

Nr. 237

Kaufmannseigenschaft eines kommunalen Zweckverbandes

OLG Brandenburg, Beschluss vom 30.01.2020 - Az.: 7 W 51/17

Leitsätze:

[...]

2. Ein Zweckverband betreibt einen Gewerbebetrieb jedenfalls dann nicht, wenn er seine Leistungen nicht in privatrechtlichen Verträgen vereinbart, sondern sich ausschließlich hoheitlicher, öffentlich-rechtlich bestimmter Handlungsformen bedient.

Aus den Gründen:

Der Beschwerdeführer, ein Zweckverband, wendet sich im Zwangsgeldverfahren gegen die seinem Verbandsvorsteher auferlegte Verpflichtung, ihn zum Handelsregister anzumelden. Der Beschwerdeführer ist ein von mehreren Gemeinden gebildeter Zweckverband zur Zusammenarbeit bei der Wasserversorgung sowie der Schmutzwasserableitung und -behandlung.

Das Amtsgericht hat den Verbandsvorsteher des Beschwerdeführers aufgefordert, den von ihm vertretenen Beschwerdeführer zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. ... Das Amtsgericht hat ausgeführt, der Beschwerdeführer betreibe ein Handelsgewerbe. Gewinnerzielungsabsicht sei dafür nicht erforderlich. Auch auf einen Anschluss- und Benutzungszwang bei der Erfüllung der dem Beschwerdeführer obliegenden Aufgaben komme es nicht an. Entscheidend sei, dass die Wasserversorgung auch durch private Unternehmen erfolgen könne. Ob tatsächlich Konkurrenzunternehmen bestünden, sei unbeachtlich. Der Verbandsvorsteher hat Einspruch erhoben. Er hat gemeint, der Beschwerdeführer sei kein Gewerbebetrieb, weil er Gewinne nicht anstreben dürfe und weil er wegen des seinen Leistungsempfängern auferlegten Anschluss- und Benutzungszwanges nicht im Wettbewerb mit privaten Unternehmen stehe. Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Amtsgericht den Einspruch verworfen und von einer Festsetzung des Zwangsgeldes bis zur Entscheidung im Rechtsmittelverfahren abgesehen. Der Beschwerdeführer betreibe ein Handelsgewerbe, indem er eine öffentliche Aufgabe gegen Entgelt und, soweit es die Wasserversorgung betreffe, auch nicht rein hoheitlich erledige.

Mit seiner Beschwerde legt der Beschwerdeführer erneut und eingehend dar, er sei Monopolist ohne Gewinnerzielungsabsicht, und seine gesamte Tätigkeit sei hoheitlich ausgestaltet. Von der Möglichkeit, die Trinkwasserversorgung privatrechtlich auszugestalten, habe er keinen Gebrauch gemacht.

[...]

Die Beschwerde und der Einspruch gegen die Zwangsgeldandrohung sind begründet.

Der Verbandsvorsteher ist nicht verpflichtet, den von ihm vertretenen Beschwerdeführer zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§§ 29, 33 I HGB), weil der Beschwerdeführer nicht Kaufmann ist.

1. Er ist einerseits nicht Formkaufmann, weil er als Zweckverband nicht zu den Handelsgesellschaften zählt (§ 6 HGB). Andererseits ist er als Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 10 II 1 GKGBbg) seit der Aufhebung des § 36 a. F. HGB nicht mehr generell von der Handelsregisterpflicht ausgenommen. Seine Registerpflicht richtet sich nach den allgemeinen Regeln, ist also anhand der Frage zu beurteilen, ob der Beschwerdeführer ein Handelsgewerbe, also einen kaufmännisch einzurichten-

den Gewerbebetrieb (§ 1 II HGB), betreibt (vgl. MüKo-HGB-Krafka, 4. Aufl. 2016, § 33 Rdnr. 1; Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl. 2018, § 33 Rdnr. 1).

2. Das von dem Beschwerdeführer betriebene Unternehmen ist in keiner Hinsicht als Gewerbebetrieb zu beurteilen - weder in der Sparte der Wasserversorgung noch der Schmutzwasserbeseitigung.

a) Dafür kommt es nicht darauf an, die Gewinnerzielungsabsicht des Beschwerdeführers zu prüfen. Dieses Merkmal ist lange für entscheidend gehalten worden, um eine karitative oder sonstwie selbstlose Marktteilnahme von derjenigen eines Kaufmannes abzugrenzen. Inzwischen wird es allgemein für untauglich gehalten und durch die Anforderung ersetzt, die Absicht müsse sich darauf richten, laufende Einnahmen zu erzielen, also ein als Vergütung für die am Markt angebotenen Waren oder Leistungen ernstgemeintes Entgelt (MüKo-HGB-K. Schmidt, § 1 Rdnr. 31; Koller/Kindler/Roth/Drüen, HGB, 9. Aufl. 2019, § 1 Rdnr. 10; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Kindler, HGB, 4. Aufl. 2020, § 1 Rdnr. 27).

b) Auch auf eine etwaige Monopolstellung des Beschwerdeführers braucht nicht näher eingegangen zu werden. Ob eine rechtlich gesicherte Stellung als Monopolist der Kaufmannseigenschaft entgegensteht, wird - anders als die Ersetzung der Gewinnerzielungsabsicht durch die Entgeltlichkeit - noch als umstritten gelten können. Auch die anbietende Tätigkeit an einem engen, ja monopolistischen Markt wird für ausreichend gehalten (MüKo-HGB-K. Schmidt, § 1 Rdnr. 28), während andererseits im Wettbewerb mit Privatunternehmen die entscheidende Anforderung erkannt wird, um die Tätigkeit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts als Gewerbebetrieb charakterisieren zu können (Baumbach/Hopt, § 1 Rdnr. 15, 27). Der Senat braucht zur Entscheidung über die hier eingelegte Beschwerde auch dies nicht zu entscheiden.

c) Der Beschwerdeführer betreibt - unabhängig von den bereits genannten Abgrenzungskriterien - einen Gewerbebetrieb jedenfalls deshalb nicht, weil er seine Leistungen nicht in privatrechtlichen Verträgen vereinbart, sondern sich ausschließlich hoheitlicher, öffentlich-rechtlich bestimmter Handlungsformen bedient. Dieses Abgrenzungsmerkmal ist einerseits unangefochten, und die Einordnung der Tätigkeit des Beschwerdeführers ist andererseits eindeutig.

Betriebe der öffentlichen Hand sind den kaufmännisch geführten Gewerbebetrieben zuzuordnen, wenn sich der öffentlich-rechtliche Rechtsträger wie ein Privatunternehmen am Geschäftsverkehr beteiligt. Ohne Rücksicht auf die nachfragenden Geschäfte der Bedarfsdeckung ist es für einen Gewerbebetrieb typisch und erforderlich, die Leistungen auf der Angebotsseite des Geschäftsbetriebes rechtsgeschäftlich anzubieten. Privatrechtliche Vertragsvereinbarungen kennzeichnen einen Kaufmann, während gebührenpflichtige Staatstätigkeit in vollständig öffentlich-rechtlich ausgestalteter Handlungsform auch dann nicht gewerblich erbracht wird, wenn die öffentliche Einrichtung nach kaufmännischen Gesichtspunkten geführt wird (MüKo-HGB-K. Schmidt, § 1 Rdnr. 29; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Kindler, HGB, 4. Aufl. 2020, § 1 Rdnr. 30). Allein der Anschluss- und Benutzungszwang schließt den Beschwerdeführer mithin nicht aus dem Kreis der Kaufleute aus. Der Beschwerdeführer hat auf der Rechtsgrundlage der §§ 12 I 1, II GKGBbg, 3 I, 12 II BbgKVerf für alle Sparten seiner Aufgabenerfüllung, sowohl für die Wasserversorgung als auch für die Schmutzwasserbeseitigung, die Pflicht normiert, Leistungen nur von ihm zu beziehen und zu diesem Zweck Anschlüsse an die von ihm vorgehaltenen Anlagen herzustellen und zu unterhalten (§ 4 Schmutzwasserbeseitigungssatzung, §§ 5 I, 7 Wasserversorgungssatzung; ...). Dies allein kennzeichnet die öffentlich-rechtlich erbrachte Staatstätigkeit nicht, denn der Anschluss- und Benutzungszwang könnte als Kontrahierungspflicht zum Abschluss privatrechtlicher Verträge ausgestaltet sein (vgl. BGH, NVwZ 1991, 606, 607): Wählt der Verwaltungsträger für das Rechtsverhältnis, das auf Grund des Anschluss- oder des Benutzungszwanges einzugehen ist, die Handlungsform des Privatrechts, so ist der Verpflichtete gezwungen, mit dem Verwaltungsträger privatrechtliche Verträge abzuschließen (BGHZ 115, 311, 313 f.; 195, 144, Rdnr. 21; BGH, NJW 2018, 46, Abs. 17; BbgOLG, Urt. v. 17.

November 2015 - 2 U 36/14 -, BeckRS 2015, 20001; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 22. Februar 2012 - OVG 9 B 50.11 -, BeckRS 2012, 50862, Rdnr. 33; Erman-*Armbrüster*, BGB, 15. Aufl. 2017, vor § 145 Rdnr. 31). Der Verwaltungsträger betriebe ein Handelsgewerbe, wenn - wie oben unter b dargelegt - das von ihm selbst kraft seiner Normsetzungsbefugnis geschaffene Monopol dem nicht entgegensteht.

Aber so liegt der hier zu entscheidende Fall nicht. Der Beschwerdeführer verlangt auf Grund des Anschluss- und Benutzungszwangs nicht den Abschluss privatrechtlicher Verträge, sondern er hat die Rechtsverhältnisse zu den Anschluss- und Benutzungsverpflichteten vollständig öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Der Beschwerdeführer schließt über den Anschluss an seine Ver- und Entsorgungssysteme und über den Bezug und die Nutzung seiner Leistungen nicht Verträge, die ein Entgelt vorsehen, sondern er erhebt Beiträge, Kostenersatz und Benutzungsgebühren (§§ 12 I 1, II GKGBbg, 1 I, 2 I, 6, 8, 10 KAG, 24 Wasserversorgungssatzung, 21 Schmutzwasserbeseitigungssatzung), die er durch Bescheide festsetzt (§§ 8 I Trinkwasserversorgungsgebührensatzung, 10 Trinkwasseranschlussbeitragssatzung, 5 Kostenerstattungssatzung, 8 Schmutzwassergebührensatzung, 10 Beitragsatzung Schmutzwasser, 10 Gebührensatzung für die dezentrale Schmutzwasserentsorgung). Die Durchsetzung der dadurch entstehenden Zahlungsansprüche des Beschwerdeführers geschieht in einem Verwaltungs- und Vollstreckungsverfahren unter weitgehender Anwendung der Abgabenordnung (§§ 12 ff. KAG).

[...]

KNSA 237/2020 vom 22.06.2020 pa-ru