

P256/07

Abschrift

**Oberlandesgericht Nürnberg**

Az.: 1 U 264/09  
3 O 9220/07 LG Nürnberg-Fürth



**IM NAMEN DES VOLKES**

**In dem Rechtsstreit**

erlässt das Oberlandesgericht Nürnberg - 1. Zivilsenat und Kartellsenat - durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Franke, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Quentin und den Richter am Oberlandesgericht Hiltzinger auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 21.07.2009 folgendes

## Endurteil

- I. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 10. Dezember 2008 wird zurückgewiesen.
- II. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann eine Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

### Gründe:

I.

Wegen des dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhalts wird auf den Tatbestand im Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 10.12.2008 (Seite 3 bis 8) Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (Bl. 47/68 d.A.) und zur Begründung im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten sei eröffnet, weil der Kläger die Art und Weise der Teilnahme der Beklagten am privatwirtschaftlichen Wettbewerb beanstandete.

Das europarechtliche Subventionsverbot (Art. 87 EGV) sei nicht tangiert, weil eine spürbare Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten der europäischen Union nicht ersichtlich sei. Es liege auch keine Beihilfe im Sinne der Vorschrift vor, sondern ein erlaubter Zuschuss zum Ausgleich der Kosten, die der Musikschule der

Beklagten durch die Wahrnehmung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben entstünden. Die Vorschrift begründe zudem keinen Unterlassungsanspruch. Auch sei kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art 82 EGV) gegeben, weil das beanstandete Verhalten der Beklagten örtlich beschränkt und damit nach den Leitlinien der Kommission zur Auslegung der Vorschrift nicht geeignet sei, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Die Voraussetzungen für die Ausnutzung überlegener Marktmacht (§ 20 Abs. 4 GWB) oder einer gezielten Behinderung eines Mitbewerbers (§ 4 Nr. 10 UWG) seien nicht erfüllt. Der öffentlichen Hand sei eine Teilnahme am öffentlichen Wettbewerb nicht ohne weiteres untersagt. Ohne das Hinzutreten einer missbräuchlichen oder unlauteren Verhaltensweise sei es ihr nicht verwehrt, auf Mittel des allgemeinen Steueraufkommens zurückzugreifen, vor allem wenn sie Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge wahrnehme.

Zu der Frage, ob die Beklagte im Verhältnis zum Kläger überlegene Marktmacht habe, trage der Kläger nicht ausreichend vor. Darauf komme es aber nicht an, weil eine unbillige Behinderung des Klägers nicht festgestellt werden könne. § 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB sei nur auf Handelsunternehmen anwendbar, die Leistungen anderer Marktteilnehmer vertreiben. Die Ausführungen des Klägers auch zu den unterschiedlichen Preisen beider Musikschulen reichten zudem nicht aus, um davon auszugehen, die Beklagte biete ihre Leistungen unter dem Einstandspreis an. Die Gemeinkosten hätten bei der Ermittlung des Einstandspreises außer Betracht zu bleiben. Ein unabhängig davon unbillig behinderndes Verhalten der Beklagten sei nicht festzustellen. Eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, an den die Beklagte auch beim Betrieb ihrer Musikschule gebunden sei, könne nicht festgestellt werden. Zu den Aufgaben der Beklagten gehöre es unter anderem, Volks- und Erwachsenenbildung zu betreiben und dabei auch soziale Belange angemessen zu berücksichtigen. Die von der Beklagten verlangten Gebühren entsprächen im wesentlichen denen des Klägers und berücksichtigten einen Abschlag nur zugunsten von Personen, bei denen eine Einzelfallprüfung eine Bedürftigkeit ergeben hätte. Die unmittelbare Förderung bedürftiger Personen sei kein vergleichbares Mittel.

Die Voraussetzungen von § 4 Nr. 10 UWG seien ebenfalls nicht erfüllt, weil die Preisunterbietung nicht per se, sondern nur bei Hinzutreten eines besonderen Unlauterkeitsmoments verboten sei. Die ermäßigten Tarife in der Gebührenordnung der Beklagten seien aber ausschließlich sozialstaatlich motiviert. Da die Beklagte nur in Ausnahmefällen Kredite aufnehmen dürfe (Art. 62 Abs. 3 BayGO), sei sie gehalten, Steuergelder in Anspruch zu nehmen.

Gegen das am 9.1.2008 an seine Prozessbevollmächtigten zugestellte Urteil hat der Kläger mit Schriftsatz vom 6.2.2009, bei Gericht eingegangen am gleichen Tag, Berufung eingelegt (Bl. 76/77 d.A.) und diese nach Fristverlängerung bis zum 9.4.2009 (Bl. 92 d.A.) mit Schriftsatz vom 8.4.2009, bei Gericht eingegangen am gleichen Tag, begründet (Bl. 94/104 d.A.).

Der Kläger verfolgt seine erstinstanzlichen Anträge weiter.

Das Landgericht habe § 20 Abs. 4 GWB zu Unrecht nicht angewendet. Es liege ein wettbewerbsrelevantes Verhalten der Beklagten vor. Inzwischen sei dem Kläger ein seit Jahren bestehender Kreditrahmen bei der Sparkasse [REDACTED] ohne Begründung gekündigt worden. Die erforderliche Prüfung der Mittel-/Zweckrelation führe zur Annahme einer unbilligen Behinderung. Zweifelhaft sei bereits die Geeignetheit der Tarifgestaltung, die verbilligten Unterrichtsangebote bedürftigen Bevölkerungsschichten zugute kommen zu lassen, weil 70 bis 80% der Schüler aus der Ober- und oberen Mittelschicht kämen. Auch die Wartelisten zeigten, dass sich das Verhalten der Beklagten nur bedingt eigne, um Musikunterricht für breite Schichten zu gewährleisten. Die Musikschule des Klägers fördere den gleichen öffentlichen Zweck, durch die Blockierung staatlicher Förderung für die Musikschule des Klägers behindere die Beklagte gerade ihren öffentlichen Auftrag. Eine effiziente Förderung bedürftiger Interessenten lasse sich außerdem durch eine wettbewerbskonforme Unterstützung einzelner Personen erreichen. Dem öffentlichen Ziel werde in gleicher Weise gedient, wenn die Beklagte auf den Betrieb einer eigenen Musikschule verzichte und stattdessen private Anbieter fördere.

Die Auffassung des Landgerichts, der Kläger habe nicht ausreichend zur Marktstärke der Beklagten vorgetragen, sei unzutreffend und verstoße jedenfalls gegen Art. 103

GG, weil das Landgericht insoweit nicht auf seine Rechtsauffassung hingewiesen habe.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei § 4 Nr. 10 UWG erfüllt. Ein Verdrängungswettbewerb sei nicht zulässig, wenn er durch mißbräuchlichen Einsatz öffentlicher Mittel geführt werde. Das Vorgehen der Beklagten könne nicht durch Gemeinwohlinteressen gerechtfertigt werden.

Die von der Beklagten zitierten Preise des Klägers bezögen sich auf das im September 2008 aufgelegte, von privaten Sponsoren geförderte Sonderprogramm „Musikstar“; dieses Angebot sei eine Reaktion auf die Preise der Musikschule der Beklagten und auf wenige Schüler beschränkt.

Der Kläger beantragt:

1. Das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth Az. 3 O 9220/07 vom 10.12.2008 wird aufgehoben.
2. Der Beklagten wird es untersagt, für den Betrieb der Städtischen Musikschule zusätzlich zu den dort erzielten Einnahmen allgemeine Haushaltsmittel aufzuwenden.
3. Hilfsweise wird beantragt zu erkennen:  
Der Beklagten wird es untersagt, die Leistungen der Städtischen Musikschule zu Preisen anzubieten, die zu niedrig sind, um die der Beklagten durch den Betrieb der Städtischen Musikschule entstehenden Kosten zu decken.
4. Hilfsweise wird beantragt zu erkennen:  
Es wird festgestellt, dass die Beklagte rechtswidrig handelt, wenn sie allgemeine Steuermittel dazu verwendet, Leistungen der Städtischen Musikschule zu Preisen anzubieten, die nicht ausreichen, um die Kosten des Betriebs der Städtischen Musikschule zu decken.
5. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.208,45 EUR zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Sie wiederholt und vertieft ihr Vorbringen erster Instanz.

Für seine Behauptung, die Beklagte unterbiete dauerhaft die Preise des Klägers um mehr als 40%, nenne der Kläger keine konkreten Anknüpfungstatsachen. Tatsächlich gebe es nur geringfügige Unterschiede; die Preise des Klägers seien in vielen Bereichen mit denen der Musikschule der Beklagten durchaus vergleichbar, was sich aus den vorgelegten Auszügen aus Gebührensatzungen der Beklagten und einem Ausdruck der Gebühren des Klägers vom 14.7.2009 ergebe. Dass der Kläger seine Gebühren als Reaktion auf die Gebühren der Beklagten gesenkt habe, treffe nicht zu.

Die Musikschule der Beklagten habe weder eine marktbeherrschende Stellung noch eine überlegene Marktmacht. Das Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung ergebe sich bereits daraus, dass die Musikschule des Landkreises 1.700 Schüler unterrichte und die Gebührensätze beider Parteien deutlich unterschreite.

Die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte sei auch nicht unverhältnismäßig. Es treffe nicht zu, dass 70 bis 80% der Schüler an der Musikschule der Beklagten aus der oberen Mittelschicht kämen. Die Musikschule biete ein wesentlich umfassenderes Angebot als die Einrichtung des Klägers; ihre Musikschule unterliege strengeren inhaltlichen Anforderungen als diejenige des Klägers, weil sie die verbindlichen Rahmenlehrpläne und den Strukturplan des Verbandes deutscher Musikschulen erfüllen müsse (Beweis [REDACTED] Satzung der Musikschule der Beklagten; Strukturplan des Verbandes deutscher Musikschulen). Die Lehrkräfte seien bei der Beklagten sozialversicherungspflichtig beschäftigt, beim Kläger freie Mitarbeiter. Die Musikschule der Beklagten veranstalte ganzjährig Konzerte und Aufführungen. § 5 Abs. 2 Musikschulverordnung untersage der Beklagten, alle Kosten der Musikschule auf die Nutzer umzulegen. Für das Anliegen des Klägers, öffentliche Fördermittel zu erhalten, seien die Verwaltungsgerichte zuständig. Auf die Gewährung kommunaler Mittel bestehe kein Anspruch; es handle sich um eine politische Entscheidung des Stadtrates.

Eine Beweisaufnahme durch den Senat hat nicht stattgefunden.

## II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist unbegründet. Dem Kläger steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch weder in der Form des Hauptantrags noch in der Form der Hilfsanträge zu.

1. Der ordentliche Rechtsweg ist eröffnet.

a) Fehlt eine gesetzliche Rechtswegzuweisung, so ist die Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird, für die Bestimmung des Rechtswegs maßgeblich (§ 40 VwGO) (BGH GemS NJW 1986, 2359; NJW 1988, 2295; Zöller/Lückemann, ZPO, 27. Aufl., § 13 GVG, Rn. 4; Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 13 GVG, Rn. 8). Dabei kommt es nicht auf die Bewertung durch die klagende oder antragstellende Partei, sondern darauf an, nach welchem - bürgerlichem oder öffentlichem - Recht sich das Begehren bei objektiver Würdigung der zu seiner Begründung vorgetragenen Tatsachen beurteilt (BGHZ 115, 275). Entscheidend ist der Tatsachenvortrag des Klägers, weil nur dieser den Streitgegenstand bestimmt (Thomas/Putzo, aaO, § 13 GVG, Rn. 8).

b) Der Kläger stützt die geltend gemachten Ansprüche darauf, dass die Beklagte gleichartige Leistungen wie er in seiner Musikschule zu Preisen unter den Gesteungskosten anbiete und damit einen Verdrängungswettbewerb zu seinen Lasten betreibe. Die Beklagte tritt dem Kläger nicht in einem Verhältnis der Über-/ Unterordnung gegenüber, sondern als Anbieter gleichartiger Leistungen auf dem Markt und damit als Mitbewerber. Für wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten ist wegen der im allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen der Beteiligten zueinander regelmäßig der ordentliche Rechtsweg gegeben; das gilt auch für die öffentliche Hand, wenn sie sich in Konkurrenz zu privaten Anbietern erwerbswirtschaftlich betätigt (BGH NJW 1993, 2680 - Abrechnungs-Software -; NJW 1988, 2295; NJW 1987, 60 - Bestattungswirtschaftsbetrieb I; GRUR 1974, 733 - Schilderverkauf).

Daran ändert es nichts, dass der Kläger nicht die Unterlassung des Betriebs der Musikschule oder eines Verhaltens gegenüber den Mitbewerbern, sondern das Unter-

lassen einer bestimmten Art der Finanzierung (unter Einsatz von allgemeinen Steuermitteln) oder eine bestimmte Preisgestaltung erstrebt. Nach seiner Auffassung sollen sich die Ansprüche darauf als Rechtsfolge aus wettbewerbsrechtlichen Vorschriften ergeben. Das ist grundsätzlich möglich, denn § 8 UWG und § 33 GWB begründen einen Anspruch auf Unterlassung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen; besteht eine solches Verhalten in einer bestimmten Finanzierung oder Preisgestaltung, kann deren Unterlassen gefordert werden (vgl. BGH NJW 1982, 2125; NJW 1987, 60; NJW-RR 2005, 1562; NJW-RR 1998, 1497).

2. Die teilweise Finanzierung der städtischen Musikschule der Beklagten und die darauf beruhende Preisgestaltung verstoßen nicht gegen das Verbot unbilliger Behinderung durch überlegene Marktmacht (§ 20 Abs. 4, § 33 GWB).

a) Das Gesetz gegen Wettberwerbsbeschränkungen (GWB) ist auf den Betrieb der Musikschule durch die Beklagte anwendbar.

Nach § 130 Abs. 1 S. 1 GWB finden die Bestimmungen des GWB auch Anwendung auf Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden. Die öffentliche Hand ist Unternehmen im Sinne des GWB, soweit sie sich als Anbieter oder Nachfrager von Leistungen am Wirtschaftsleben beteiligt. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass sie zu den von der Privatrechtsordnung bereitgestellten Mitteln greift und dadurch am Wirtschaftsleben teilnimmt (Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 130, Rn. 5). Auf die Organisationsform kommt es dabei nicht an; entscheidend ist, ob die öffentliche Hand eine Tätigkeit ausübt, die gleichartig auch von privaten Unternehmen ausgeübt wird oder jedenfalls ausgeübt werden könnte (Bechtold, aaO, § 130, Rn. 6). Eine Wettbewerbsabsicht setzt nicht das Bestreben voraus, Gewinn zu erzielen (BGH GRUR 1974, 733/734; NJW-RR 1993, 225; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1, Rn. 56). Es genügt die konkrete Zielsetzung, sich am Wettbewerb zu beteiligen, wobei das Bestreben, den eigenen Absatz zum Nachteil der privaten Mitbewerber zu fördern und hierdurch Einnahmen zu erzielen, jedenfalls nicht als völlig nebensächlich hinter anderen Beweggründen zurücktritt (BGH GRUR 1974, 733/734 – Schilderverkauf; NJW-RR 1993, 225 - EWG-Baumusterprüfung - ). Entscheidend ist die Eig-



nung, eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil eines anderen zu beeinflussen (BGH NJW 1993, 2680 - Abrechnungs-Software -).

Die Beklagte bietet Leistungen an, die auch Private anbieten und tritt in Konkurrenz zu ihnen auf; Interessenten können zwischen der Einrichtung der Beklagten und der Musikschule des Klägers wählen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Musikschule des Klägers die Voraussetzungen für eine anerkannte Musikschule erfüllt oder nicht. Entscheidend ist, dass beide Einrichtungen gleichartige Leistungen gegenüber einem gleichen Kreis von potentiellen Kunden anbieten. Der Umstand, dass die Beklagte im Rahmen des öffentlichen Bildungsauftrages tätig wird (§ 2 der Satzung für die Städtische Musikschule Bamberg, Anl. B 1), schließt dagegen eine Teilnahme am Wettbewerb nicht aus. Denn auch die Beklagte ist darauf angewiesen, die Kosten des Musikschulbetriebs zu decken und deshalb Einnahmen zu erzielen. In dem vom Kläger vorgelegten Schreiben des Bürgermeisters [REDACTED] vom 23.12.1997 (Anl. K 7) und in dem Redemanuskript des Bürgermeisters [REDACTED] vom 12.10.2007 (Anl. K 11) geht die Beklagte selbst von einer Konkurrenzsituation ihrer Musikschule zur Musikschule des Klägers und zu privaten Anbietern aus.

b) Das Verhalten der Beklagten stellt keine unbillige Behinderung des Klägers dar.

aa) Zugunsten des Klägers kann unterstellt werden, dass die Beklagte ihm gegenüber eine überlegene Marktmacht besitzt. Unabhängig von dem Umfang des erforderlichen Vortrags spricht dafür vor allem die Möglichkeit der Beklagten, Fehlbeträge mit Steuermitteln auszugleichen, so dass bei ihr die üblichen wirtschaftlichen Folgen von Verlusten nicht oder erst verzögert eintreten (vgl. BGH GRUR 1982, 425/430). Im Vergleich dazu könnte sich ein privates Unternehmen, bei dem die Einnahmen die Kosten nicht decken, regelmäßig nicht über längere Zeit auf dem Markt behaupten.

bb) Das gesetzliche Regelbeispiel für eine unbillige Behinderung des Wettbewerbs durch das Anbieten von Leistungen unter Einstandspreis (§ 20 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 GWB) ist nicht erfüllt.

Aus dem Wortlaut „Einstandspreis“ ist zu schließen, dass diese Bestimmung nur auf Handelsunternehmen anwendbar ist, die Waren oder andere Leistungen einkaufen.

und weiterverkaufen, nicht aber auf Unternehmen, die die von ihnen angebotenen Leistungen selbst erbringen (Bechtold, aaO, § 20, Rn. 79; Markert, in: Immenga/Mestmäcker, aaO, § 20, Rn. 296).

cc) Ein Verstoß gegen den Grundtatbestand des Verbots der unbilligen Wettbewerbsbehinderung durch Ausnutzung überlegener Marktmacht (§ 20 Abs. 4 S. 1 GWB) liegt ebenfalls nicht vor.

(1) Die Entscheidung der Beklagten, eine Musikschule zu betreiben, unterliegt nicht der Kontrolle durch die ordentlichen Gerichte. Hingegen ist die Art und Weise, wie sie sich am Wettbewerb beteiligt, auf ihre Übereinstimmung mit dem Wettbewerbsrecht zu überprüfen.

Eine Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb ist nicht allgemein unzulässig (BGH NJW-RR 2005, 1562; GRUR 1987, 116). Die Entscheidung einer Kommune, einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen und in Konkurrenz zu Mitbewerbern zu treten, und ihre Vereinbarkeit mit kommunalrechtlichen Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden unterliegen als solche grundsätzlich nicht der Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte (BGH NJW 2002, 2645; GRUR 1987, 116, 118; GRUR 1974, 733). Die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des GWB und des UWG schützen nicht gegen Wettbewerb an sich, sondern nur gegen wettbewerbswidriges Verhalten. Es ist nicht ihr Sinn, den Anspruchsberechtigten zu ermöglichen, Wettbewerber unter Berufung darauf, dass ein Gesetz ihren Marktzutritt verbiete, vom Markt fernzuhalten, wenn das betreffende Gesetz den Marktzutritt nur aus Gründen verhindern will, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs nicht berühren. Eine solche Schutzfunktion zugunsten des Wettbewerbs fehlt den kommunalrechtlichen Bestimmungen über die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden wie Art. 86 ff. BayGO (BGH NJW 2002, 2645). Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung kann sich daher nur auf die Art und Weise der Teilnahme am Wettbewerb beziehen (BGH NJW-RR 2005, 1562; GRUR 1987, 116, 118).

(2) Dass der Kläger durch den Betrieb der städtischen Musikschule der Beklagten und deren Angebot gleichartiger Leistungen in Konkurrenz zu seinem eigenen Ange-

bot behindert wird, kann unterstellt werden. Diese Behinderung ist aber nicht unbillig im Sinne von § 20 Abs. 4 S. 1 GWB, sondern sachlich gerechtfertigt.

(a) Eine Gemeinde ist grundsätzlich nicht gehindert, für ihre erwerbswirtschaftliche Tätigkeit Mittel einzusetzen, die ihr auf Grund ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung zur Verfügung stehen (BGH, GRUR 1987, 116). Aus dem Grundsatz, daß der öffentlichen Hand eine Teilnahme am Wettbewerb nicht ohne weiteres untersagt ist, ergibt sich, daß es ihr grundsätzlich auch nicht verwehrt werden kann, auf die ihr zur Verfügung stehenden Mittel, auch die finanziellen, im Rahmen der Gesetze und etwaiger weiterer sie bindender Rechtsvorschriften in dem erforderlichen Umfang und in angemessener Weise zurückzugreifen. Eine dadurch hervorgerufene wettbewerbsmäßige Benachteiligung von Mitbewerbern, die sich aus vergleichbaren Gründen auch im Konkurrenzverhältnis privater Unternehmen ergeben kann, folgt daraus, dass die Beteiligung der öffentlichen Hand am Wettbewerb grundsätzlich zulässig ist; sie muss wettbewerbsrechtlich grundsätzlich hingenommen werden. Unlauter wird die Verwendung öffentlicher Mittel im Wettbewerb daher regelmäßig erst durch das Hinzutreten weiterer Umstände, die den Einsatz dieser Mittel als rechts- oder zweckwidrig und damit als missbräuchlich erscheinen lassen (BGH GRUR 1987, 116. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die öffentliche Hand nur eingeschränkt auf Kredite zurückgreifen kann; die Finanzierung aus Steuermitteln hat grundsätzlich Vorrang (Art. 62 Abs. 2, Abs. 3 BayGO).

(b) Die Unlauterkeit einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit einer Gemeinde kann sich aus der Eigenschaft als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft und der damit verbundenen besonderen Stellung gegenüber den anderen Marktteilnehmern dann ergeben, wenn die amtliche Autorität oder das Vertrauen in die Objektivität und Neutralität der Amtsführung missbraucht werden oder wenn aus der Verbindung hoheitlicher und privatwirtschaftlicher Interessen ein unzulässiger Vorsprung vor Mitbewerbern erlangt oder erstrebt wird (BGH NJW-RR 2005, 1562; GRUR 1987, 116, 118). Die öffentliche Hand, die sich privatwirtschaftlich betätigt, darf sich nicht dadurch einen unsachlichen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen, dass sie ihre hoheitlichen Befugnisse zur Durchsetzung ihrer privatwirtschaftlichen Interessen und zur Förderung ihres Wettbewerbs einsetzt oder die privaten Mitbewerber mit Mitteln verdrängt, die diesen nicht zugänglich sind, ihr aber aufgrund der öffentlich-rechtlichen

Sonderstellung zur Verfügung stehen, etwa indem sie eine öffentlich-rechtliche Monopolstellung ausnutzt (BGH NJW 2003, 752; NJW-RR 1998, 1497 -Umweltbonus-).

Hier ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte beim Betrieb der Musikschule ihre amtliche Autorität oder gemeindliche Befugnisse einsetzt, um die Stellung ihrer Musikschule im Wettbewerb zu fördern.

(c) Die Gemeinde darf mit ihrer privatwirtschaftlichen Betätigung ferner nicht Bestand oder Grundlagen des Leistungswettbewerbs gefährden, oder private Wettbewerber durch Preisunterbietungen vom Markt verdrängen (BGH GRUR 1987, 116). Im Rahmen der Beurteilung, ob eine unbillige Behinderung im Sinne von § 20 Abs. 4 S. 1 UWG vorliegt, kann auch der § 20 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 GWB zugrunde liegende Rechtsgedanke als Regelbeispiel einer unbilligen Behinderung (Markert, aaO, § 20, Rn. 295) berücksichtigt werden. Denn § 20 Abs. 4 GWB will in erster Linie den systematischen und gezielten Einsatz aggressiver Preis- und Rabattpraktiken gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen treffen (Bechtold, aaO, § 20, Rn. 77); dieser Zweck beschränkt sich nicht auf Handelsunternehmen, sondern erstreckt sich auf alle am Wettbewerb Teilnehmenden, also auch auf Kommunen.

Der öffentlichen Hand ist es jedoch unbenommen, auch ohne zwingende Gründe der Daseinsvorsorge ihr Verwaltungshandeln nach wirtschaftlich vernünftigen Erwägungen zu gestalten. Sie darf dabei allerdings die sachlich berechtigten Interessen privater Wettbewerber nicht außer acht lassen. Der öffentlichen Hand ist es verwehrt, über das sachlich Gebotene und verfassungsrechtlich Zulässige hinaus, in den Bereich der privaten beruflichen Betätigung Dritter zu deren Nachteil einzugreifen (BGH NJW 1993, 2618 – Abrechnungssoftware). Die öffentliche Hand wird im Rahmen ihrer wettbewerblichen Betätigung das jeweils schonendste Mittel zu wählen haben, das einerseits den zu wahrenden öffentlichen Interessen genügt, andererseits aber auch die Belange des privaten Gewerbes so wenig wie möglich beeinträchtigt (BGH GRUR 1974, 733; Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 4 Rn. 13.35). Je überragender die Marktstellung, je geringer der Restwettbewerb und je höher die Marktzutrittschancen sind, desto genauer kann das Verhalten des betreffenden Unternehmens daraufhin zu überprüfen sein, ob es seiner marktbedingt gesteigerten Verantwortung genügt (BGH NJW-RR 1998, 1497 – Umweltbonus). Die

Frage ist aufgrund einer Interessenabwägung zu beantworten, die sich an der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB orientiert (Bechtold, aaO, § 20, Rn. 83).

Die Beklagte kann sich darauf berufen, im Rahmen des öffentlichen Bildungsauftrags zu handeln, der sich allgemein aus Art. 128, 133, 139 und 140 der Bayerischen Verfassung (BV) und speziell für die Gemeinden aus Art. 83 Abs. 1 BV ergibt. In § 2 der Satzung der Städtischen Musikschule [REDACTED] wird die Musikschule als Bestandteil des allgemeinen musikalischen Bildungswesens bezeichnet; als Angebotsschule führe sie Kinder, Jugendliche und Erwachsene zum Singen und Musizieren und leiste einen Beitrag zur sozialen Erziehung. Nach Art. 128 Abs. 1 BV hat jeder Bewohner [REDACTED] Anspruch darauf, eine seinen erkennbaren Fähigkeiten und seiner inneren Berufung entsprechende Ausbildung zu erhalten. Nach Art. 139 BV ist die Erwachsenenbildung ausdrücklich auch durch mit öffentlichen Mitteln unterstützte Einrichtungen zu fördern; nach Art. 140 Abs. 1 und 2 BV haben Staat und Gemeinden Mittel zur Förderung von Kunst und Wissenschaft bereitzustellen. Art. 83 Abs. 1 BV weist den Gemeinden die örtliche Kulturpflege und die Erwachsenenbildung zu. Eine Möglichkeit, diesen Auftrag zu erfüllen, besteht in der Schaffung und Unterhaltung eigener Bildungseinrichtungen. Ein Subsidiaritätsgrundsatz, wonach der Staat oder eine Gemeinde nur tätig werden dürften, wenn nicht ein Privater die Aufgabe erfüllen kann, ist weder in der Bayerischen Verfassung noch auf der Ebene des einfachen Gesetzes im Bayerischen Erziehungs- und Unterrichtsgesetz (EUG) vorgesehen.

Die Wahrnehmung des öffentlichen Bildungsauftrags rechtfertigt es, dass die städtische Musikschule der Beklagten keine kostendeckenden Gebühren erhebt. Nach dem unbestrittenen Vortrag des Klägers und den von ihm vorgelegten Auszug aus dem Haushaltsplan der Beklagten (Anl. K 17) liegt der Kostendeckungsgrad bei der Musikschule der Beklagten bei nur ca. 50%; die Schule finanziert sich zu 48% aus Beiträgen der Schüler, zu 9% aus staatlichen Fördermitteln und im übrigen aus allgemeinen Haushaltsmitteln. Der aufgrund Art. 97 Abs. 2 S. 2 aF EUG (jetzt Art. 128 Abs. 2 S. 2 EUG) ergangene § 5 Abs. 2 S. 2 der Verordnung über die Führung der Bezeichnung Singschule und Musikschule vom 17.8.1984 (GVBl. 1984, 290) (Sing- und MusikschuVO) bestimmt, dass bei der Erhebung der Unterrichtsentgelte soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Die öffentliche Bildungsaufgabe beschränkt

sich nicht darauf, auch einkommensschwachen Bürgern den Zugang zu musikalischer Ausbildung zu ermöglichen, sondern schließt auch ein, einen möglichst großen Personenkreis anzusprechen und durch „niedrigschwellige“ - also einfach zu erreichende und günstige - Angebote zur Teilnahme zu motivieren; dazu kann auch die Organisation von Konzerten und sonstigen Aufführungen beitragen. Dabei kann die Beklagte gerade auch berücksichtigen, dass das Preisniveau eine erhebliche Rolle bei der Entscheidung über die Nutzung kultureller Angebote spielt. Es ist nicht für sich allein unlauter im Sinne von § 1 UWG, wenn die öffentliche Hand auf Grund des Sozialstaatsprinzips bestimmten Bevölkerungsgruppen verbilligte Leistungen anbietet, um zur Verbesserung der Versorgung und zur Kostendämpfung beizutragen (Köhler, aaO, § 4 Rn. 13.32). Eine daran orientierte Tarifgestaltung wird in aller Regel die Erhebung kostendeckender Entgelte unmöglich machen.

Es ist auch zu berücksichtigen, dass die Musikschule der Beklagten länger - nämlich seit 1949 - besteht als die des Klägers, die 1983 gegründet wurde. Es liegt also keine Situation vor, in der die Beklagte in einen bereits bestehenden Markt eindringen würde. Der Kläger kann in einer solchen Situation nach dem oben Gesagten nicht erwarten, dass die Beklagte ihre Preise deutlich erhöht und Ermäßigungen nur noch an einkommensschwache Schüler gewähren würde, sobald ein privater Anbieter von Musikschulleistungen auftritt.

Die Beklagte ist dazu auch nicht deshalb verpflichtet, weil die gezielte Gewährung finanzieller Unterstützung nur an bedürftige Musikschüler ein weniger weitgehender Eingriff in den Markt wäre. Zwar wäre eine solche Unterstützung grundsätzlich ebenfalls geeignet, die von der Beklagten angestrebten Ziele zu fördern. Diese Maßnahme würde zugleich weniger stark in die Wettbewerbspositionen von Mitbewerbern eingreifen, weil auch bedürftige Schüler ihre Musikschulen besuchen könnten, die sonst für sie zu teuer wären. Der Nachteil dieses Verfahrens besteht jedoch in bürokratischem Aufwand und darin, dass private Musikschulen sich veranlasst sehen könnten, bei der Preisgestaltung weniger Rücksicht auf die Bezahlbarkeit ihrer Entgelte auch für wirtschaftlich weniger leistungsfähige Schüler zu nehmen und dann entweder das Budget für die Förderung ständig aufgestockt werden müsste oder die Förderung ihr Ziel nicht erreichte. Letztlich könnte es der Allgemeinheit obliegen, die von den privaten Musikschulen frei festgelegten Kursgebühren für bedürftige Schüler

zu finanzieren. Der Gesichtspunkt der Erforderlichkeit beschränkt sich aber nicht darauf, dass weniger stark in beeinträchtigte Rechtspositionen eingegriffen wird; das mildere Mittel muss auch gleich wirksam zur Erreichung des angestrebten Zwecks sein (Jarass, GG, 9. Aufl., Art. 20, Rn. 85; BVerfGE 113, 167). Die sachliche Gleichwertigkeit zur Zweckerreichung muß vielmehr bei dem als Alternative vorgeschlagenen geringeren Eingriff in jeder Hinsicht eindeutig feststehen (BVerfGE 81, 70). Mildere Mittel sind nicht solche, die eine Kostenlast lediglich verschieben (BVerfGE 109, 64). Im vorliegenden Fall ist zugunsten der Beklagten außerdem zu berücksichtigen, dass sie bereits eine Musikschule betrieb und daher das Konzept einer Schulförderung näher lag als die Umstellung auf kostendeckende Gebühren mit Ermäßigungen für bedürftige Schüler; im letzteren Fall wäre damit zu rechnen, dass Personen, die nicht die Voraussetzungen für eine Gebührenermäßigung erfüllen, auf die Aufnahme oder Fortsetzung einer musikalischen Ausbildung verzichten und damit der Effekt, einen möglichst breiten Personenkreis anzusprechen, nicht erreicht würde. Die Beklagte hat damit den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten.

Eine unbillige Behinderung des Klägers ergibt sich auch nicht daraus, dass der Kläger weder kommunale noch staatliche Förderung erhält. Der Wegfall der staatlichen Förderung ist nicht auf eine Maßnahme der Beklagten, sondern auf die Änderung der Förderrichtlinien [REDACTED] im Jahr 1999 zurückzuführen. Eine kommunale Förderung hat der Kläger seit Gründung seiner Musikschule unstreitig nicht erhalten. Die Beklagte war auch nicht gezwungen, ihm eine solche Förderung zu gewähren, um damit die Voraussetzungen für eine ergänzende staatliche Fördermittelzuweisung zu schaffen. In die Entscheidung über die Auswahl der zu fördernden Einrichtungen im Bereich der freiwilligen Leistungen geht eine Vielzahl von Gesichtspunkten ein, die gegeneinander abzuwägen sind. Es handelt sich um eine Ermessensentscheidung, die nur auf Willkür überprüft werden kann. Unstreitig ist, dass an der Musikschule der Beklagten Wartelisten bestehen. Allen Interessenten einen Besuch der Musikschule zu günstigen Bedingungen zu ermöglichen, ist aber nur ein Gesichtspunkt, der im Rahmen der Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Fördermittel zu berücksichtigen ist. Im Rahmen der Entscheidung über die Mittelverwendung kann eine Gemeinde auch das Ziel verfolgen, ein möglichst plurales kulturelles Angebot zu fördern, und nicht nur ein breites Angebot in einigen Sparten. Der Um-

stand, dass trotz des Hinweises der Beklagten auf knappe Mittel bei der Ablehnung einer Förderung gegenüber dem Kläger ein Theaterverein Fördermittel erhielt, ist deshalb kein ausreichender Anhaltspunkt für einen Ermessensfehlergebrauch der Beklagten.

Für die vom Kläger gesehene und von der Beklagten bestrittene Verdrängungsabsicht gibt es keine ausreichenden Indizien. Es kann dahinstehen, ob eine Unterschreitung des angemessenen Marktpreises für Musikschulleistungen durch die Beklagte überhaupt vorliegt, und ob die von der Beklagten zitierten Preise des Klägers aus dem Programm „Musikstar“ - die im Bereich der von der Musikschule der Beklagten verlangten Preise liegen - allen Schülern der klägerischen Musikschule offenstehen. Wie dargelegt, besteht für die öffentliche Hand keine Verpflichtung, bei bestehender oder möglicher privater Konkurrenz stets kostendeckende Preise zu erheben, wenn sie im Rahmen eines gesetzlichen oder verfassungsrechtlichen Auftrags handelt. Dass es sich bei dem Programm „Musikstar“ nach dem Vortrag des Klägers um eine Reaktion auf die Preisunterbietungen durch die Musikschule der Beklagten gehandelt habe und das Programm von Sponsoren gefördert werde, zeigt nicht auf, dass diese Preise nicht kostendeckend wären. Selbst wenn man eine Unterschreitung unterstellt, belegt der Vortrag des Klägers jedenfalls nicht, dass die Beklagte dabei in der Absicht handelt, den Kläger vom Markt zu verdrängen. Die Musikschule der Beklagten besteht länger als die des Klägers. Unstreitig erhielt der Kläger seit Gründung seiner Musikschule im Jahr 1983 keine kommunalen Fördermittel mit der Folge, dass er bis 1998 nur deshalb in den Genuss staatlicher Förderung kam, weil ihm private Spenden zuflossen, und seit 1999 nach einer Änderung der staatlichen Förderrichtlinien keine Zuschüsse [REDACTED] mehr erhält.

Dass die Verweigerung gemeindlicher Fördermittel auf der Überlegung beruht, zielgerichtet private Konkurrenz für die eigene Musikschule der Beklagten zu schwächen, wird nicht durch konkrete Umstände gestützt. Einen Zusammenhang zwischen der Kündigung eines Kreditrahmens des Klägers durch die Sparkasse [REDACTED] und dem Betrieb der Musikschule legt der Kläger nicht dar. Weder aus einzelnen Gesichtspunkten noch aus der Gesamtschau vermag der Senat die Überzeugung zu gewinnen, die Beklagte betreibe gezielt eine die Tarife des Klägers unterbietende Preisgestaltung, um seine Musikschule vom Markt zu drängen.



3. Ein Unterlassungsanspruch des Klägers ergibt sich auch nicht aus dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (§§ 3, 4 Nr. 10, § 8 UWG).

a) Das Verhalten der Beklagten stellt eine Wettbewerbshandlung im Sinne der §§ 3, 4 UWG dar. Ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs liegt nach ständiger höchst-richterlicher Rechtsprechung vor, wenn das Verhalten geeignet ist, den eigenen oder den fremden Wettbewerb zum Nachteil eines anderen zu begünstigen, wenn der Handelnde dabei in subjektiver Hinsicht mit entsprechender Absicht tätig geworden ist und diese Absicht nicht völlig hinter anderen Beweggründen zurücktritt (vgl. BGH NJW-RR 1993, 325). Entscheidend ist, ob das von einer Wettbewerbsabsicht getragene Verhalten geeignet ist, den eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil eines anderen zu beeinflussen. Es ist zwar davon auszugehen, daß bei einem hoheitlichen Handeln mit privatrechtlichen Auswirkungen auf Mitbewerber nicht ohne weiteres vom Bestehen einer Wettbewerbsabsicht ausgegangen werden kann. Eine Wettbewerbsabsicht ist aber auch bei einem Tätigwerden der öffentlichen Hand dann anzunehmen, wenn die konkrete Zielsetzung ihres Handelns in einer Beteiligung am Wettbewerb besteht, ohne daß es auf eine Gewinnerzielungsabsicht ankäme (BGH NJW 1993, 2680 – Abrechnungs-Software) und bei der diese Zielsetzung nicht gegenüber anderen so weit zurücktritt, dass sie als nebensächlich erscheint (BGH NJW 1993, 2680; GRUR 1974, 733).

Die Voraussetzungen für ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs sind erfüllt; es kann auf die Ausführungen unter 2. a) verwiesen werden.

b) Eine Beeinträchtigung der Interessen des Klägers (§ 3 Abs. 1 UWG) oder eine Behinderung (§ 4 Nr. 10 UWG) liegen vor. Unter Behinderung ist die Beeinträchtigung der wettbewerbslichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Mitbewerbers zu verstehen; es genügt die Eignung der Handlung zur Behinderung (Köhler, aaO, § 4 Rn. 10.6).

c) Diese Behinderung ist jedoch nicht unlauter. Die Preisgestaltungsfreiheit schließt die Freiheit ein, den Marktpreis oder den Preis einzelner Mitbewerber zu unterbieten; die Preisunterbietung ist das wichtigste Instrument des Wettbewerbs. Sie stellt daher

für sich genommen keine unlautere Mitbewerberbehinderung dar, sondern ist wesentliches Element des freien Wettbewerbs (Köhler, aaO, § 4, Rn. 10.185).

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kommt es für die Frage, ob eine objektiv vorliegende Behinderung unbillig ist, darauf an, ob - unter missbräuchlicher Ausnutzung der Wettbewerbsfreiheit - die Handlungsfreiheit des betroffenen Wettbewerbers unangemessen eingeschränkt und dadurch eigene Interessen in rechtlich zu missbilligender Weise auf Kosten des betroffenen Unternehmens verwirklicht werden sollen (BGH GRUR 1986, 397/399). Es ist mit den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs nicht zu vereinbaren, dass ein Unternehmen aufgrund seiner starken Marktstellung und/oder hohen Kapitalkraft - nicht nur kurzfristig und aus besonderem Anlass - kostenunterschreitende Preise anbietet, um unter Missachtung kaufmännischer Kalkulationsgrundsätze Mitbewerber vom Markt zu verdrängen (BGH GRUR 1990, 685/686; GRUR 1986, 397/399).

Soweit die öffentliche Hand bei ihrem Wettbewerbshandeln zugleich ihr von Gesetzes wegen obliegende Aufgaben wahrnimmt, kann das Unwerturteil wettbewerbswidrigen Verhaltens nicht allein damit begründet werden, dass sich das Verwaltungshandeln auf den Wettbewerb auswirkt (BGH NJW 1993, 2680). Eine Preisunterbietung durch Unternehmen der öffentlichen Hand im Rahmen der Teilnahme am Wettbewerb ist nicht schon deshalb unlauter, weil die öffentliche Hand im Rahmen der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auf öffentliche Sach-, Personal- und Finanzmittel zurückgreifen kann (BGH GRUR 1987, 116, 118; BGH NJW-RR 1998, 1497) oder ihre Kostenstruktur günstiger als die der Mitbewerber ist. Nicht für sich allein unlauter ist es auch, wenn die öffentliche Hand auf Grund des Sozialstaatsprinzips bestimmten Bevölkerungsgruppen verbilligte Leistungen anbietet, um zur Verbesserung der Versorgung und zur Kostendämpfung beizutragen (Köhler, aaO, § 4 Rn. 13.32). Auch hier gilt, dass die sachlich berechtigten Interessen privater Wettbewerber nicht außer acht gelassen werden dürfen, weil es der öffentlichen Hand verwehrt ist, über das sachlich Gebotene und verfassungsrechtlich Zulässige hinaus in den Bereich der privaten beruflichen Betätigung Dritter zu deren Nachteil einzugreifen. Eine Wettbewerbshandlung der öffentlichen Hand kann sonach gemäß § 3 UWG zu beanstanden sein, wenn sie zu einer Gefährdung des Wettbewerbsbestandes führt und über das Maß sachlich gebotenen Verwaltungshandelns hinausgeht (BGH NJW 1993, 2680).

Da die Kriterien für die Beurteilung damit die gleichen sind wie bei der Frage, ob eine unbillige Behinderung im Sinne von § 20 Abs. 4 GWB vorliegt, ist aus den zu § 20 Abs. 4 GWB dargelegten Überlegungen heraus auch ein Verstoß gegen §§ 3, 4 UWG zu verneinen.

4. Schließlich ist auch ein Verstoß gegen europarechtliche Vorschriften nicht gegeben.

a) Ein etwaiger Verstoß der Beklagten gegen Art. 87 EGV (Beihilfenverbot) ist im vorliegenden Verfahren unerheblich, weil Art. 87 EGV keine subjektiven Rechte der Klägerin begründet.

Es kann dahinstehen, ob die Übernahme von Verlusten ihrer Musikschule durch die Beklagte eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 EGV darstellt. Denn ein Verstoß gegen Art. 87 EGV begründet keinen Anspruch nach § 33 GWB, § 8 UWG; in beiden Vorschriften ist Art. 87 EGV nicht aufgeführt. Das Beihilfeverbot wird im Verfahren nach Art. 88 EGV von der Kommission überwacht und durchgesetzt; Art. 87 EGV hat keine drittschützende, individuelle Ansprüche von Mitwettbewerbern begründende Wirkung (OLG München GRUR 2004, 169).

Ein Konkurrent kann vor Gericht nicht die Rückzahlung einer unter Verstoß gegen Art. 87 EGV gewährten Beihilfe verlangen (EuGH NJW 1977, 1005; v. Wallenberg, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der europäischen Union, Stand: November 2008, Art. 88, Rn. 123). Dieses Recht hat er nur dann, wenn die Bestimmungen des Artikels 87 EGV durch die in Artikel Art. 89 EGV vorgesehenen allgemeinen Vorschriften oder durch Einzelfallentscheidungen nach Artikel Art. 88 Abs. 2 EGV konkretisiert worden sind; einzelstaatliche Gerichte sind ohne diese Voraussetzungen nicht zur Entscheidung über eine Klage befugt, mit der die Feststellung begehrt wird, daß eine bestehende Beihilfe, die nicht Gegenstand einer den betreffenden Mitgliedstaat zur Aufhebung oder Umgestaltung verpflichtenden Entscheidung der Kommission gewesen ist, oder eine neu eingeführte Beihilfe mit dem EU-Vertrag unvereinbar ist (EuGH NJW 1977, 1005).

b) Auch Art. 82 EGV ist nicht einschlägig, weil - selbst wenn man eine marktbeherrschende Stellung der Beklagten unterstellt - diese nicht einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes betreffen würde.

Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung, die den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verbietet, sind eine beherrschende Stellung des in Anspruch Genommenen auf dem gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben und die Eignung des Verhaltens, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Art. 82 EGV gilt auch für öffentliche Unternehmen (Art. 86 Abs. 1 EGV). Öffentliche Unternehmen sind solche, auf die die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss ausüben kann (Geiger, EUV/EGV, 4. Aufl., Art. 86, Rn. 4); auf die Musikschule der Beklagten als städtischer Eigenbetrieb trifft das zu (vgl. EuGH v. 27.10.1993 C 69/91)

Ob die Beklagte eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt für Musikschulen hat, kann dahinstehen. Jedenfalls würde eine solche Stellung keinen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes betreffen. Wesentliche Teile des Gemeinsamen Marktes sind die größeren Mitgliedstaaten oder bedeutende Teile derselben (Emmerich, Kartellrecht, 11. Aufl., § 9 Rn. 18; vgl. EuGH v. 25.10.2001 C-475/99 Ambulanz Glöckner: das Gebiet des Landes Rheinland-Pfalz). Der Europäische Gerichtshof hat dies im Einzelfall außerdem für Flug- oder Seehäfen bejaht, denen eine Monopolstellung für bestimmte Leistungen zukommt (EuGH v. 10.12.1991 Rs. 179/90 - Porto di Genova - und 17.5.1994 Rs. C-18/93 - Corsica Ferries - ; EuGH v. 18.6.1998 C-266/96 - Corsica Ferries France). Im vorliegenden Fall wirkt sich das beanstandete Verhalten der Beklagten auf den lokalen oder allenfalls engeren regionalen Markt für Musikschulen [REDACTED] aus und damit auf keinen bedeutenden Teil eines Mitgliedstaates. Eine Vergleichbarkeit mit den von Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fällen ist offensichtlich nicht gegeben. Ebenfalls nicht ersichtlich ist, dass sich das Verhalten der Beklagten auf Ansiedlungsversuche von Anbietern von Musikschulleistungen aus anderen Mitgliedstaaten ausgewirkt hätte. Auch im Hinblick darauf, dass das Merkmal der Abgrenzung der Anwendungsgebiete zwischen europäischem und nationalem Recht dient (Rehbinder; in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, 4. Aufl., Art. 81, Rn. 262), erscheint nationa-

les Wettbewerbsrecht als ausreichend, um einem missbräuchlichen Marktverhalten der Beklagten zu begegnen.

## III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

## IV.

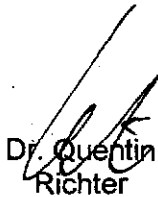
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

## V.

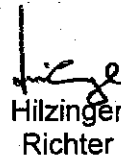
Die Revision war nicht zuzulassen. Der Senat weicht weder von vorhandener Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes oder anderer Oberlandesgerichte ab noch sind im vorliegenden Fall Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung zu klären, zu denen noch keine Rechtsprechung vorliegt. Die Anwendung der zur Beurteilung vergleichbarer Sachverhalte entwickelten Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Fall betrifft nur den Einzelfall.



Dr. Franke  
Präsident  
des Oberlandesgerichts



Dr. Quentin  
Richter  
am Oberlandesgericht



Hilzinger  
Richter  
am Oberlandesgericht

Verkündet am 29.09.2009

Herzing  
Justizhauptsakretärin  
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

