BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 92/11

Verkündet am:
5. Dezember 2012
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

CEPS-Pipeline

AEUV Art. 107 Abs. 1, Art. 108 Abs. 3 Satz 3

a) Wird bei der Veräußerung eines nur einmal vorhandenen Gegenstandes (Unikats) durch die öffentliche Hand auf ein bedingungsfreies Bieterverfahren verzichtet, kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein für das Kaufobjekt tatsächlich gebotener Preis beihilfefrei ist. Vielmehr muss dann eine objektive Wertermittlung erfolgen.

b) Ein Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot führt weder nach Unionsrecht noch nach deutschem Recht zwingend zur Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags, durch den eine Beihilfe gewährt wird. Ist Beihilfeelement ein zu niedriger Kaufpreis, reicht es zur Beseitigung des rechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils aus, wenn vom Beihilfeempfänger die Zahlung des Unterschiedsbetrags zwischen dem vereinbarten und dem höheren beihilfefreien Preis zuzüglich des bis zur Rückforderung entstandenen Zinsvorteils verlangt wird (Klarstellung zu 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. 3; Beschluss vom 13. September 2012 - III ZB 3/12, WM 2012, 2024 Rn. 19).

c) Ein Kaufvertrag, der Beihilfeelemente enthält, kann nicht durch Vereinbarung einer Erhaltens- und Ersetzungsklausel mit beihilferechtskonformem Inhalt aufrechterhalten werden, wenn keine konkreten Anhaltspunkte dafür bestehen, worauf sich die Parteien des Kaufvertrags bei - unterstellter - Nichtigkeit der Kaufpreisvereinbarung verständigt hätten.

BGH, Urteil vom 5. Dezember 2012 - I ZR 92/11 - OLG Köln
LG Bonn

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, Dr. Koch und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und der Streithelferin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 27. April 2011 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 Klägerin und die Streithelferin der Beklagten (im Weiteren: Streithelferin) sind miteinander im Wettbewerb stehende europaweit tätige Energieversorgungsunternehmen. Im Mai 2005 erwarb die Streithelferin von der beklagten Bundesrepublik Deutschland das von Münster nach Hessisch Oldendorf führende Teilstück des vormals militärisch genutzten Central Europe Pipeline Systems (CEPS) zum Preis von 700.000 €. Zuvor hatte die Beklagte - ohne ein förmliches Bieterverfahren durchzuführen - bei verschiedenen Unternehmen ein mögliches Kaufinteresse abgefragt. Die Klägerin war über die Verkaufsabsichten nicht informiert worden. Nachdem sie auf eigene Initiative Kenntnis davon erlangt hatte, bekundete sie Interesse an dem Erwerb des Teilstücks der Pipeline und gab ebenfalls ein Angebot zu einem Kaufpreis von 700.000 € ab.

2 Die Entscheidung, das Teilstück der Pipeline an die Streithelferin zu veräußern, begründete die Beklagte gegenüber der Klägerin damit, dass das Angebot der Streithelferin günstiger gewesen sei; diese habe unter anderem zusätzlich noch das ansonsten unverkäufliche Teilstück des CEPS von Schacht Rinkerode nach Münster übernommen.

3 § 6 des Kaufvertrags zwischen der Beklagten und der Streithelferin enthält folgende Regelung:

> Sollten einzelne Regelungen dieses Vertrages - gleich aus welchem Grund - unwirksam sein oder werden, so soll dadurch die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen nicht berührt werden. Der Bund und die W. verpflichten sich für diesen Fall, eine dem Sinn und Zweck der unwirksamen Regelung wirtschaftlich entsprechende ergänzende Vereinbarung zu treffen. Gleiches gilt für den Fall, dass der Kaufvertrag Lücken enthält oder der Auslegung bedarf.

4 Die Klägerin macht geltend, der Veräußerungspreis unterschreite den Marktwert und stelle damit eine Beihilfe gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Da die Beihilfe - unstreitig - nicht notifiziert worden sei, sei der Kaufvertrag nach § 134 BGB in Verbindung mit dem beihilferechtlichen Durchführungsverbot (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) nichtig.

5 Die Klägerin hat beantragt,

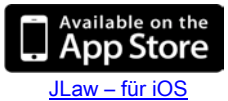
> festzustellen, dass der von der Beklagten mit der Streithelferin geschlossene Kaufvertrag über die Veräußerung eines Teilstücks des Central Europe Pipeline Systems betreffend die Strecke Münster - Hessisch Oldendorf nichtig ist.

6 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben.

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

7 Mit ihren vom Senat zugelassenen Revisionen, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, möchten die Beklagte und die Streithelferin die Abweisung der Klage erreichen.

Entscheidungsgründe:

8 I. Das Berufungsgericht hat den Anspruch auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrages gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV bejaht. Dazu hat es ausgeführt:

9 Die Feststellungsklage sei als beihilferechtliche Konkurrentenklage zulässig. Die Klage sei auch begründet. Der Verkauf des Teilstücks der Pipeline zum Preis von 700.000 € stelle eine Beihilfe dar. Der Marktwert des Teilstücks habe mindestens 870.000 € betragen. Die der Streithelferin gewährte Vergünstigung sei geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen und im Hinblick auf den europaweiten Tätigkeitsbereich der Klägerin und der Streithelferin den Handel zwischen Mitgliedstaaten der EU zu beeinträchtigen.

10 Der Kaufvertrag sei insgesamt nichtig. Eine Teilnichtigkeit komme weder aufgrund der im Vertrag enthaltenen salvatorischen Ersetzungsklausel noch nach den Grundsätzen ergänzender Vertragsauslegung in Betracht. Eine bloße Teilnichtigkeit mit ex tunc wirkender Heilung widerspreche Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV.

11 II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Zwar ist das Berufungsgericht zu Recht von der Zulässigkeit der Feststellungsklage ausgegangen (dazu II 1). Seine Annahme, der Verkauf des Teil-

stücks der Pipeline stelle eine Beihilfe dar, ist jedoch von Rechtsfehlern beeinflusst (dazu II 2).

12 1. Das Berufungsgericht hat die Feststellungsklage zutreffend als zulässig angesehen.

13 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann Gegenstand einer Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO auch das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnis zwischen einer Partei und einem Dritten (hier zwischen der Beklagten und der Streithelferin) sein, wenn dieses Rechtsverhältnis zugleich für die Parteien untereinander von Bedeutung ist und der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Klärung dieser Frage hat. Hierfür reicht es aus, wenn der Kläger vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Beklagten und dem Dritten in seinem Rechtsbereich nur mittelbar betroffen wird (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 1. Juli 2011 - V ZR 84/10, juris Rn. 36 mwN).

14 So liegt der Fall hier. Das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV, dessen Verletzung die Klägerin rügt, begründet für sie als Konkurrentin der Streithelferin subjektive Rechte (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 136/09, BGHZ 188, 326 Rn. 19 ff. - Flughafen Frankfurt-Hahn).

15 b) Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Leistungsklage im Streitfall nicht vorrangig ist, weil zu erwarten ist, dass die Beklagte ein feststellendes Urteil respektieren wird (vgl. BGH, Urteil vom 4. Oktober 2000 - VIII ZR 289/99, NJW 2001, 445, 447 f.).

16 c) Ohne Erfolg rügt die Revision, der Feststellungsantrag sei unzulässig, weil er auch dann begründet sein könne, wenn die Beklagte gegen andere

Rechtsvorschriften als Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV verstoßen hätte, die der Klägerin keine subjektiven Rechte verleihen.

17 Die Klägerin begehrt die Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags allein mit der Behauptung, der Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot verletze sie in eigenen Rechten. Sie hat damit den Streitgegenstand der Klage entsprechend beschränkt und eine Prüfung anderer Nichtigkeitsgründe, bezüglich deren es ihr an subjektiven Rechten fehlt, durch das Gericht ausgeschlossen.

18 d) Der Zulässigkeit der Feststellungsklage steht - anders als die Revision meint - auch nicht entgegen, dass die Klägerin damit ihr Ziel verfehlte, gerade einen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV rechtskräftig feststellen zu lassen, weil die Begründung für die Nichtigkeit nicht an der Rechtskraft des Feststellungsausspruchs teilhätte. Die Beschränkung der Rechtskraft schließt das Rechtsschutzinteresse nicht aus, wenn sich die Klage auf ein Drittrechtsverhältnis bezieht, das Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 2005 - II ZR 291/03, BGHZ 165, 192, 196 f.). Vorliegend kommt hinzu, dass bei einer Verurteilung der Beklagten zulasten der Streithelferin die Bindungswirkung des § 68 ZPO eintritt, die über die Rechtskraft des Urteils hinaus alle entscheidungserheblichen Tatsachenfeststellungen und rechtlichen Beurteilungen umfasst. Wäre der Kaufvertrag wegen Verstoßes gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot nichtig, müsste die Beklagte daher die Beihilfe zurückfordern (vgl. EuGH, Urteil vom 12. Februar 2008 - C-199/06, Slg. 2008, I-469 = EuZW 2008, 145 Rn. 38 - CELF I), ohne dass die Streithelferin noch einwenden könnte, dass tatsächlich keine Beihilfe vorliegt.

19 e) Da einerseits Konsequenz der Nichtigkeit die Rückforderung der Beihilfe ist und andererseits vorliegend ohne Nichtigkeit keine Rückforderung in

Betracht kommt, muss die Klägerin entgegen der Ansicht der Revision die Klage nicht auf die Feststellung einer Pflicht der Beklagten richten, die nach Auffassung der Klägerin rechtswidrig gewährte Beihilfe zu beseitigen. Es kann deshalb dahinstehen, ob ein solcher Antrag dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO widerspräche. Entgegen der Ansicht der Revision wird die Beklagte auch nicht in ihrer Entscheidungsfreiheit beschränkt, wie sie die rechtswidrige Beihilfe beseitigt. Vielmehr beruft sich die Klägerin auf eine Rechtsfolge, die sich ihrer Auffassung nach aus dem Gesetz ergibt und auf die die Beklagte keinen Einfluss hat.

20 2. Nicht frei von Rechtsfehlern ist die Annahme des Berufungsgerichts, der Verkauf des Teilstücks der Pipeline durch die Beklagte stelle eine Beihilfe dar.

21 a) Das Berufungsgericht ist auf der Grundlage des Gutachtens des gerichtlichen Sachverständigen Dr. K. davon ausgegangen, dass der Verkauf der Pipeline an die Streithelferin zum Preis von 700.000 € eine staatliche Beihilfe darstelle, weil dieser Preis in beihilferechtlich relevanter Weise unter dem Marktpreis gelegen habe. Die von der Beklagten und der Streithelferin erhobenen Einwände gegen die Feststellungen des Sachverständigen seien unbegründet. Zwar sei die Ermittlung eines realistischen Marktwertes für eine individuelle Sache wie das Teilstück der Pipeline schwierig bis nahezu unmöglich. Dies führe jedoch nicht dazu, dass eine Marktwertermittlung unterbleiben müsse. Auch die Kommission gehe davon aus, dass eine Wertermittlung durch einen unabhängigen Sachverständigen erfolgen müsse, wenn kein bedingungsfreies Bieterverfahren durchgeführt werde.

22 Der gerichtliche Sachverständige habe in seiner ergänzenden Stellungahme vom 23. Januar 2009 eine Marktwertbetrachtung allein auf der Basis

von Netznutzungsentgelten vorgenommen, dabei aber darauf hingewiesen, dass der Marktwert nicht anhand des abgeführten Gewinnertrags einer Tochtergesellschaft der Streithelferin ermittelt werden könne. Der Sachverständige sei bei einem realisierten Anschlusspotential von 10,8% und einer Benutzungsstruktur mit einem Richtwert von 3.500 h/a bei einer Marge von 0,122 ct/kWh zu einem Marktwert von 870.000 € gelangt. Die noch aufrechterhaltenen Einwände der Beklagtenseite zu den vom Sachverständigen herangezogenen Bemessungsfaktoren gingen damit ins Leere.

23 b) Die Beweiswürdigung durch das Berufungsgericht ist nicht frei von Rechtsfehlern.

24 aa) Die Revision rügt insoweit ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe den Marktwert nicht auf der Grundlage eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens ermitteln dürfen, weil bei Veräußerung eines nur einmal vorhandenen Gegenstandes (Unikats) nur der tatsächlich erzielte Preis und nicht ein nur hypothetisch ermittelter höherer Wert der Marktpreis sein könne.

25 Zwar ist es beim Verkauf von Unikaten grundsätzlich als ein beihilfefreies Geschäft zum Marktpreis anzusehen, wenn der Verkauf nach einem hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungsfreien Bieterverfahren an den meistbietenden oder einzigen Bieter erfolgt (vgl. Nr. II 1 der Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997 Nr. C 209, S. 3; nachfolgend: Mitteilung der Kommission). Die Beklagte hat aber kein transparentes Bieterverfahren für die Pipeline oder deren Teilstücke durchgeführt. Die Klägerin hat nur zufällig von der Verkaufsabsicht Kenntnis erlangt. In einem solchen Fall kann der vereinbarte Kaufpreis, von dem nicht feststeht, dass er sich in ei-

nem offenen Bieterwettbewerb gebildet hätte, nicht als Marktwert zugrunde gelegt werden.

26 Das Berufungsgericht hat es daher als zulässig und geboten angesehen, den Marktpreis für das Pipelineteilstück durch einen gerichtlichen Sachverständigen zu ermitteln. Es hat sich in diesem Zusammenhang auf die Mitteilung der Kommission (dort Nr. II 2 Buchst. a) bezogen, nach der bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand dann, wenn - wie hier - kein bedingungsfreies Bieterverfahren durchgeführt wird, vor den Verkaufsverhandlungen eine Bewertung durch unabhängige Sachverständige erfolgen soll; für den Fall der Unverkäuflichkeit sei nach der Mitteilung der Kommission (Nr. II 2 Buchst. b) eine Abweichung von 5% von dem so festgestellten Marktpreis noch als marktkonform anzusehen.

27 Das Berufungsgericht hat damit die Methode für die Prüfung eines möglichen Beihilfeelements zutreffend bestimmt. Wird auf ein bedingungsfreies Bieterverfahren verzichtet, kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein für das Kaufobjekt tatsächlich gebotener Preis beihilfefrei ist. Vielmehr muss dann eine objektive Wertermittlung erfolgen.

28 bb) Nicht frei von Rechtsfehlern ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, das Teilstück der Pipeline habe einen Marktwert in Höhe eines Ertragswerts von zumindest 870.000 €.

29 Das Berufungsgericht hat die Marktwertberechnung des Gutachters im Wege einer Ertragswertermittlung allein auf der Basis von Netznutzungsentgelten, also des erzielbaren Umsatzes, nicht beanstandet. Die Revision rügt zu Recht, dass dabei die Kosten des Gasnetzbetreibers - mit Ausnahme der Kosten der Nutzung des vorgelagerten Netzes - unberücksichtigt geblieben sind.

Zwar durfte, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, nicht statt der Netznutzungsentgelte der von der Netzbetreiberin W. Transport GmbH an ihre Konzernmutter abgeführte Gewinnertrag Grundlage für die Bestimmung des Marktwerts sein, weil die Gewinnabführung innerhalb des Konzerns jedenfalls zum Kaufzeitpunkt im Mai 2005 in weitem Rahmen frei gestaltet werden konnte. Wie die Beklagte und die Streithelferin vorgetragen haben, ist es aber nicht gerechtfertigt, mit Ausnahme der Kosten der Nutzung des vorgelagerten Netzes alle nach der Lebenserfahrung mit dem Netzbetrieb verbundenen Kosten unberücksichtigt zu lassen (§ 286 ZPO).

30 Der gerichtliche Sachverständige Dr. K. ist in seinem Gutachten vom 13. Mai 2008 davon ausgegangen, dass der Ertragswert des maßgeblichen Teilstücks der Pipeline aus der Differenz zwischen den (Zusatz-)Einnahmen und den Gesamtkosten errechnet wird, wobei er als Kosten den Kaufpreis, die Betriebskosten sowie zusätzliche Erschließungs- und Anschlusskosten erwähnt hat. Demgegenüber hat der Sachverständige in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 23. Januar 2009 angenommen, dass keine Kosten für den Betrieb des Teilstücks der Pipeline zu berücksichtigen seien. In der in der mündlichen Verhandlung am 20. Januar 2010 überreichten Präsentation hat er dazu zwar ausgeführt, die Netzentgelte seien so berechnet, dass die Kosten des Netzbetriebs durch den bestehenden Gastransport finanziert würden; die zusätzlich transportierten Mengen lieferten daher in voller Höhe einen Deckungsbeitrag. Diese Aussage steht aber im Gegensatz zur Berücksichtigung (weiterer) Kosten im Gutachten vom 13. Mai 2008, so dass die Ausführungen des Sachverständigen insoweit als widersprüchlich erscheinen.

31 Auch aus dem vom Berufungsgericht erwähnten Verkauf eines anderen Leitungsabschnitts des CEPS für einen Kaufpreis von 5.585 €/km lässt sich nicht ohne weiteres auf den Marktwert des vorliegend maßgeblichen Teilstücks

schließen, weil Feststellungen zur Vergleichbarkeit der Pipelineabschnitte fehlen.

32 c) Das Berufungsgericht hätte unter diesen Umständen aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen nicht bereits vom Vorliegen einer Beihilfe ausgehen dürfen. Vielmehr hätte es auf eine Vervollständigung des Gutachtens hinwirken müssen (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 1995 - VIII ZR 278/94, NJW 1996, 730; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 412 Rn. 2). Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben.

33 III. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden. Es obliegt dem Berufungsgericht, die fehlenden Feststellungen zum Beihilfecharakter des Kaufvertrags zu treffen. Entgegen der Ansicht der Revision ist die Klage nicht schon unabhängig vom Vorliegen einer Beihilfe abzuweisen, weil auch ein unterstellter Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot im Hinblick auf die im Streitfall vereinbarte Ersetzungsklausel keine Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags bewirkt. Zwar folgt bei einem Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot weder aus dem Unionsrecht noch aus dem deutschen Recht zwingend die Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags, durch den die Beihilfe gewährt wird (dazu III 1 bis 3). Auch wenn sich die beihilferechtlich gebotene Nichtigkeit aber auf die Kaufpreisvereinbarung beschränkt, ist der Vertrag trotz der im Streitfall vereinbarten Ersetzungsklausel nach deutschem Recht insgesamt nichtig, weil ihm ein wesentlicher Bestandteil fehlt, der auch durch Anwendung der Ersetzungsklausel nicht ersetzt werden kann (dazu III 4).

34 1. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union hat ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot die Unwirksamkeit der betreffenden Beihilfemaßnahme zur Folge. Auch eine spätere Entscheidung der Kommission, mit der die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar

erklärt wird, führt nicht zur Heilung der ungültigen Rechtsakte (EuGH, Urteil vom 21. November 1991 - C-354/90, Slg. 1991, I-5505 = EuZW 1993, 62 Rn. 16, 17 - FNCE; Urteil vom 11. Juli 1996 - C-39/94, Slg. 1996, I-3547 = EuZW 1996, 564 Rn. 67 - SFEI). Davon ausgehend hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung angenommen, dass ein Vertrag, durch den unter Verletzung des beihilferechtlichen Durchführungsverbots eine Beihilfe gewährt worden ist, gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und daher gemäß § 134 BGB nichtig ist (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. 33; Beschluss vom 13. September 2012 - III ZB 3/12, WM 2012, 2024 Rn. 19). Denn Zweck des Durchführungsverbots ist nicht nur, das System der präventiven Beihilfenkontrolle durch die Europäische Kommission zu sichern, sondern auch Wettbewerbsvorteile des Einzelnen zu verhindern, die er aus einer nicht auf dem vorgesehenen Weg gewährten Beihilfe ziehen könnte. Unter Bezug auf die Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union in den Fällen FNCE (EuZW 1993, 62 Rn. 16, 17) und SFEI (EuZW 1996, 564 Rn. 67) hat der Bundesgerichtshof angenommen, dieser Zweck des Durchführungsverbots lasse sich nur durch Annullierung der rechtsgeschäftlichen Regelung erreichen, die es verletzt (BGHZ 173, 129 Rn. 34).

35 2. Wie sich insbesondere aus der inzwischen ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ergibt, gebietet der Zweck des unionsrechtlichen Durchführungsverbots aber keine Gesamtnichtigkeit von Kaufverträgen, in denen das Beihilfeelement ein zu niedriger Kaufpreis ist (in diesem Sinne auch BGH, WM 2012, 2024 Rn. 16). In solchen Fällen reicht es zur Beseitigung des rechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils aus, wenn vom Beihilfeempfänger die Zahlung des Unterschiedsbetrags zwischen dem verein-

barten und dem höheren beihilfefreien Preis zuzüglich des bis zur Rückforderung entstandenen Zinsvorteils verlangt wird.

36 a) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestand bislang kein Anlass für entscheidungserhebliche Ausführungen zur Frage der Teil- oder Gesamtnichtigkeit von Kaufverträgen, die gegen das Durchführungsverbot verstoßen. So ging es in dem vom XI. Zivilsenat entschiedenen Fall um einen Investitionszuschuss, der insgesamt als Beihilfe zu qualifizieren war (BGH, EuZW 2004, 252). In der Sache III ZB 3/12 wurde auf Rückzahlung einer Beihilfe geklagt, die in einem Zinsvorteil bestand (WM 2012, 2024). Der IX. Zivilsenat hatte sich mit einem Darlehen zu befassen, das in vollem Umfang eine Beihilfe darstellte, weil sich das begünstigte Unternehmen am Markt nicht mehr finanzieren konnte (BGHZ 173, 129). Auch hier kam nur eine Gesamtnichtigkeit in Betracht. Der V. Zivilsenat hat zwar die Beihilfen enthaltenden Kaufverträge, die im Rahmen des Flächenerwerbsprogramms nach § 3 AusglLeistG abgeschlossen worden waren, insgesamt als nichtig angesehen. Das war für die Entscheidung indes nicht tragend, weil aufgrund einer gesetzlichen Regelung die fraglichen Kaufverträge als mit einem höheren Kaufpreis bestätigt galten und zwischen den Parteien nur über diesen Differenzbetrag gestritten wurde.

37 b) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat mittlerweile klargestellt, dass das nationale Gericht nicht verpflichtet ist, die Rückforderung einer unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährten Beihilfe anzuordnen, wenn die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat, mit der die genannte Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird. Zum Ausgleich des rechtswidrigen Wettbewerbsvorteils, der dem Beihilfeempfänger durch die Nutzung der Beihilfe vor der positiven Entscheidung der Kommission zugeflossen ist, hat ihm das nationale Gericht aufzugeben, für die Dauer der Rechtswidrigkeit Zinsen ("Rechtswidrigkeitszinsen") zu zahlen. Außerdem kann

es gegebenenfalls die Rückzahlung der rechtswidrigen Beihilfe anordnen, unbeschadet des Rechts des Mitgliedstaats, diese später erneut zu gewähren (EuGH, Urteil vom 12. Februar 2008 - C-199/06, Slg. 2008, I-469 = EuZW 2008, 145 Rn. 55 - CELF I; Urteil vom 18. Dezember 2008 - C-384/07, Slg. 2008, I-10393 = EWS 2009, 81 Rn. 28 - Wienstrom).

38 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs kann das jeweilige nationale Recht also die Möglichkeit vorsehen, eine unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährte Beihilfe ("formell rechtswidrige Beihilfe") auch nach einer positiven Entscheidung der Kommission zurückzufordern; ein Zwang dazu besteht nach Unionsrecht aber nicht (vgl. auch bereits EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2006 - C-368/04, Slg. 2006, I-9957 = EuZW 2006, 725 Rn. 56 - Transalpine Ölleitung; ebenso BGH, WM 2012, 2024 Rn. 16). Erforderlich ist in einem solchen Fall allein, die Vorteile aus der rechtswidrigen vorzeitigen Nutzung der Beihilfe abzuschöpfen. Damit wird deutlich, dass sich die vom Gerichtshof erstmals in der Randnummer 16 des Urteils FNCE (EuZW 1993, 62) getroffene Aussage, eine spätere positive Entscheidung der Kommission habe keine Heilung der formell rechtswidrigen Beihilfemaßnahmen zur Folge, allein auf die Möglichkeit einer rückwirkenden Heilung bezieht (Ehlers/Scholz, JZ 2011, 585, 587). Das ergibt sich auch aus der englischen, der niederländischen und der als Verfahrenssprache im Fall FNCE sowie Arbeitssprache des Gerichtshofs besonders aufschlussreichen französischen Sprachfassung dieser Aussage ("effect of regularizing ex post facto", "achteraf wordt gedekt" bzw. "de régulariser a posteriori").

39 Aus diesen Grundsätzen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union folgt, dass die effektive Durchsetzung des Beihilferechts nicht gebietet, den gesamten die Beihilfe gewährenden Vertrag rückabzuwickeln, sondern dass nur der beihilferechtswidrig erlangte Vorteil abgeschöpft werden

muss (vgl. Cremer in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl., AEUV Art. 108 Rn. 15; Heidenhain, EuZW 2005, 135; Bartosch, EuZW 2008, 235, 240). Einen Abschreckungseffekt, der sich effizient durch eine Gesamtnichtigkeit erreichen ließe, bezweckt das Durchführungsverbot nicht (vgl. Verse/Wurmnest, AcP 204 (2004), S. 855, 860; aA Kühling, ZWeR 2003, 498, 504 ff.).

40 c) Vorliegend fehlt es zwar an einer Positiventscheidung der Kommission. Die Parteien streiten aber auch nicht über die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt, über die nach Art. 108 Abs. 2 AEUV allein die Kommission zu befinden hat. Vielmehr geht es um die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Kaufvertrag über die Pipeline ein notifizierungsbedürftiges Beihilfeelement enthält. Muss aber schon ein festgestelltes Beihilfeelement, das von der Kommission nachträglich mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar erklärt wird, nicht allein wegen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot zurückgefordert werden, so fordert das Unionsrecht erst recht keine Nichtigkeit des beihilfefreien Vertragsinhalts, wenn nur eine bestimmte Klausel eines Vertrags - insbesondere die Kaufpreisregelung - ein Beihilfeelement enthält.

41 Einer späteren Positiventscheidung der Kommission kommt lediglich die Funktion zu, die unionsrechtliche Sanktion des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot auf die Erstattung von Rechtswidrigkeitszinsen zu begrenzen. Werden aber nicht nur diese Zinsen, sondern wird darüber hinaus das Beihilfeelement des Kaufvertrags, also die Kaufpreisdifferenz, an die öffentliche Hand gezahlt, ist ein mit dem Gemeinsamen Markt vereinbarer Zustand wiederhergestellt, ohne dass es einer Positiventscheidung der Kommission bedarf. Dabei obliegt es im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot den nationalen Gerichten, den Begriff der Beihilfe auszulegen, solange die Kommission keine verfahrensabschließende Entscheidung nach Art. 108

Abs. 2 AEUV getroffen hat (EuGH, EuZW 1993, 62 Rn. 10 - FNCE, BGHZ 188, 326 Rn. 25).

42 d) Gegen ein unionsrechtliches Gebot der Gesamtnichtigkeit eines Kaufvertrags, dessen Kaufpreisregelung ein nicht notifiziertes Beihilfeelement enthält, spricht auch ein Beschluss des Präsidenten des Gerichts der Europäischen Union vom 6. Dezember 1996 (T-153/96R - Stadt Mainz, Slg. 1996, II-1655 Rn. 26). Diese Sache betraf den Verkauf eines Grundstücks der Stadt Mainz an eine Tochtergesellschaft der Siemens AG zu einem Preis unter Marktwert. Die Kommission stellte eine unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährte Beihilfe in Höhe von knapp 5 Millionen DM fest und ordnete deren Rückforderung an. Den Antrag Deutschlands auf Aussetzung des Vollzugs der Kommissionsentscheidung wies der Präsident des Gerichts während des dagegen betriebenen Rechtsmittelverfahrens zurück. Dabei führte er aus, dass allein das zuständige deutsche Gericht zu entscheiden habe, ob die Rückforderung der angeblichen Beihilfe die völlige oder teilweise Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrags rechtfertige. Der Präsident des Gerichts nahm zudem an, dass Folge der Kommissionsentscheidung eine Erhöhung des Grundstückskaufpreises - also nicht notwendig eine Unwirksamkeit des Kaufvertrags - sei (EuG, Slg. 1996, II-1655 Rn. 23, 26). Dies entspricht auch der Praxis der Kommission (vgl. etwa Art. 2 der Entscheidung der Kommission vom 14. April 1992, ABl. 1992 Nr. L 263/15, S. 25 - Daimler-Benz).

43 e) Für die unionsrechtliche Zulässigkeit einer auf Teile des Rechtsgeschäfts beschränkten Nichtigkeit bei Verträgen, die nicht notifizierte Beihilfeelemente enthalten, spricht auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu einer vergleichbaren Frage im Bereich des Kartellrechts. Danach ist es ebenfalls Sache des nationalen Gerichts zu beurteilen, ob die Nichtigkeit einer gegen das Kartellrecht der Union verstoßenden Vertragsklau-

sel zu einer Vertragsanpassung oder zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führt (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Dezember 1986 - C-10/86, Slg. 1986, 4071 Rn. 15 - VAG France; Urteil vom 30. April 1998 - C-230/96, Slg. 1998, I-2055 Rn. 51 - Cabour; Verse/Wurmnest, AcP 204 (2004), 855, 861). In diesem Sinn hat es der Gerichtshof ferner im Bereich des Zollrechts der Union den Gerichten der Mitgliedstaaten überlassen zu entscheiden, ob eine Abgabe, die nur über einen bestimmten Betrag hinaus mit dem Unionsrecht unvereinbar ist, nur hinsichtlich des übersteigenden Betrags oder insgesamt rechtswidrig ist (EuGH, Urteil vom 4. April 1968 - 34/67, Slg. 1968, 363, 373 - Lück). Es ist kein Grund ersichtlich, warum im Beihilferecht andere Grundsätze gelten sollten.

44 3. Auch das bei der Durchsetzung des Durchführungsverbots maßgebliche deutsche Recht gebietet nicht generell eine über das Unionsrecht hinausgehende Gesamtnichtigkeit von Kaufverträgen, deren Kaufpreisvereinbarung Beihilfeelemente enthält.

45 a) Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ordnet keine Rechtsfolge für den Fall eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot an. In einem solchen Fall sind Sinn und Zweck des Verbots dafür entscheidend, inwieweit Nichtigkeit gemäß § 134 BGB eintritt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich das Durchführungsverbot nach Wortlaut und systematischer Stellung eindeutig allein an die Mitgliedstaaten als Beihilfegeber und damit nur an eine Vertragspartei richtet. Bei solchen einseitigen Verboten kommt die in § 134 BGB vorgesehene Rechtsfolge nur in Betracht, wenn dem Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der gleichwohl die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts erfordert (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1999 - X ZR 34/98, BGHZ 143, 283, 286; Urteil vom 13. Oktober 2009 - KZR 34/06, K&R 2010, 349 Rn. 12 - Teilnehmerdaten I). Der Bundesgerichtshof hat dies zwar bisher für das Durchführungsverbot bejaht. Dem lag allerdings die Annahme zugrunde, die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Eu-

ropäischen Union gebiete die Nichtigkeit des privatrechtlichen Vertrags, durch den die Beihilfe gewährt werde (vgl. Bartosch, EuZW 2008, 235, 240). Der Bundesgerichtshof hat sich dabei insbesondere auf die Entscheidungen FNCE (EuZW 1993, 62) und SFEI (EuZW 1996, 564) bezogen (vgl. grundlegend BGH, EuZW 2003, 444, 445). Wie oben (Rn. 37-43) dargelegt, kann aber im Hinblick auf die zwischenzeitliche Fortentwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht mehr daran festgehalten werden, dass das Unionsrecht eine Gesamtnichtigkeit von Kaufverträgen fordert, die gegen das Durchführungsverbot verstoßen.

46 Dient die Qualifikation als gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB der effizienten Durchsetzung des unionsrechtlichen Durchführungsverbots, so wird auch die sich daraus ergebende Rechtsfolge durch Sinn und Zweck des Durchführungsverbots bestimmt und begrenzt. Das Durchführungsverbot hat die Funktion zu verhindern, dass durch unangemeldete Beihilfen Benachteiligungen im Wettbewerb entstehen, die sanktionslos bleiben (vgl. BGHZ 188, 326 Rn. 19 - Flughafen Frankfurt-Hahn, mwN). Die durch einen zu niedrigen Kaufpreis hervorgerufene Wettbewerbsverzerrung lässt sich außer durch eine Rückabwicklung des Geschäfts aber auch durch eine Anpassung des Kaufpreises erreichen, wobei für die Kaufpreisdifferenz Zinsen ab dem tatsächlichen Vollzug des Kaufvertrags, regelmäßig also ab der Übergabe der Kaufsache, zu leisten sind. Mehr als die Beseitigung der Beihilfe in Form der mit ihr verbundenen Wettbewerbsverzerrung verlangt das Beihilferecht nicht.

47 Andere Gesichtspunkte, die nach deutschem Recht eine Gesamtnichtigkeit von unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot abgeschlossenen Kaufverträgen erfordern, sind nicht ersichtlich (vgl. Bartosch, EuZW 2008, 235, 240).

48 b) Danach ergibt sich aus Sinn und Zweck des Durchführungsverbots, dass ein Kaufvertrag, der Beihilfeelemente enthält, wegen des Verstoßes gegen dieses Verbot nur insoweit nichtig ist, wie durch ihn eine Beihilfe gewährt wird. Im Streitfall erfasst diese Nichtigkeit allein die Kaufpreisregelung.

49 Der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz kann in Anwendung von § 134 BGB, letzter Halbsatz, dazu führen, dass ein Vertrag nur teilweise nichtig ist (vgl. MünchKomm.BGB/Armbrüster, 6. Aufl., § 134 Rn. 105; Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl., § 134 Rn. 29). Dementsprechend ist der Bundesgerichtshof etwa im Fall einer gegen § 12 TKG 1996 verstoßenden Preisvereinbarung von einer Teilnichtigkeit ausgegangen (BGH, K&R 2010, 349 Rn. 13, 49 - Teilnehmerdaten I). Mit dieser Vorschrift wurde der dem Durchführungsverbot im Ziel der Abwehr von Wettbewerbsverfälschungen verwandte Zweck verfolgt, einen chancengleichen Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten herzustellen.

50 Bei Zuwiderhandlungen gegen ein einseitiges gesetzliches Verbot gebietet zudem schon der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, die Nichtigkeitsfolge auf den nach Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes erforderlichen Umfang zu beschränken (vgl. Palm/Arnold in Erman, BGB, 13. Aufl., § 134 Rn. 14; Staudinger/Sack, BGB, 2011, § 134 Rn. 58; Jauernig, BGB, 14. Aufl., § 134 Rn. 14). Das hat gerade auch bei Verstößen gegen das Durchführungsverbot Bedeutung (vgl. etwa Quardt/Nielandt, EuZW 2004, 201, 203; Ehlers/Scholz, JZ 2011, 585, 587; Finck/Gurlit, Jura 2011, 87, 90). So kann sich ein Verdacht auf Beihilfen bei Projekten, die die öffentliche Hand mit privaten Partnern verwirklicht, erst nach vielen Jahren ergeben. Es würde oft zu unangemessenen Härten führen, wenn solche Projekte dann noch zwingend vollständig rückabgewickelt werden müssten (vgl. die Beispiele bei Heidenhain, EuZW 2005, 135, 137). Es wird auch nicht immer aus Sicht des privaten Partners Anlass bestehen, sich

über mögliche Beihilfeelemente in einem mit der öffentlichen Hand abgeschlossenen Austauschvertrag bereits vor Vertragsschluss Gedanken zu machen.

51 4. Die Nichtigkeit der Kaufpreisvereinbarung führt im Streitfall gleichwohl zur Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags. Denn der Kaufpreis gehört zu den unverzichtbaren essentialia negotii eines Kaufvertrags.

52 a) Allerdings haben die Beklagte und die Streithelferin für den Fall der Unwirksamkeit einzelner Regelungen vereinbart, dass ihr Kaufvertrag im Übrigen erhalten bleiben soll, und sich verpflichtet, eine dem Sinn und Zweck der unwirksamen Regelung wirtschaftlich entsprechende ergänzende Vereinbarung zu treffen. Gegen die Wirksamkeit dieser Erhaltens- und Ersetzungsklausel bestehen keine Bedenken. Die Aufrechterhaltung des Kaufvertrags mit beihilferechtskonformem Inhalt verstieße weder gegen beihilferechtliche Bestimmungen, noch läuft die salvatorische Klausel als solche einem Verbotsgesetz zuwider (vgl. Verse/Wurmnest, AcP 204 [2004], 855, 868).

53 b) Die Vereinbarung einer Ersetzungsklausel bewirkt indes nicht, dass die vom Nichtigkeitsgrund nicht unmittelbar erfassten Teile des Geschäfts unter allen Umständen als wirksam behandelt werden sollen. Sie führt vielmehr nur zu einer Umkehrung der Vermutung des § 139 BGB in ihr Gegenteil. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen hätten, trifft denjenigen, der entgegen der Erhaltensklausel den Vertrag als Ganzes für unwirksam hält (BGH, Urteil vom 24. September 2002 - KZR 10/01, GRUR 2004, 353 = WRP 2003, 86; Urteil vom 15. März 2010 - II ZR 84/09, NJW 2010, 1660 Rn. 8). Ist die Aufrechterhaltung des Restgeschäfts aber im Einzelfall mit dem durch Vertragsauslegung zu ermittelnden Parteiwillen unvereinbar, tritt trotz der salvatorischen Klausel Nichtigkeit des gesamten Vertrages ein.

54 c) Das Berufungsgericht hat - aus seiner Sicht konsequent - keine Feststellungen zum Parteiwillen getroffen. Die Entscheidung, ob und wie die Vertragspartner die aufgrund des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot fehlende Kaufpreisregelung ersetzt hätten, kann indes aufgrund ausreichender tatsächlicher Feststellungen auch durch das Revisionsgericht getroffen werden. Denn es geht hier nicht um die Aufklärung eines - nicht festgestellten - tatsächlichen Parteiwillens, sondern um eine an objektiven Maßstäben orientierte Bewertung, was die Parteien im Falle des Erkennens der Regelungslücke bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 1997 - V ZR 250/96, NJW 1998, 1219, 1220).

55 aa) Eine Gesamtnichtigkeit trotz salvatorischer Klausel kommt insbesondere in Betracht, wenn nicht nur eine Nebenabrede, sondern eine wesentliche Vertragsbestimmung unwirksam ist und durch die Teilnichtigkeit der Gesamtcharakter des Vertrags verändert würde (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 1995 - VIII ZR 25/94, NJW 1996, 773; Urteil vom 4. Dezember 1996 - VIII ZR 360/95, NJW 1997, 933, 935). Das ist hier der Fall.

56 Die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises ist die vertragstypische, wesentliche Leistung des Käufers. Ist sie unwirksam und bliebe der übrige Vertragsinhalt dennoch gültig, würde der Vertrag seinen Charakter als Austauschvertrag verlieren und allein als einseitige Verpflichtung des Käufers fortbestehen (vgl. BGH, NJW 1996, 773, 774). Eine Aufrechterhaltung des Kaufvertrags als nur einseitige Verpflichtung des Verkäufers würden redliche Parteien für den Fall der Nichtigkeit der Kaufpreisabrede aber keinesfalls vereinbaren.

57 bb) Auch die zwischen der Beklagten und der Streithelferin vereinbarte Ersetzungsklausel vermag die Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags nicht abzuwenden. Sie kann nicht dazu führen, dass an die Stelle der - unterstellt - unwirksamen Kaufpreisvereinbarung der höhere, beihilfefreie Preis tritt. Denn eine solche Verpflichtung hätten redliche Vertragspartner bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nicht vereinbart.

58 Zwar wirkt sich die Anpassung des Kaufpreises an den Marktpreis für die Beklagte ausschließlich positiv aus, so dass eine Beeinträchtigung ihrer Interessen bei entsprechender Anpassung des Vertrags nicht ersichtlich ist. Der Streithelferin als Erwerberin des Teilstücks der Pipeline ist aber keineswegs unter allen Umständen ein Festhalten an dem Vertrag zu einem erhöhten Kaufpreis zuzumuten. Vielmehr erscheint fernliegend, dass von der Streithelferin ein Kauf des Teilstücks auf jeden Fall auch zu einem erheblich den vereinbarten Kaufpreis überschreitenden Marktpreis gewollt war. Das gilt umso mehr, als für die Streithelferin bei Abschluss des Kaufvertrags nicht deutlich werden musste, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe in ihm Beihilfeelemente enthalten sind.

59 Weder anderen Rechtsbeziehungen der Parteien des Kaufvertrags noch einer gesetzlichen Regelung lassen sich konkrete Anhaltspunkte dafür entnehmen, worauf sich die Parteien des Kaufvertrags bei - unterstellter - Nichtigkeit der Kaufpreisvereinbarung verständigt hätten (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 2008 - V ZR 14/08, NJW 2009, 1135 Rn. 17). Solange von den Vertragsparteien keine Ersatzvereinbarung getroffen worden ist, kann der Eintritt der Gesamtnichtigkeit unter diesen Umständen dann nicht durch eine Ersetzungsklausel verhindert werden (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 1995 - VIII ZR 25/94, NJW 1996, 773, 774). Insbesondere würde es die Grenze zwischen der Verwirklichung des hypothetischen Parteiwillens und einer unzulässigen richterlichen Vertragsgestaltung überschreiten, wenn der Ersetzungsklausel im vorliegenden

Fall eine Pflicht der Parteien entnommen würde, die nichtige Regelung des Kaufpreises durch eine Klausel zu ersetzen, nach der die Streithelferin den Vertrag entweder mit dem erhöhten, dem Marktpreis entsprechenden Kaufpreis zuzüglich Zinsen fortsetzen oder sich binnen bestimmter Frist von dem Vertrag lösen kann (aA Verse/Wurmnest, AcP 204 (2004), S. 855, 868 f.). Der in diesem Zusammenhang vorgeschlagenen Heranziehung des § 3a Abs. 1, 4 AusglLeistG bei Anwendung der Ersetzungsklausel zur vertraglichen Lückenfüllung steht entgegen, dass diese Norm speziell für die Lösung der Schwierigkeiten geschaffen wurde, die sich aus den beihilferechtlichen Bedenken der Kommission gegen das Flächenerwerbsprogramm in den Neuen Bundesländern gemäß § 3 AusglLeistG ergeben hatten. Damit handelt es sich um keine allgemeine Bestimmung, an der sich auch die Beklagte und ihre Streithelferin bei der Regelung ihrer Rechtsbeziehungen orientieren müssten. Ist aber nicht eindeutig, welche Bestimmung die Parteien an die Stelle einer nichtigen Regelung gesetzt hätten, so ist es dem Gericht verwehrt, in Anwendung der Ersetzungsklausel eine bestimmte, ihm interessengerecht erscheinende Klausel zum Vertragsinhalt zu machen (vgl. BGH, NJW 2009, 1135 Rn. 16).

60 5. Sollte der vereinbarte Kaufpreis Beihilfeelemente enthalten, steht der Klägerin somit ein Anspruch auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags zwischen der Beklagten und der Streithelferin zu.

61 IV. Danach ist das Berufungsurteil auf die Revisionen der Beklagten und der Streithelferin aufzuheben. Da die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bornkamm Schaffert Kirchhoff

Koch Löffler

Vorinstanzen:
LG Bonn, Entscheidung vom 26.03.2010 - 1 O 510/05 -
OLG Köln, Entscheidung vom 27.04.2011 - 5 U 51/10 -