BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 213/08

Verkündet am:
10. Februar 2011
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. November 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 20. Mai 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Beklagte betreibt den Verkehrsflughafen Lübeck-Blankensee. Ihre alleinige Gesellschafterin war zunächst die Hansestadt Lübeck, die aufgrund eines Unterschussdeckungsvertrags die in der Jahresrechnung der Beklagten ausgewiesenen Verluste nach Maßgabe des städtischen Haushaltsplans auszugleichen hatte. Rückwirkend zum 1. Januar 2005 übernahm ein privater Investor, die I. Ltd., 90% der Anteile an der Beklagten. Für die Nutzung des Flughafens gilt eine Entgeltordnung.

2 Seit dem Jahr 2000 führt die Luftverkehrsgesellschaft Ryanair Flüge von und zum Flughafen der Beklagten durch und unterhält dort einen Stützpunkt.

Am 29. Mai 2000 schloss die Beklagte mit Ryanair einen Individualvertrag ab, dessen Inhalt zwischen den Parteien streitig ist.

3 Die Klägerin, die Fluggesellschaft Air Berlin, hat behauptet, die Beklagte habe aufgrund des Vertrags Ryanair Beihilfen in Form von Rabatten, Zahlungen sowie Leistungen gewährt und damit gegen das Unionsrecht verstoßen. Insbesondere sei Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV verletzt worden, nach dem die Mitgliedstaaten keine Beihilfemaßnahme durchführen dürften, bevor die Kommission abschließend über deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt entschieden habe. Im Hinblick darauf macht die Klägerin Ansprüche gemäß § 823 Abs. 2, § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB, §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 UWG sowie aus den §§ 19, 20 und 33 GWB geltend.

4 Sie hat die Beklagte, soweit für die Revision von Bedeutung, im Wege der Stufenklage auf Auskunft über die an Ryanair gewährten, näher bezeichneten Zahlungen und Leistungen, auf deren Rückforderung in einer nach Erteilung der Auskunft zu bestimmenden Höhe sowie auf Unterlassung solcher Zahlungen und Leistungen in Anspruch genommen.

5 Das Landgericht hat dem Auskunftsantrag durch Teilurteil stattgegeben und die Beklagte verurteilt,

> der Klägerin Auskunft zu erteilen über die Art, den Umfang, die Höhe und den Zeitpunkt der in den Jahren 2000 bis 2004 von der Beklagten an Ryanair gezahlten Beträge und erbrachten Leistungen in Form von
> - "Marketing Support",
> - einmaligen Anreizzahlungen für die Aufnahme von neuen Flugverbindungen,
> - Bereitstellung/Gewährung von bevorzugten Leistungen/Diensten im Zusammenhang mit der Flugdurchführung/-abfertigung und -abwicklung, Verkauf, Administration, Nutzung von Flughafeneinrichtungen,
> - Beteiligungen an Kosten für
>   - Anschaffung von Ausstattung,
>   - Hotel und Verpflegung für das Personal von Ryanair,
>   - Einstellung und Ausbildung der Piloten und Besatzungen von Ryanair,

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

- weiteren Ermäßigungen der regulären Flughafenentgelte gegenüber der Entgeltordnung der Beklagten vom 1. Oktober 2002 und
- sonstigen Zahlungen oder Leistungen ohne angemessene Gegenleistung, die aufgrund eines Individualvertrages mit Ryanair entrichtet bzw. erbracht worden sind.

6 Nach Verkündung dieses Urteils hat die Europäische Kommission mit Schreiben vom 10. Juli 2007 ein förmliches Prüfverfahren zu möglichen staatlichen Beihilfen zugunsten der Beklagten und Ryanair eröffnet (ABl. EU 2007 Nr. C 295 S. 29).

7 Das Berufungsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Auskunftsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

8 A. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Auskunftsanspruch sei unbegründet, weil es für die von der Klägerin mit dem Hauptanspruch begehrte Rückforderung keine Anspruchsgrundlage gebe. Bei den Beihilfevorschriften des EG-Vertrags handele es sich nicht um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Ansprüche nach den §§ 19, 20 GWB kämen nicht in Betracht, weil die Beklagte mit einem Anteil von lediglich rund fünf Prozent der Flugbewegungen im norddeutschen Raum nicht marktbeherrschend und damit kein Normadressat im Sinne dieser Vorschriften sei. Ein wettbewerbsrechtlicher Anspruch scheide ebenfalls aus, da die Klägerin als Luftfahrtunternehmen nicht Mitbewerberin der Beklagten sei.

9 B. Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Klägerin ein deliktsrechtlicher Auskunftsan-

spruch zusteht (§§ 1004, 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV).

10 I. Der Auskunftsantrag ist im Wesentlichen zulässig.

11 1. Der Klägerin fehlt auch dann nicht das Rechtsschutzbedürftnis für den Auskunftsanspruch, wenn sie - wie die Beklagte behauptet - den Vertrag zwischen der Beklagten und Ryanair kennt. Damit hätte die Klägerin allenfalls Kenntnis der vertraglich geschuldeten, aber nicht der tatsächlich an Ryanair gezahlten Beträge und erbrachten Leistungen. Nur auf Letztere kommt es indes für die Berechnung eines möglichen beihilferechtlichen Rückforderungsanspruchs an. Zudem hängen die von Ryanair entrichteten Flughafenentgelte nach dem übereinstimmenden Vortrag beider Parteien von der Anzahl der Landungen und/oder Starts dieser Fluggesellschaft in Lübeck sowie der von ihr dabei transportierten Passagierzahl ab. Die Klägerin geht dementsprechend davon aus, dass sich auch die Ryanair angeblich gewährte Vergünstigung nutzungsabhängig bemisst. Die Beklagte beruft sich nicht darauf, Abweichendes dargetan und belegt zu haben.

12 Soweit der Auskunftsantrag auf einmalige Anreizzahlungen für die Aufnahme neuer Flugverbindungen Bezug nimmt, macht die Beklagte weder geltend, diese seien in dem Individualvertrag bereits abschließend bestimmt worden, noch beruft sie sich darauf, dass dem Vertrag die tatsächliche Einrichtung einer darin vereinbarten neuen Verbindung entnommen werden könne. Schließlich kann auch nicht unterstellt werden, dass allein der am 29. Mai 2000 zwischen der Beklagten und Ryanair abgeschlossene Individualvertrag Grundlage für Ryanair möglicherweise gewährte Vorteile sein kann.

13 2. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung lässt sich das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin auch nicht mit der Begründung verneinen, dass die Einzelheiten der Rückforderung der Beklagten überlassen werden könnten und die Klägerin deshalb nicht erfahren müsse, welcher Betrag gegebenenfalls zurückgefordert werde. Steht der Klägerin gegen die Beklagte der hauptsächlich geltend gemachte Rückzahlungsanspruch zu, so hat sie auch ein berechtigtes Interesse daran, die vollständige Erfüllung dieses Anspruchs zu überprüfen. Das setzt die Kenntnis der konkreten Rückforderungshöhe voraus. Die Notwendigkeit, die Erfüllung des Rückzahlungsanspruchs konkret überprüfen zu können, besteht bei der beihilferechtlichen Konkurrentenklage in besonderem Maße, weil der Beihilfegeber aus den Gründen, auf denen die Gewährung der Beihilfe beruht, typischerweise daran interessiert sein wird, den Beihilfeempfänger möglichst wenig zu belasten. Auch im vorliegenden Fall ist Ryanair der wichtigste Kunde der Beklagten, auf dessen Interessen Rücksicht zu nehmen naheliegt. Aus den Regeln der Beihilferückforderung, die zwischen Kommission und Mitgliedstaaten Anwendung finden, kann die Beklagte im vorliegenden Zusammenhang schon deshalb nichts für sich ableiten.

14 3. Der Zulässigkeit der Klage steht auch nicht die nach dem Vortrag der Beklagten zwischen ihr und Ryanair bestehende Schiedsgerichtsklausel entgegen, die alle Streitigkeiten aus der im Jahr 2000 abgeschlossenen Vereinbarung erfassen soll. Die Klägerin ist jedenfalls nicht Partei dieser Vereinbarung, so dass sie ihr gegenüber auch keine Wirkung entfalten kann (vgl. Geimer in Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 1029 Rn. 63 mwN).

15 Ob die Beklagte, wie sie behauptet, nach einer Verurteilung zur Rückforderung eine entsprechende Rückzahlung gegenüber Ryanair aufgrund der Schiedsvereinbarung nicht gerichtlich durchsetzen könnte und ob der mit dem Auskunftsantrag vorbereitete Rückforderungsantrag der Klägerin deshalb auf

eine unmögliche Leistung gerichtet ist, berührt nicht die Zulässigkeit, sondern allein die Begründetheit der Klage.

16 Im Übrigen hat ein englisches Schiedsgericht als Teil des englischen Rechts auch die unionsrechtliche Verpflichtung zur effektiven Durchsetzung des Art. 108 Abs. 3 AEUV zu beachten. Es wäre zudem verpflichtet, gegebenenfalls vom Bestand eines vollstreckbaren deutschen Rückforderungstitels gegen die Beklagte auszugehen. Aus dem von der Revisionserwiderung in Bezug genommenen Vortrag der Beklagten ergeben sich keine Belege für eine abweichende Rechtslage in England.

17 4. Für die Zulässigkeit der Klage ist unerheblich, ob die Klägerin Interesse an einer Nutzung des Flughafens Lübeck-Blankensee hat. Die Klägerin benutzt jedenfalls den benachbarten Flughafen Hamburg. Ihre Interessen werden deshalb berührt, wenn die Beklagte Wettbewerbern Beihilfen gewährt.

18 5. Soweit die Klägerin Auskunft über "sonstige Zahlungen oder Leistungen ohne angemessene Gegenleistung" begehrt, ist der Antrag allerdings zu unbestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Der Gebrauch eines allgemeinen Begriffs kann zwar genügen, wenn im Einzelfall über den Sinngehalt kein Zweifel besteht. Anders liegt es aber dann, wenn die Bedeutung von Begriffen oder Bezeichnungen zwischen den Parteien streitig ist; in solchen Fällen würden, wenn Sinngehalt und Bedeutung der verwendeten Begriffe offenbleiben, Inhalt und Umfang des begehrten bzw. des erkannten Verbots nicht eindeutig feststehen (BGH, Urteil vom 9. April 1992 - I ZR 171/90, GRUR 1992, 561 = WRP 1992, 560 - Unbestimmter Unterlassungsantrag II). Das ist vorliegend im Hinblick auf den unbestimmten Begriff "angemessene Gegenleistung" der Fall. Die Beklagte behauptet, dass den behaupteten Vorteilen zugunsten von Ryanair marktgerechte Gegenleistungen gegenüberstehen. Die Unbestimmtheit des Antrags ist

im Revisionsverfahren auch von Amts wegen zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 11. Mai 2000 - I ZR 28/98, BGHZ 144, 255, 263 - Abgasemissionen).

19 II. Das Berufungsgericht hat die Auskunftsklage für unbegründet erachtet, weil es für den mit ihr vorbereiteten Rückforderungsanspruch gegen die Beklagte keine Anspruchsgrundlage gebe. Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

20 1. Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen lässt sich jedenfalls ein deliktsrechtlicher Anspruch der Klägerin (§ 823 Abs. 2 BGB, § 1004 BGB in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) nicht ausschließen.

21 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, das beihilferechtliche Durchführungsverbot sei kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Etwas anderes folge weder aus seiner unmittelbaren Anwendbarkeit, noch daraus, dass der Bundesgerichtshof Art. 108 Abs. 3 AEUV als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB anerkannt habe. Das Durchführungsverbot, das sich allein an die Mitgliedstaaten richte, diene der Verwirklichung des Binnenmarktes. Es bezwecke zwar auch, unrechtmäßige Wettbewerbsvorteile des Beihilfeempfängers zu verhindern. Daraus folgten indes keine sich unmittelbar im nationalen Recht auswirkenden Rechtsbeziehungen zwischen privaten Rechtsträgern. Auch die Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des Vertrags, ABl. 1999 Nr. L 83 S. 1 - nachfolgend: VO 659/99 - sehe nicht vor, dass ein Wettbewerber im Rahmen der nationalen Rechtsordnung gegen den Beihilfegeber oder den Beihilfeempfänger vorgehen könne.

22 b) Diese Erwägungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

23 aa) Als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB kommt auch unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht in Betracht (Palandt/Sprau, BGB, 70. Aufl., § 823 Rn. 56a mwN; für Art. 101 AEUV BGH, Urteil vom 12. Mai 1998 - KZR 23/96, GRUR 1999, 276, 277 = WRP 1999, 101 - Depotkosmetik). Anders als das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV, dessen Anwendung der Kommission vorbehalten ist (vgl. EuGH, Urteil vom 21. November 1991 - C-354/90, Slg. 1991, I-5505 = NJW 1993, 49 Rn. 8 f. - FNCE), hat das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV unmittelbare Geltung. Es begründet Rechte der Einzelnen, die von den nationalen Gerichten zu beachten sind. Von dieser unmittelbaren Verbotswirkung betroffen ist jede Beihilfemaßnahme, die durchgeführt wird, ohne dass sie der Kommission angezeigt worden ist (EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1973 - C-120/73, Slg. 1973, 1471 Rn. 7 f. - Lorenz, mwN).

24 bb) Eine Rechtsnorm ist Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, wenn sie nach Zweck und Inhalt zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes zu schützen. Dafür kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt, Zweck und Entstehungsgeschichte des Gesetzes und damit darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zu Gunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt hat. Dafür genügt, dass die Norm auch das in Frage stehende Interesse des Einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge haben. Andererseits soll der Kreis der Schutzgesetze nicht zu sehr erweitert werden. Es reicht deshalb nicht aus, dass der Individualschutz als Reflex einer Befolgung der Norm objektiv erreicht werden kann; er muss vielmehr im Aufgabenbereich der Norm liegen. Für die Beurteilung, ob einer Vorschrift Schutzgesetzcharakter zukommt, ist in umfassender Würdigung des gesamten

Regelungszusammenhangs der Norm auch zu prüfen, ob es in der Tendenz des Gesetzgebers liegen konnte, an die Verletzung des geschützten Interesses die Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB zu knüpfen (BGH, Urteil vom 18. November 2003 - VI ZR 385/02, NJW 2004, 356, 357; Urteil vom 16. März 2004 - VI ZR 105/03, NJW 2004, 1949 mwN; Urteil vom 28. März 2006 - VI ZR 50/05, NJW 2006, 2110, 2112 mwN).

25 Die Vorschrift des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV erfüllt diese Voraussetzungen (vgl. Steindorff, Festschrift Mestmäcker, 1996, S. 510; Koenig, BB 2000, 573, 577; Tilmann/Schreibauer, GRUR 2002, 212, 221; Schmidt-Kötters in Heidenhain, Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 58 Rn. 30; Pütz, Das Beihilfeverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag, 2003, S. 227; Blume, Staatliche Beihilfen in der EG, 2004, S. 165; Gundel, EWS 2008, 161, 165; von Brevern/Gießelmann, EWS 2008, 470, 471; Martin-Ehlers/Strohmayr, EuZW 2008, 745, 748; Palandt/Sprau aaO § 823 Rn. 61; aA OLG München, GRUR 2004, 169, 170). Die Beihilferegeln der Union richten sich nach ihrem Wortlaut zwar nur an die Mitgliedstaaten. Das Durchführungsverbot hat nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union aber gerade die Funktion, die Interessen derjenigen zu schützen, die von der Wettbewerbsverzerrung betroffen sind, die durch die Gewährung der - schon allein wegen Verletzung des Durchführungsverbots - rechtswidrigen Beihilfe hervorgerufen wurde (EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2006 - C-368/04, Slg. 2006, I-9957 = EuZW 2006, 65 Rn. 46 - Transalpine Ölleitung, mwN; Urteil vom 12. Februar 2008 - C-199/06, Slg. 2008, I-469 = EuZW 2008, 145 Rn. 38 - CELF I; vgl. Cremer in Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl., § 88 EGV Rn. 12, 26; v. Wallenberg in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 88 EGV Rn. 101 (Stand: Januar 2000). Es soll verhindern, dass durch unangemeldete Beihilfen Benachteiligungen im Wettbewerb entstehen, die sanktionslos bleiben (vgl. Schmidt-Kötters in Heidenhain aaO).

26 Die Gerichte der Mitgliedstaaten haben die Rechte der Einzelnen gegen eine Verletzung des Durchführungsverbots zu schützen (EuGH, Urteil vom 16. Dezember 1992 - C-144/91, Slg. 1992, I-6613, Rn. 26 - Demoor; Urteil vom 11. Juli 1996 - C-39/94, Slg. 1996, I-3547 = EuZW 1996, 564 Rn. 44 - SFEI). In einem Vorabentscheidungsverfahren, dem eine auf einen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV gestützte Konkurrentenklage zugrunde lag, hat der Gerichtshof dementsprechend das nationale Gericht für verpflichtet gehalten, einen Schutz gegen die Auswirkungen der rechtswidrigen Durchführung von Beihilfen sicherzustellen (EuGH, EuZW 1996, 564 Rn. 67 - SFEI). Dafür ist nicht Voraussetzung, dass die Kommission die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt festgestellt hat (vgl. EuGH, Slg. 1992, I-6613, Rn. 26 f. - Demoor).

27 Auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV eine die Wettbewerber des Beihilfeempfängers individuell schützende Funktion zu (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 2003 - V ZR 314/02, EuZW 2003, 444, 445; Urteil vom 20. Januar 2004 - XI ZR 53/03, EuZW 2004, 252, 253; Urteil vom 5. Juli 2007 - IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129 Rn. 34; so auch zur Klagebefugnis im Verwaltungsgerichtsprozess OVG Koblenz, EuZW 2010, 274, 275).

28 cc) Einer Anerkennung des Art. 108 Abs. 3 AEUV als Schutzgesetz lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union eine entsprechende Anspruchsgrundlage im nationalen Recht voraussetzt. Die nationalen Gerichte sind verpflichtet, entsprechend ihrem nationalen Recht aus einer Verletzung des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Rückforderung der finanziellen Unterstützungen zu ziehen, die unter Verletzung dieser Be-

stimmung gewährt wurden (EuGH, EuZW 2008, 145 Rn. 41 - CELF I, mwN). Sie müssen grundsätzlich einer Klage auf Rückzahlung von unter Verstoß gegen diese Vorschrift gezahlten Beihilfen stattgeben (vgl. insbesondere EuGH, EuZW 1996, 564 Rn. 70 - SFEI; EuZW 2008, 145 Rn. 39 - CELF I). Jede andere Auslegung würde die Missachtung des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV durch den betreffenden Mitgliedstaat begünstigen und der Vorschrift ihre praktische Wirksamkeit nehmen (vgl. EuGH, NJW 1993, 49 Rn. 16 - FNCE; EuZW 2008, 145 Rn. 40 - CELF I).

29 Soweit der Gerichtshof ausführt, die Erstattung der Beihilfe habe unter Beachtung der innerstaatlichen Verfahrensvorschriften bzw. entsprechend dem nationalen Recht zu erfolgen (EuGH, NJW 1993, 49 Rn. 12 - FNCE; EuZW 1996, 564 Rn. 68 - SFEI), bedeutet dies allein, dass das Unionsrecht keine Vorschriften über die verfahrensrechtliche Durchsetzung des Rückforderungsrechts enthält. Das ändert indes nichts an der unionsrechtlichen Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Gerichte, ihr nationales Recht unionsrechtskonform in einer Weise anzuwenden, die auch den Konkurrenten des Beihilfeempfängers ermöglicht, den wegen einer Verletzung des Durchführungsverbots bestehenden Rückzahlungsanspruch durchzusetzen (vgl. Brandtner/Beranger/Lessenich, EStAL 2010, 23, 25). Die dafür erforderliche Vorschrift stellt das deutsche Recht mit § 823 Abs. 2 BGB, im Übrigen aber auch mit der Vorschrift des § 4 Nr. 11 UWG bereit.

30 dd) Das Ergebnis, das beihilferechtliche Durchführungsverbot als Schutzgesetz anzuwenden, wird durch den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz bestätigt. Danach dürfen die Mitgliedstaaten die Ausübung der Rechte, die das Unionsrecht den von einer Wettbewerbsverzerrung betroffenen Unternehmen bei Verstößen gegen das Durchführungsverbot gewährt, weder praktisch unmöglich machen noch übermäßig erschweren (vgl. EuGH, EuZW

2006, 65 Rn. 44 f. - Transalpine Ölleitung, mwN; Sutter, EuZW 2006, 729, 730; siehe auch Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. EU 2009 Nr. C 85, S. 1 Rn. 22).

31 Zwar ist es allein Aufgabe der Kommission, gemäß Art. 108 Abs. 2 AEUV die Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 107 AEUV festzustellen (EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2003 - C-261/01, Slg. 2003, I-12249 = EuZW 2004, 87 Rn. 75 - van Calster, mwN). Im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot obliegt es aber den nationalen Gerichten, den Begriff der Beihilfe auszulegen, solange die Kommission keine verfahrensabschließende Entscheidung nach Art. 108 Abs. 2 AEUV getroffen hat (vgl. EuGH, NJW 1993, 49 Rn. 10 - FNCE).

32 Nach Unionsrecht müssen die in den Schutzzweck des Durchführungsverbots einbezogenen Wettbewerber des Beihilfeempfängers zur Einleitung einer solchen Prüfung befugt sein. Andernfalls wäre im Hinblick auf die beihilfetypische Interessenlage der Beteiligten der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz verletzt, weil Verstöße gegen Art. 108 Abs. 2 AEUV regelmäßig sanktionslos blieben. Denn die Kommission darf nicht schon deshalb eine abschließende Rückforderungsentscheidung erlassen, weil die Beihilfe unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV gewährt wurde (EuGH, Urteil vom 14. Dezember 1990 - C-301/87, Slg. 1990, I-307 = EuZW 1990, 163 Rn. 19 f. - Boussac). Auch Beihilfeempfänger, Beihilfegeber und von der Beihilfe nicht betroffene Wirtschaftsteilnehmer haben in der Regel kein eigenes Interesse, über die Einhaltung des Durchführungsverbots zu wachen. Demgegenüber können die wirtschaftlichen Interessen von Wettbewerbern schwer beeinträchtigt werden, wenn sie sich am Markt gegen Beihilfeempfänger behaupten müssen. Es werden somit in erster Linie Wettbewerber bereit sein, das Verbot des Art. 108 Abs. 3

Satz 3 AEUV durchzusetzen (vgl. Soltész, EuZW 2001, 202, 204; Lampert, EWS 2001, 357). Damit wäre es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu vereinbaren, die Eigenschaft als Schutzgesetz mit der Begründung abzulehnen, dass das Durchführungsverbot nicht ausdrücklich die Wettbewerber schützt.

33 ee) Die Anerkennung des Durchführungsverbots als Schutzgesetz kann auch nicht mit der Erwägung verneint werden, den Konkurrenten des Beihilfeempfängers seien bereits anderweitig ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten eingeräumt (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 1994 - II ZR 16/93, BGHZ 125, 366, 374). Die den Wettbewerbern durch Art. 20 VO 659/99 gewährten Rechte gewährleisten keinen den Anforderungen des Gerichtshofs der Europäischen Union entsprechenden Schutz gegen eine Verletzung des Durchführungsverbots.

34 Gegenstand des förmlichen Beihilfeprüfverfahrens der Kommission ist die materielle Beurteilung, ob es sich bei der fraglichen Maßnahme überhaupt um eine Beihilfe handelt und ob diese gegebenenfalls mit dem Binnenmarkt vereinbar ist (vgl. Art. 7 VO 659/99). Der unzulässige Wettbewerbsvorteil, der - unabhängig von dem Ergebnis der materiellen Beurteilung - schon in der Nutzung einer nicht genehmigten Beihilfe liegt, wird von der Kommission regelmäßig nicht abgeschöpft. Die Anordnung einer vorläufigen Aussetzung der Beihilfe nach Art. 11 Abs. 1 VO 659/99 beseitigt die in der Vergangenheit durch Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV erlangten Vorteile nicht. Zwar sieht Art. 11 Abs. 2 VO 659/99 die Möglichkeit einer vorläufigen Rückforderung von Beihilfen vor. Sie ist aber an enge Voraussetzungen gebunden und nur zulässig, wenn der Beihilfecharakter der Maßnahme nach geltender Praxis eindeutig und ein Tätigwerden dringend geboten ist; zudem muss ein erheblicher und nicht wiedergutzumachender Schaden für einen Konkurrenten ernsthaft zu befürchten

sein. Damit ist dem Konkurrenten auf Unionsebene bei Verletzung des Durchführungsverbots kein subjektives Recht gewährt, das den Anforderungen des Gerichtshofs der Europäischen Union genügt und den auf §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB oder auf §§ 3, 4 Nr. 11, § 8 Abs. 1, § 9 UWG gestützten Ansprüchen auf Beseitigung, Unterlassung oder Schadenersatz entspricht.

35 ff) Auch eine Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen der deutschen Gerichte und der Kommission steht einer Einordnung des Durchführungsverbots als Schutzgesetz nicht entgegen.

36 Liegt tatsächlich eine nicht angemeldete Beihilfe vor, ist die Rückforderungsentscheidung unabhängig davon rechtmäßig, ob die Kommission später die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt feststellt. Grundsätzlich denkbar ist allerdings eine unterschiedliche Beurteilung des Beihilfecharakters einer Maßnahme durch die nationalen Gerichte und die Kommission. Verneint das Gericht eine Beihilfe, wird sie aber später von der Kommission bejaht, so ist eine Rückforderungsentscheidung wegen Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zu Unrecht unterblieben. Im umgekehrten Fall - das nationale Gericht nimmt eine Beihilfe an, die Kommission verneint sie später - wäre eine rechtswidrige Rückforderungsentscheidung ergangen. Diese Möglichkeiten unterschiedlicher Beurteilung sind allerdings Folge der Aufgabenverteilung, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten und der Kommission besteht (vgl. EuGH, EuZW 2006, 65 Rn. 37 f. - Transalpine Ölleitung), und die deshalb grundsätzlich hinzunehmen ist. Die Gerichte können zudem die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen mindern, indem sie eine Stellungnahme der Kommission zu Fragen über die Anwendung der Beihilfevorschriften einholen (vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte aaO Rn. 89 ff.). Diese Stellungnahme bindet das Ge-

richt selbstverständlich nicht. Sie gibt aber Aufschluss über die Haltung, die die Kommission zu der Beihilfefrage einnimmt, und macht damit gegebenenfalls das Risiko widersprüchlicher Entscheidungen deutlich.

37 Im Übrigen wird davon auszugehen sein, dass die Gefahr einer unterschiedlichen Beurteilung des Beihilfecharakters nur in ernsthaft zweifelhaften Fällen bestehen wird. In einem solchen Fall kann der mögliche Beihilfegeber die Maßnahme von sich aus oder auf Veranlassung des möglichen Beihilfeempfängers vorsorglich anmelden, um schon im Vorprüfverfahren die Feststellung der Kommission zu erhalten, dass es sich um keine Beihilfe handelt (vgl. Art. 4 Abs. 2 VO 659/99).

38 gg) Rechtssystematische Gründe sprechen ebenfalls für eine Anerkennung des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV als Schutzgesetz (vgl. Tilmann/ Schreibauer, GRUR 2002, 212, 221).

39 Das Beihilferecht ist Teil des Wettbewerbsrechts der Union. Die Art. 107, 108 AEUV dienen dazu, staatliche Wettbewerbsverfälschungen durch Beihilfen abzuwehren. Sie finden sich unmittelbar nach den gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmen gerichteten Art. 101, 102 AEUV in den Wettbewerbsregeln im Titel VII Kapitel 1 des Vertrags. Die Wettbewerbsregeln dienen insgesamt dazu, das System unverfälschten Wettbewerbs zu konkretisieren, das notwendiges Element des Binnenmarkts der Union ist (vgl. früher Art. 3 Buchst. g EG und nunmehr Art. 2 AEUV in Verbindung mit dem Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb). An der Verbindlichkeit des Wettbewerbsprinzips für die Union hat sich nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon nichts geändert (vgl. Behrens, EuZW 2008, 193).

40 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Art. 101, 102 AEUV Schutzgesetze. Ansprüche wegen der Verletzung dieser Vorschriften durch Wettbewerbsbeschränkungen von Unternehmen konnten bis zur Einbeziehung der Art. 101, 102 AEUV in die spezialgesetzliche Anspruchsgrundlage des § 33 Abs. 1 GWB auf § 823 Abs. 2 BGB gestützt werden (vgl. BGH, GRUR 1999, 276, 277 - Depotkosmetik). Danach spricht viel dafür, dass auch der gegen staatliche Eingriffe in den Wettbewerb gerichtete und als unmittelbar anwendbares Verbot ausgestaltete Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV Schutzgesetz ist. Aus der Sicht der von der Wettbewerbsverfälschung betroffenen Unternehmen besteht in beiden Fällen kein Unterschied.

41 hh) Es ist nicht zu befürchten, dass durch die Anerkennung des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV als Schutzgesetz der Kreis der Schutzgesetze in bedenklicher Weise erweitert wird. Sie führt vielmehr nur zu einer Gleichstellung dieser unmittelbar anwendbaren Norm des unionsrechtlichen Beihilferechts mit den unmittelbar geltenden Vorschriften des Kartellrechts der Union. Damit ist eine erweiterte Anerkennung von Schutzgesetzen außerhalb der Wettbewerbsvorschriften der Union weder verbunden noch angelegt.

42 Ebenso wenig sind unübersehbare Haftungsfolgen zu befürchten. Die wirtschaftlichen Wirkungen einer Beihilfe auf Wettbewerber werden für Beihilfegeber wie Beihilfeempfänger regelmäßig ebenso absehbar sein wie der Kreis gegebenenfalls klagebefugter Konkurrenten.

43 ii) Die Klägerin gehört im Streitfall zu dem durch § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV geschützten Personenkreis. Sie fliegt den nur 65 Kilometer entfernten Flughafen Hamburg an, der nach den von der Beklagten unbestrittenen Feststellungen des Berufungsgerichts größter Wettbewerber der Beklagten ist. Das setzt voraus, dass die von Hamburg und

Lübeck aus angebotenen Flugverbindungen aus der Sicht der Passagiere zumindest für Ferienreiseziele in erheblichem Maß austauschbar sind. Die Klägerin gehört damit als Wettbewerberin von Ryanair zum Kreis der von der - hier zu unterstellenden - Beihilfe Betroffenen (aA OLG Brandenburg, Urteil vom 21. Juli 2009 - Kart U 1/07, juris Rn. 109 f.). Unerheblich ist unter diesen Umständen, ob sich die Klägerin auch für eine Nutzung des Flughafens der Beklagten interessiert.

44 c) Es sind auch keine außergewöhnlichen Umstände vorgetragen oder sonst ersichtlich, aufgrund derer es ausnahmsweise nicht sachgerecht wäre, die Rückzahlung der - unterstellten - Beihilfe anzuordnen. Solche Umstände können in Betracht kommen, wenn der Verfahrensablauf des Beihilfeprüfverfahrens beim Beihilfeempfänger berechtigtes Vertrauen geweckt hat, die Beihilfe behalten zu dürfen, oder wenn auch ein sorgfältiger Gewerbetreibender den Beihilfecharakter der Maßnahmen nicht hätte erkennen können (vgl. EuGH, EuZW 2008, 145 Rn. 42 f. - CELF I; EuGH, EuZW 1996, 564 Rn. 70 - SFEI, mit Verweis auf Schlussantrag des Generalanwalts Jacobs, EuGH, Slg 1996 I-3547 Rn. 73 bis 77; siehe auch Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. EU 2009 Nr. C 85, S. 1 Rn. 32 bis 34).

45 Ob - wie die Revisionserwiderung meint - die Beklagte im Falle einer Verurteilung zur Rückforderung den Abbruch der Vertragsbeziehungen zu Ryanair riskieren und damit ihre wirtschaftliche Existenz gefährden würde, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Das ergibt sich bereits daraus, dass andernfalls nicht wettbewerbsfähige Unternehmen stets durch subventionierte Absatzverträge künstlich auf dem Markt gehalten werden könnten, ohne beihilferechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen. Sollten die Ryanair eingeräumten Konditionen Beihilfen sein und träfe die von der Beklagten geäußerte Befürchtung zu,

ließe dies nur den Schluss zu, dass der Flughafenbetrieb der Beklagten unter Marktbedingungen nicht rentabel geführt werden könnte. Das ist kein Grund, Beihilfen behalten zu dürfen.

46 2. Die Abweisung der Klage erweist sich nach den bisherigen Feststellungen auch nicht aus anderen Gründen als zutreffend. Dabei bedarf keiner Entscheidung, ob die erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erhobene Verjährungseinrede der Beklagten noch rechtzeitig erfolgt ist. Denn sie greift jedenfalls nicht durch.

47 Die Verjährungsfrist für den auf §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV gestützten Beseitigungsanspruch beträgt drei Jahre (§ 195 BGB). Obwohl die Klägerin, wenn ihr ein deliktsrechtlicher Beseitigungsanspruch zusteht, ihre Klage auch auf eine unlautere geschäftliche Handlung der Beklagten stützen kann (§§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV), findet die kurze Verjährung des § 11 UWG keine Anwendung (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 136/09, Rn. 49 - Flughafen Frankfurt-Hahn).

48 Die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB ist im Streitfall nicht abgelaufen. Die Klage ist am 17. Dezember 2004 erhoben worden. Soweit sich die Klägerin gegen ab dem 1. Januar 2001 gewährte mögliche Beihilfen wendet, können die eventuellen deliktsrechtlichen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nicht verjährt sein (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB). Aber auch soweit mögliche Beihilfen des Jahres 2000 Gegenstand der Klage sind, ist eine Verjährung nicht ersichtlich. Die Beklagte hat nicht geltend gemacht, dass die Klägerin noch im Jahr 2000 die für den Beginn der Verjährung erforderliche Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände erlangt hatte oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.

49 3. Es besteht kein Anlass, die Sache dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b AEUV zur Vorabentscheidung vorzulegen. Im Streitfall sind allein durch gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärte Grundsätze des Unionsrechts auf den Einzelfall anzuwenden (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - C-283/81, Slg. 1982, 3415 = NJW 1983, 1257 Rn. 14 - C.I.L.F.I.T.).

50 4. Die Entscheidung des Berufungsgerichts kann daher schon nicht aufrechterhalten werden, weil es die deliktsrechtliche Grundlage für den Auskunftsanspruch mit unzutreffender Begründung verneint hat. Damit entbehrt auch die Zurückweisung der weiteren Ansprüche der Klägerin der Grundlage.

51 III. Die Sache ist gemäß § 563 Abs. 1 und 3 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da sie nicht zur Endentscheidung reif ist. Die bisherigen Feststellungen reichen nicht aus, um einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu bejahen oder zu verneinen.

52 1. Das Durchführungsverbot gilt nur für Beihilfemaßnahmen. Ob es verletzt worden ist, hängt somit davon ab, ob Ryanair von der Beklagten Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV erhalten hat. Im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot obliegt es den nationalen Gerichten, den Begriff der Beihilfe auszulegen, solange die Kommission keine verfahrensabschließende Entscheidung nach Art. 108 Abs. 2 AEUV getroffen hat (vgl. EuGH, NJW 1993, 49 Rn. 10 - FNCE).

53 Die Kommission hat zwar bereits im Juli 2007 ein Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV zu möglichen staatlichen Beihilfen zugunsten der Beklagten und Ryanair eingeleitet. Eine Entscheidung der Kommission liegt aber noch nicht vor.

54 2. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob es sich bei den Maßnahmen der Beklagten gegenüber Ryanair um Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt, offengelassen. Auch die Feststellungen im landgerichtlichen Urteil, auf die das Berufungsurteil gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen hat, erlauben dem Senat nicht, über die Frage der Beihilfe selbst zu entscheiden.

55 Die Vorschrift des Art. 107 Abs. 1 AEUV verbietet staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.

56 a) Erstes Tatbestandsmerkmal einer Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV ist, dass die mögliche Beihilfemaßnahme dem Staat zurechenbar sein muss (EuGH, Urteil vom 16. Mai 2002 - C-482/99, NVwZ 2003, 461 Rn. 51 - Stardust Marine). Das Landgericht hat dies mit der Erwägung bejaht, Alleingesellschafterin der als privatrechtliches Unternehmen organisierten Beklagten sei die Hansestadt Lübeck gewesen und Zahlungen, die über private Dritte, insbesondere öffentliche Unternehmen, vermittelt würden, seien als Beihilfen einzustufen.

57 Dies allein reicht indes für die Zurechenbarkeit einer Beihilfemaßnahme an den Staat nicht aus. Die bloße Tatsache, dass ein öffentliches Unternehmen unter staatlicher Kontrolle steht, genügt dafür nicht. Es muss vielmehr außerdem geprüft werden, ob davon auszugehen ist, dass die Behörden in irgendeiner Weise am Erlass dieser Maßnahmen beteiligt waren (EuGH, NVwZ 2003, 461 Rn. 52 - Stardust Marine). Insoweit kann allerdings nicht der Nachweis verlangt werden, dass die Behörden das öffentliche Unternehmen konkret veranlasst haben, die fraglichen Beihilfemaßnahmen zu treffen. Die Zurechenbarkeit der Maßnahme eines öffentlichen Unternehmens an den Staat ist vielmehr aus

einem Komplex von Indizien abzuleiten, die sich aus den Umständen des konkreten Falles und aus dem Kontext ergeben, in dem diese Maßnahme ergangen ist. Insoweit ist unter anderem zu berücksichtigen, ob die fragliche Einrichtung die beanstandete Entscheidung nicht treffen konnte, ohne den Anforderungen der öffentlichen Stellen Rechnung zu tragen. Außerdem ist gegebenenfalls etwa die Eingliederung des öffentlichen Unternehmens in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung, die Art seiner Tätigkeit, die Intensität der behördlichen Aufsicht über die Unternehmensführung und jedes andere Indiz von Bedeutung, das im konkreten Fall für oder gegen eine Beteiligung der Behörden an der Entscheidung über die Maßnahme spricht (vgl. zum Ganzen EuGH, NVwZ 2003, 461 Rn. 50 ff. - Stardust Marine). Weiteren Aufschluss, welche Umstände im vorliegenden Fall für die staatliche Zurechenbarkeit erheblich sein können, kann das Schreiben der Kommission vom 10. Juli 2007 zu möglichen staatlichen Beihilfen zugunsten der Beklagten und Ryanair (ABl. EU 2007 Nr. C 295 S. 29 - nachfolgend: Mitteilung Hauptprüfverfahren - Rn. 132 bis 136) geben. Die in diesem Zusammenhang erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen sind bislang nicht getroffen.

58 b) Der Begriff der Beihilfe setzt als zweites Tatbestandsmerkmal voraus, dass die fragliche Maßnahme bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt.

59 aa) Hinsichtlich der Begünstigung hat das Landgericht angenommen, dass die Beklagte Ryanair in der Entgeltordnung nicht vorgesehene Rabatte gewährt habe. Die Beklagte sei nach eigenem Vortrag auch verpflichtet gewesen, Zahlungen an Ryanair zu leisten. Eine Differenz von ca. 1,9 Mio. € zwischen der vorläufigen und der endgültigen Gewinn- und Verlustrechnung 2003 deute auf weitere Leistungen der Beklagten an Ryanair hin. Der Beihilfecharakter lasse sich nicht mit der Begründung verneinen, dass Ryanair diese Vorteile

auch unter normalen Marktbedingungen erhalten hätte. Dieser sog. "Private-Investor-Test" sei hier nicht anwendbar, weil die Beklagte im Bereich der Daseinsvorsorge handele und für sie Kontrahierungszwang bestehe. Sie könne zwar zwischen einzelnen Flugunternehmen differenzieren, die dafür maßgeblichen Kriterien müssten aber offengelegt werden.

60 Dieser Beurteilung kann gleichfalls nicht zugestimmt werden. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union üben Flughäfen eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, die keine Ausübung hoheitlicher Gewalt ist und daher unter die Beihilfevorschriften der Art. 107 ff. AEUV fällt (EuGH, Urteil vom 24. Oktober 2002 - C-82/01, Slg. 2002, I-9297 = WuW/E EU-R 597 Rn. 75 ff. - Aéroports de Paris). Soweit sie Tätigkeiten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse wahrnehmen und deshalb im Bereich der Daseinsvorsorge handeln, kann ihnen allerdings ein angemessener Ausgleich für zusätzliche Kosten gewährt werden, die im Rahmen solcher gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen entstehen. Dieser Ausgleich stellt keine staatliche Beihilfe dar (vgl. EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003 - C-280/00, Slg. 2003, I-7747 = NJW 2003, 2515 Rn. 87 ff. - Altmark; Mitteilung der Kommission über gemeinschaftliche Leitlinien für die Finanzierung von Flughäfen und die Gewährung staatlicher Anlaufbeihilfen für Luftfahrtunternehmen auf Regionalflughäfen, ABl. EU 2005 Nr. C 312 S. 1 - nachfolgend: Leitlinien - Rn. 34 ff.). Es ist aber weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass die Einrichtung und Aufrechterhaltung von Flugverbindungen nach und von Lübeck als im Allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegende Leistung von Ryanair anzusehen ist. Für die Beurteilung der Ryanair etwa gewährten Vergünstigungen kommt es deshalb auf den Aspekt der Daseinsvorsorge nicht an.

61 Vielmehr ist der Privatinvestorenvergleich ("Private-Investor-Test") auch im vorliegenden Fall maßgebliches Beurteilungskriterium für den Beihilfecharak-

ter der beanstandeten Maßnahmen. Soweit die Beklagte bei den Vereinbarungen mit Ryanair wie ein privater Investor in vergleichbarer Lage unter Berücksichtigung der längerfristigen Rentabilitätsaussichten und unabhängig von sozialen, regional- oder wirtschaftspolitischen Überlegungen gehandelt hat, liegen keine Beihilfen vor (vgl. EuGH, NVwZ 2003, 461 Rn. 70 - Stardust Marine; EuGH, Urteil vom 21. März 1991 - C-305/89, Slg. 1991, I-1603 Rn. 19 f. - Alfa Romeo). Dies könnte die Beklagte vorliegend etwa mit einem Geschäftsplan belegen, aus dem sich auf der Grundlage der beim Vertragsabschluss mit Ryanair verfügbaren Erkenntnisse die Erwartung ergibt, dass sich die Durchführung des Vertrags für die Beklagte zumindest nach einem angemessenen Zeitraum - ohne Berücksichtigung struktur- und regionalpolitischer Aspekte - als wirtschaftlich rentabel erweist (vgl. Leitlinien Rn. 46 ff.; Mitteilung Hauptprüfverfahren Rn. 117 f.). Dafür, dass sich die Beklagte beihilferechtlich unbedenklich wie ein privater Kapitalgeber verhalten hätte, spräche auch, wenn der Privatinvestor I. Ltd. den Vertrag mit Ryanair seit 2005 ununterbrochen und unverändert fortgeführt hätte, wie die Beklagte behauptet. Das gilt allerdings nur, wenn Verluste aus der Geschäftsbeziehung mit Ryanair nicht, wie die Revision geltend macht, von I. Ltd. kaufpreismindernd geltend gemacht werden konnten. Auch zum Privatinvestorenvergleich hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

62 bb) Der Begriff der Beihilfe setzt weiter voraus, dass die Begünstigung selektiv nur bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen gewährt wird. Das hat das Landgericht mit der Begründung bejaht, die Beklagte habe Ryanair individuell ausgehandelte Konditionen eingeräumt, die nicht aus der Entgeltordnung ersichtlich und Konkurrenten unbekannt seien.

63 Dagegen bestehen im rechtlichen Ausgangspunkt keine Bedenken. Nach der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission liegen spezifische

Maßnahmen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV im Bereich von Flughafendienstleistungen vor, wenn sie Luftfahrtunternehmen nicht allgemein in transparenter Weise angeboten, sondern nur einem bestimmten Unternehmen gewährt wurden (Kommission, Entscheidung vom 12. Februar 2004, ABl. EU 2004 Nr. L 137, S. 1 Rn. 242 - Flughafen Charleroi; vgl. auch Mitteilung Hauptprüfverfahren Rn. 122). Diese Auslegung des Unionsrechts durch die Kommission verdient Zustimmung. Das Merkmal der Selektivität ist nicht erfüllt, wenn alle auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen durch die Maßnahme begünstigt werden (Mederer in von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl., Art. 87 EG, Rn. 43; v. Wallenberg in Grabitz/Hilf aaO Art. 87 EGV, Rn. 53 (Stand: September 2004); Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. Rn. 180). Allerdings hat die Beklagte geltend gemacht, sie gewähre allen Fluggesellschaften, die sich zu einer Nutzung des Flughafens Lübeck entschließen, gleiche und faire Bedingungen, die dem von ihnen generierten Passagiervolumen entsprechen. Auch hierzu sowie zur Frage, ob dies gegebenenfalls in transparenter Weise geschehen ist, wird das Berufungsgericht noch Feststellungen zu treffen haben.

64 3. Der Tatbestand der Beihilfe gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt weiter voraus, dass die fragliche Maßnahme geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (EuGH, Urteil vom 29. April 2004 - C-372/97, Italien/Kommission, Slg. 2004, I-3679 Rn. 44).

65 Insoweit hat das Landgericht zutreffend angenommen, die Wettbewerbsmöglichkeiten der Klägerin, die den nur 65 Kilometer entfernten Flughafen Hamburg-Fuhlsbüttel nutzt, würden durch eine Beihilfegewährung für Ryanair am Flughafen Lübeck beeinträchtigt, weil es Ryanair dadurch möglich sei, Kunden zu binden und aus dem Einzugsgebiet Hamburg abzuwerben.

66 Da Ryanair von Lübeck aus jedenfalls auch Ziele in anderen Mitgliedstaaten der Union anfliegt, dürfte auch eine Handelsbeeinträchtigung vorliegen.

67 C. Für die neue Verhandlung wird zudem auf Folgendes hingewiesen:

68 I. Dem gegen die Gewährung von Beihilfen unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gerichteten Unterlassungsanspruch (Antrag zu 5) fehlt es entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung auch angesichts der Regelung des Notifizierungsverfahrens in Art. 108 Abs. 3 AEUV nicht am Rechtsschutzbedürfnis. Der Unterlassungsantrag dient vielmehr gerade der Durchsetzung dieses Verbots.

69 II. Auch nach neuer Verhandlung dürfte sich der Klageantrag zu 6 nicht als begründet erweisen. Mit diesem Antrag begehrt die Klägerin die Unterlassung der Gewährung von Beihilfen an Ryanair in Form von Flughafenentgelten, die nicht die laufenden betrieblichen Gesamtaufwendungen der Beklagten decken. Dieser Antrag wäre nur begründet, wenn es sich bei den so umschriebenen, Ryanair berechneten Flughafenentgelten um Beihilfen handelte. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist die Feststellung der Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt jedoch der Kommission vorbehalten (EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2003 - C-261/01, Slg. 2003, I-12249 = EuZW 2004, 87 Rn. 75 - van Calster).

70 III. Die Entscheidung über die Rückforderung der Beihilfen ist nicht deshalb auszusetzen, weil bislang kein abschließender Beschluss der Kommission gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV vorliegt. Die nationalen Gerichte haben die Maßnahmen anzuordnen, die geeignet sind, die Rechtswidrigkeit der Durchführung der Beihilfen zu beseitigen, damit der Empfänger in der bis zur Entscheidung der Kommission noch verbleibenden Zeit nicht weiterhin frei über sie ver-

fügen kann. Eine Aussetzung der Entscheidung liefe darauf hinaus, dass der Vorteil der Beihilfe während des Zeitraums des Durchführungsverbots aufrechterhalten bliebe, was mit dem Ziel des Art. 108 Abs. 3 AEUV unvereinbar wäre und dieser Bestimmung ihre praktische Wirksamkeit nähme (EuGH, Urteil vom 11. März 2010 - C-1/09, NVwZ 2010, 631 Rn. 30 f. - CELF II).

71 Sollte die Kommission eine Positiventscheidung nach Art. 6 Abs. 3 der VO 659/1999 erlassen, also die gegenüber Ryanair getroffenen Maßnahmen für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklären, hat dies im Übrigen nicht die Heilung der unter Verstoß gegen das Verbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 vorgenommenen Durchführungsmaßnahmen zur Folge (EuGH, NJW 1993, 49 Rn. 16 - FNCE). Das Unionsrecht verlangt in diesem Fall zwar nicht, die Rückzahlung der gesamten rechtswidrigen Beihilfe anzuordnen. Das nationale Gericht ist aber verpflichtet, dem Beihilfeempfänger für die Dauer der Rechtswidrigkeit aufzugeben, angemessene Zinsen zu zahlen (EuGH, EuZW 2008, 145 Rn. 45 bis 52 - CELF I).

72 IV. Keinen Rechtsfehler lässt erkennen, dass das Berufungsgericht Ansprüche der Klägerin aus § 19 Abs. 1, § 20 Abs. 1, § 33 GWB mangels marktbeherrschender Stellung der Beklagten als Flughafenbetreiber im norddeutschen Raum zurückgewiesen hat.

73 V. Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass das Berufungsgericht bei der Kommission um Auskunft darüber ersuchen kann, wann mit einer Entscheidung über die Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Gemeinsamen Markt zu rechnen ist (vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. EU 2009 Nr. C 85, S. 1 Rn. 89 f.).

Bornkamm Büscher

RiBGH Pokrant ist in Urlaub und kann daher nicht unterschreiben.
Bornkamm

Schaffert Kirchhoff

Vorinstanzen:
LG Kiel, Entscheidung vom 28.07.2006 - 14 O Kart. 176/04 -
OLG Schleswig, Entscheidung vom 20.05.2008 - 6 U 54/06 -