darauf verwiesen, daß die Neufassung von § 107 GO "die Bedenken des Handwerks und der gewerblichen Wirtschaft zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen" berücksichtige (Landtags-Drucksache 12/3947, S. 93). Zudem sieht der Text des § 107 GO selbst in seinem : Absatz 5 Satz 1 die Erstellung einer

Marktanalyse vor, die sich auch über die Auswirkungen der Gründung von oder der Beteiligung an Unternehmen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft verhält.

2. Verstoß gegen §§ 107, 108 GO NW

Die Betätigung der Beklagten unter fünfzigprozentiger Beteiligung der Stadtwerke AG verstößt nicht gegen die Vorgaben der §§ 107, 108 GO.

a) Eigenaktivitäten der Beklagten

Zunächst ist zu beachten, daß die Beklagte als gemischtwirtschaftlicher Betrieb bei ihren Aktivitäten im Bereich Gebäudemanagement nicht an die Vorgaben der Gemeindeordnung gebunden ist. Es handelt sich bei der Beklagten um ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen, das als solches nicht in den Anwendungsbereich der Gemeindeordnung fällt. Zwar bejaht die herrschende Meinung eine Bindung auch gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, sofern die öffentliche Hand das Unternehmen beherrscht und somit die Vorgaben des öffentlichen Rechtes faktisch durchsetzen kann. Bei nicht behenschten Unternehmen wird eine Bindung verneint, da anderenfalls die Privatautonomie der anderen Beteiligten verfassungswidrig eingeschränkt würde (so die Frage Grundrechtsbindung: BVerfG JZ 1990, 335; Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, Bd. I, 4. Aufl., Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 196 - 199; Stern, Staatsrecht III/1, S. 1420 - 1422) Die Stadt Düsseldorf hat keinen beherrschenden Einfluß auf die Beklagte ausgeübt. Die Stadtwerke Düsseldorf vermittelten der Stadt Düsseldorf eine 50 %-Beteiligung an der Beklagten. Dies stellte zwar tiber die mittelbare 80-prozentige Beteiligung der Stadt an der Stadtwerke AG vermögensmäßig eine Beteiligung in Höhe von 40 % an der Beklagten dar. Rein faktisch übte die Stadt aber aufgrund ihrer beherrschenden Stellung in der Stadtwerke Düsseldorf AG - entgegen der Auffassung der Beklagten - den allein bestimmenden Einfluß auf die volle 50 %-Beteiligung an der Beklagten aus. Dies ist für einen beherrschenden Einfluß auf die Beklagte jedoch nicht ausreichend, da hierstir gem. § 478 I GmbHG ein über 50 % liegender Anteil erforderlich

ist.

b) Mitstörer hinsichtlich einer Rechtsverletzung der Stadt

Unter Umständen muß sich die Beklagte einen Verstoß der Stadt Düsseldorf gegen §§ 107, 108 GO NW als Störer zurechnen lassen. Störer, i.S.d. UWG ist nämlich nicht nur derjenige, der selbst wettbewerbswidrig handelt, sondern auch wer willentlich und adäquatkausal an den wettbewerbswidrigen Handlungen eines eigenverantwortlich handelnden Dritten mitwirkt und diesen Verstoß zu eigenen Zwecken ausnutzt (BGH NJW 1995, 2352, 2354 – Sterbegeldversicherung -; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rdnr. 326, 327). Insofern kann es sich auch als unlanter darstellen, wenn privatrechtliche Dritte einen Verstoß der Gemeinde gegen das Verbot der wirtschaftlichen Betätigung unterstützen (OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 155, 156).

Eine solche Mitstörerverantwortlichkeit der Beklagten scheidet hier jedoch aus. Bei der Gründung der Beklagten kann es zwar zu einem Verstoß gegen den § 108 Abs. 5 S. 1 GO NW gekommen sein, der wegen der mittelbaren Beteiligung der Stadt Düsseldorf an der Beklagten einschlägig war (aa), der Verstoß führt aber dennoch nicht zur Sittenwidrigkeit im Sinne von § 1 UWG (bb).

aa) Verletzung von § 108 Abs. 5 S. 1 GO

Die Frage der Beteiligung von Kommunen an Unternehmen ist vorrangig in § 108 GO geregelt; § 107 GO tritt demgegenüber als subsidär zurück. § 108 Abs. 1 GO ist nicht unmittelbar einschlägig, da diese Vorschrift nur die direkte Unternehmensgründung oder Beteiligung seitens der Gemeinde regelt; die Beklagte ist aber nicht von der Beklagten, sondern von der Stadtwerke AG mitgegründet worden Einschlägig ist statt dessen § 108 Abs. 5 S. 1 GO. Hiernach dürfen Vertreter der Gemeinde in einer Gesellschaft, an der die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar mit mehr als 25% beteiligt ist, einer Beteiligung der Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft u.a. nur zustimmen, wenn für die Gemeinde selbst die Beteiligungsvoraussetzungen vorliegen. Diese Regelung gilt auch für mehrstufige mittelbare Beteiligungen einer Kommune (Rehn/Cronauge, in: Rehn/Cronauge/Lennep, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl.,

Loseblatt, Siegburg Stand: Mai 2000, § 108 GO IX.3).

Die Beteiligungsvoraussetzungen der Gemeinde sind in § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO geregelt und lassen eine Beteiligung der Gemeinden nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 S. 1 GO zu. Letztere Regelung fragt wiederum als Generalklausel danach, ob die Tätigkeiten der Beklagten von einem öffentlichen Zweck gefordert werden und der öffentliche Zweck nicht durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann. Auf letzteres kommt es nicht an, wenn die Tätigkeiten zur Energie- und Wasserversorgung gehören.

Die Erbringung von Gebäudemanagement-Dienstleistungen durch eine Kommune ist weder durch einen öffentlichen Zweck gedeckt noch zulässige Annextätigkeit zur Energieversorgung i.S.d. § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO. Ein öffentlicher Zweck i.S.d. Gesetzes liegt immer dann vor, wenn die Leistungen eines Unternehmens im Aufgabenbereich der Gemeinde liegen und eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohner zum Ziele hat. Der Begriff des öffentlichen Zweckes bringt insofern die Gemeinnützigkeit zum Ausdruck, der die Einrichtung dienen muß. Nicht gedeckt ist eine Betätigung, die allein erwerbswirtschaftlichen Zwecken bzw. der Sieherung der Finanzkraft der Gemeinde dient (Rehn/Cronauge, GO NRW, § 107 III Nr. 1; Hösch, GewArch 2000, 1, 3). Soweit vertreten wird, daß die öffentliche Zwecksetzung einer gerichtlichen Überprüfung entzogen sei, da der Gemeinde vom Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative eingeräumt sei (BVerwGE 39, 329, 334; Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 181; Ehlers, DVBl. 1998, 497, 502), gilt dies jedoch nicht im Hinblick auf die rechtlichen Grenzen der gemeindlichen Entscheidung (Otting, DÖV 1999, 549, 555).

Nach einer Auffassung in der Literatur ist eine öffentliche Zwecksetzung bereits dann zu bejahen, wenn die jeweilige Betätigung der Wettbewerbssicherung oder der Arbeitsplatzsieherung dient (Rehn/Cronauge, GO NRW, § 107 III Nr. 1; Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 185). Hierauf beruft sich auch die Beklagte. Dies widerspricht jedoch dem durch § 107 Abs. 1 GO statuierten Vorrang der Privatwirtschaft. Hinter dem Argument der Wettbewerbssicherung verbirgt sich letztlich ein rein erwerbswirtschaftlicher, also finanzieller Zweck, der kein öffentlicher ist. Das Argument der Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen vermag jedenfalls nicht zu

greisen, soweit dies lediglich mittelbare Folge der Betätigung der Gemeinde ist, und es zudem aufgrund eines verdrängenden Wetthewerbs zur Bedrohung von Arbeitsplätzen in der Privatwirtschaft kommt. Würde man die von der Beklagten angeführten Zwecke in dieser Absolutheit als öffentliche i.S.d. § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO ansehen, ließe sich letzflich jede gemeindliche Betätigung durch einen öffentlichen Zweck begründen. Dies steht nicht in Einklang mit dem Gesetzeswillen.

Zweifel bestehen auch an der Beachtung der Subsidiarität. Wie bereits die Bezirksregierung Düsseldorf in ihrer Verfügung vom 27. November 1998 (ABI. Nr. 2 vom 16. Januar 1999; Anlagen K3 und K4) betont hat, besteht im Düsseldorfer Raum ein gut funktionierendes privates Angebot an Gebäudemanagement. Die Beklagte hat ihrerseits wenig dazu vorgetragen, wieso andere, rein privatwirtschaftlich ohne mittelbare Beteiligung der Stadt Düsseldorf tätige Unternehmen den Zweck nicht besser und wirtschaftlicher erfüllen können. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß es sich bei dem Betrieb von Gebäudemanagement nicht um eine privilegierte Annextätigkeit zur Energieversorgung i.S.d. § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO handelt. Dies ergibt sich für den Bereich des Gebäudemanagements und entspechend für das Vorliegen eines öffentlichen Zweckes bereits aus den Protokollen des Landtags zur Diskussion etwa im Ausschuß für Verwaltungsstrukturreform, wonach nach der Novellierung von § 107 GO "Erweiterungen in den Geschäftsfeldern des Handwerks (...) z.B. Gebäudemanagement und Installation von Leitungen" nicht zulässig sein sollten (Landtags-Drucksache 12/3947, S. 94 f.). Ähnlich wird darauf verwiesen, daß "neue Geschäftsfelder wie zum Beispiel Gebäudernanagement ausgeschlossen" sind (Landtags-Drucksache 12/3947, S. 96). Im übrigen gibt es ausweislich der Aufsichtsratvorlage Drittanbieter, die nichts mit der Energieversorgung zu tun haben.

bb) Sittenwidrigkeit im Sinne von § 1 UWG

Wenn man somit in bezug auf die angegriffene Tätigkeit der Beklagten als solche einen Verstoß gegen gemeinderechtliche Vorgaben bejahen muß, heißt das noch nicht, daß die Gründung der Beklagten unter mittelbarer Beteiligung der Stadt Düsseldorf auch die guten Sitten im Wettbewerb verletzt hat. Denn dazu müßte der Tatheitrag der Stadt

adāquat kausal für die Gründung der Beklagten gewesen sein und müßte es bei der Vermittlung des Einflusses der Stadt zu einem Gesetzesverstoß gekommen sein, was aber nicht der Fall war.

Zunächst sind die Besonderheiten der Stimmabgabe in den Entscheidungsgremien der Stadtwerke Düsseldorf zu beachten. Konkret vorgetragen ist nur das Abstimmungsverhalten im Aufsichtsrat der Stadtwerke AG, in dem sechs der acht Vertreter der Stadt der Beteiligung zugestimmt haben; Vortrag zu städtischen Vertretern im Vorstand fehlt. Das Abstimmungsverhalten im Aufsichtsrat ist jedoch für die Gründung der Beklagten in dem Sinne nicht kausal, als ohnehin eine Mehrheit im zwanzigköpfigen Aufsichtsrat durch die 10 Arbeitnehmervertreter und Vertreter des die Minderheitsgesellschafters RWE bestand. Der Einfluß der Stadt auf die Stadtwerke AG war im Streitfall eben verhältnismäßig gering. Das gemeinderechtlich vorwerfbare Verhalten der Stadt Düsseldorf hatte folglich keine Auswirkungen auf das Geschehen. Auch wenn die städtischen Vertreter sämtlich - wie es § 108 Abs. 5 Satz 1 GO NW vorsieht - gegen die Vorlage gestimmt hätten, ware es zu einer mehrheitlichen Entscheidung im Aufsichtsrat der Stadtwerke AG für eine Gründung der Beklagten gekommen.

Schriftlich steht nicht einmal fest, dass § 108 Abs. 5 Satz 1 GO NW im Streitfall die Aufsichtsratsmitglieder wirksam verpflichtete, gegen die Beteiligung an der Beklagten zu stimmen. Denn Aufsichtsratsmitglieder sind auch dann, wenn sie als Vertreter der Kommune in den Gremien tätig sind, vorrangig dem Gesellschaftsrecht unterworfen (§ 108 Abs. 5 S. 4 GO. Die Aufsichtsratsmitglieder sind gesellschaftsrechtlich nur dem Wohl des Unternehmens verpflichtet und unterliegen keinen Weisungen Dritter (Rehn/Cronauge, § 108 IX 1; Lutter/Grunewald, WM 1984, 384, 395; Schmidt-Aßmann/Ulmer, BB 1988, Sonderbeilage 13, S. 15; Wolf, GewArch 1999, 177, 180). Diese Rechtsgrundsätze gelten auch für Aufsichtsräte, die öffentlich-rechtliche Aktionäre vertreten (BGHZ 36, 296, 306 f. = NJW 1962, 864; BGHZ 69, 334, 339 = NJW 1978, 104). Auch die städtischen Vertreter im Aufsichtsrat der Stadtwerke AG waren nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG i.V.m. §§ 83, 116 AktG dazu verpflichtet, ausschließlich im Interesse der Stadtwerke die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu erfüllen.

Sorgfaltspflichtverletzungen, etwa durch einseitige Priorisierung von Ratsentscheidungen zum Schaden der Gesellschaft, hätten zur Schadensersatzpflicht nach § 93 Abs. 2 AktG führen können. Die städtischen Vertreter bei den Stadtwerken Düsseldorf haben hinsichtlich der Entscheidung über die Gründung der Beklagten ihre Sorgfaltspflichten offensichtlich in gleichem Sinne interpretiert. Trotz des Ratsbeschlusses vom 18. Dezember 1997, der eine Zustimmung zur Gründung der Beklagten vorsah, stimmten zwei der städtischen Vertreter in der Aufsichtsratsitzung vom 30. Januar 1998 gegen die Gründung. Es wird damit deutlich, daß sich die städtischen Vertreter selbst nicht ausschließlich als Repräsentanten der städtischen Interessen sahen. Es ist nicht ersichtlich, daß die Gründung der Beklagten dem Wohl der Stadtwerke AG widersprach.

Sofern § 108 Abs. 5 S. 1 GO entgegen den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben eine Bindung der Gemeindevertreter an vorherige Entscheidungen des Gemeinderats vorsieht, ist dies bereits unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten fragwürdig, da der Landesgesetzgeber mit solchen gesellschaftswidrigen Vorgaben in Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 GG) eingreifen würde (so auch Rehn/Cronauge, § 108 IX 1; Cronauge, StGR 1994, 310, 314; Schmidt, ZGR 1996, 345, 350 f. und 353 f.; Schwintowski, NJW 1995, 1316, 1318). Es gilt insofem auch § 108 Abs. 5 S. 4 GO zu würdigen, der von einem Vorrang des Gesellschaftsrechts gegenüber gemeinderechtlichen Bestimmungen ausgeht. Ein solcher Vorrang ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten (Art. 31 GG).

Abzulehnen ist damit auch die Argumentation der ersten Instanz, wonach es für die Frage der Sittenwichtigkeit allein darauf ankomme, daß die Stadt Düsseldorf über die Stadtwerke zum Zeitpunkt der Gründung einen hinreichenden Einfluß auf die Gründung habe ausüben können. Die Stadt Düsseldorf hatte keinen die Unlauterkeit begründenden Einfluß auf die Entscheidungen der Stadtwerke Düsseldorf AG. Der Ratsbeschluß vom 18. Dezember 1997 ist zwar aus gemeinderechtlichen Gründen rechtswidrig. Dies hatte jedoch keine Auswirkungen auf die Gründung der Beklagten. Die Stadt Düsseldorf hatte rechtlich keine Möglichkeit, auf ihre Vertreter im Aufsichtsrat der Stadtwerke einzuwirken. Selbst wenn sie diese Einflußmöglichkeit gehabt und effektiv genutzt hätte, wäre es zur Gründung der Beklagten gekommen. Die Stadt hätte in dieser Situation allenfalls ihre Beteiligung

an den Stadtwerken aufgeben können, um den rechtlichen Bedenken Rechnung zu tragen (in diese Richtung denkt Schwintowski, NJW 1995, 1316, 1321 als "ultima ratio"). Ansonsten läßt sich eine Köllision zwischen Gemeindewirtschaftsrecht und Gesellschaftsrecht in Fällen der vorliegenden Art dadurch vermeiden, daß die Gemeinde auf einer engen Umschreibung des Unternehmensgegenstands im Gesellschaftsvertrag (Satzung) hinwirkt, die dem Gemeindewirtschaftsrecht Rechnung trägt, und als Gesellschafterin auf die Einhaltung der Vertragsklausel hinwirkt. Eine etwaige Nachlässigkeit der Stadt Düsseldorf in dieser Hinsicht - zu der es im übrigen keinen hinreichend substantiierten Vortrag gibt - bedeutet im Streitfall aber noch keinen Gesetzesverstoß, der die Beteiligung der Beklagten als sittenwirdig erscheinen ließe.

II. Vermittlung von Aufträgen

Auch aus dem notariellen Vertrag vom 11. August 2000 und der dazu gehörigen Kooperationsvereinbarung läßt sich entgegen dem Vorbringen der Kläger - vor allem in der Berufungsverhandlung selbst - kein Wettbewerbsverstoß der Beklagten ableiten. Anhaltspunkte dafür, daß sich die Beklagte mit der Unterzeichnung und Ausnutzung dieser Vereinbarungen sittenwidrig verhalten habe, finden sich nicht. Auch finden sich keine Hinweise, die eine Mitstörerhaftung der Beklagten für ein Fehlverhalten der Stadt Düsseldorf rechtfertigen. Von Verfassung wegen ist der öffentlichen Hand ein gewerbliches Auftreten nicht durchweg verboten; es ist auch nicht ohne weiteres sittenwidrig (BGH, NJW 1971, 237 – Ärztekammer, NJW 1974, 1333 – Schilderverkauf; NJW 1987, 60 – Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb u.s.). Die Gemeindeordnung hat von den denkbaren Kooperationen von Gemeinden mit privaten Gewerbetreibenden nur die Gemeinschaftsunternehmen geregelt, nicht auch die Zusammenarbeit auf der Grundlage schuldrechtlicher Austauschverträge. Ein Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen zum Gemeindewirtschaftsrecht läßt sich danach von vornherein nicht festsetellen.

Marktstörung beanstandet werden soll, bedarf es einer ins einzelne gehenden Vortrags zur Marktsituation. Es hätte verdeutlicht werden müssen, daß die Beklagte oder/und die Stadtwerke im Wettbewerb eine zu starke Stellung erhielten. Insbesondere haben die Kläger nicht konkret geltend gemacht, daß die Stadt Düsseldorf unter Ausnutzung ihrer besonderen Stellung als öffentlich-rechtlicher Körperschaft vermittelt über die Stadtwerke Düsseldorf AG der Beklagten ungewöhnlich günstige Konditionen angeboten habe. Hierzu fehlt es an ausreichendem Vortrag seitens der Kläger. Im übrigen wäre es selbst bei hinreichenden Angaben fraglich, ob dies ein gänzliches Verbot der fraglichen Tätigkeiten gerechtfertigt hätte.

III. Einseitige Erledigungserklärung

Die von den Klägern geltend gemachte, hilfsweise erklärte Erledigung greift nicht durch. Nach der Rechtsprechung des BGH ist die hilfsweise abgegebene Erledigungserklärung zwar im allgemeinen prozessual zulässig, aber jedenfalls unbegründet, da der Hilfsantrag das Gericht nicht von der Pflicht enthebt, vorrangig über den Hauptantrag zu entscheiden. Ist dieser in der Hauptsache ganz oder teilweise abzuweisen, kann grundsätzlich nicht im selben Urteil der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt erklärt werden. (BGH WRP 1998, 739; a.A.: OLG Schleswig NJW 1973, 1933; OLG Koblenz, GRUR 1988, 43, 46) Im übrigen ist zu beachten, daß die Hauptsache nicht erledigt ist. Denn dem Feststellungsantrag auf Erledigung kann nicht stattgegeben werden, wenn die Klage – wie im vorliegenden Fall unbegründet ist (siehe auch OLG Saarbrücken, NJW 1967, 2212).

IV. Nebenentscheidungen

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit richtet sich nach § 708 Nr. 10 ZPO, hinsichtlich der Abwendungsbefugnis der Kläger nach § 711 ZPO.

Die Festsetzung der Beschwer ergeht nach § 546 Abs. 2 S. 1 ZPO.

Die Festsetzung des Streitwertes erfolgt nach §§ 25 Abs. 2 GKG, 3 ZPO. Der Senat hat keine Veranlassung, von der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung (GA 303) für das Berufungsverfahren abzuweichen.

Berneke

Prof. Dr. Hoeren

Schüttpelz