

Gericht[OVG Berlin-Brandenburg

Az[OVG 6 B 3.17

Datum[18. Dezember 2017

Typ[Urteil

Sachgebiet[Sport

JURIS-Datenbank [ja

Normen[VwGO § 144 Abs. 6; VwVfG § 59 Abs. 1; BGB § 134; AEUV Artikel 107 Abs. 1, Artikel 108 Abs. 3 Satz 3; AGVO Artikel 55, 58 Nr. 1

]

Stichworte[Sportförderung; Feststellungsklage; nachträgliche Vereinbarkeitsentscheidung der Europäischen Kommission; Bindungswirkung der Kommissionsentscheidung; eigene Prüfungskompetenz des nationalen Gerichts; Deutscher Alpenverein; über dem Marktüblichen liegender Mietzins; Beihilfe; wirtschaftliche Tätigkeit am Markt; Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung; Rückwirkung

]

Leitsätze[Zur Frage des Vorliegens einer Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV durch Überlassung einer Kletterhalle im Rahmen der Sportförderung zu einem erheblich unter dem Marktüblichen liegenden Mietzins an den Deutschen Alpenverein.

]

Orientierung[s. Senatsurteil vom 18. Februar 2015 - OVG 6 B 24.14 - und BVerwG, Urteil vom 26. Oktober 2016 - 10 C 3.15 -

]

Vorinstanz[VG 26 K 6.13 Berlin

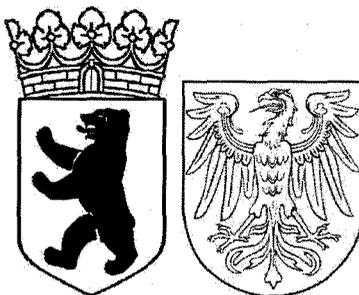
Anmerkungen[

]

Fundstelle[

]

Abschrift



**OBERVERWALTUNGSGERICHT
BERLIN-BRANDENBURG**

**IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL**

**OVG 6 B 3.17
VG 26 K 6.13 Berlin**

Verkündet am 18. Dezember 2017
Klauschke, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

der Magic Mountain Kletterhallen GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer

█; Böttgerstraße 20-26, 13357 Berlin,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte ARNECKE SIBETH, Kurfürstendamm 54/55, 10707 Berlin,

g e g e n

das Land Berlin, vertreten durch das Bezirksamt Mitte von Berlin - Rechtsamt -,
Mathilde-Jacob-Platz 1, 10551 Berlin,

Beklagten und Berufungsbeklagten,

der Deutsche Alpenverein, Sektion Berlin e.V., Markgrafenstraße 11, 10969 Berlin,

Beigeladener und Berufungskläger,

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Geulen & Klinger, Schaperstraße 15, 10719 Berlin,

hat der 6. Senat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Dezember 2017 durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Buchheister und die Richter am Oberverwaltungsgericht [REDACTED] und [REDACTED] sowie die ehrenamtlichen Richterinnen [REDACTED] und [REDACTED] für Recht erkannt:

Die Berufung des Beigeladenen wird zurückgewiesen.

Der Beigeladene trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar, für die Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme der Sportförderung.

Die Klägerin betreibt eine Kletterhalle zu gewerblichen Zwecken. In etwa drei Kilometern Entfernung errichtete der Beigeladene, ein zum Deutschen Alpenverein - DAV - gehörender Verein, eine Kletterhalle. Das 3.147 qm große Grundstück hierfür überließ ihm das beklagte Land im Rahmen der Sportförderung mit Mietvertrag vom 26. Oktober 2011 für die Dauer von 30 Jahren zu einem erheblich unter dem Marktüblichen liegenden Mietzins von 1.132,92 Euro im ersten Jahr. Die Halle wurde im Jahr 2012 errichtet und im Jahr 2013 in Betrieb genommen.

Die Klägerin hat im Dezember 2010 zunächst Unterlassungsklage wegen der beabsichtigten Grundstücksüberlassung erhoben und diese 2011 auf Feststellung der Nichtigkeit des Mietvertrages geändert. Sie sieht in der Mietpreisvergünstigung eine wettbewerbsverzerrende, europarechtlich unzulässige Beihilfe.

Auf die parallel hierzu bei der Europäischen Kommission eingereichte Wettbewerbsbeschwerde erklärte diese mit Beschluss vom 5. Dezember 2012 alle Unterstützungsleistungen der Länder und Kommunen zu Gunsten von Kletteranlagen

des Deutschen Alpenvereins und seiner Sektionen mit dem Binnenmarkt für vereinbar. Dabei entschied sie nicht nur über die Beschwerde der hiesigen Klägerin, sondern zudem über weitere Beschwerden von 36 unabhängigen Kletterhallenbetreibern in Deutschland und Österreich. Der Dachverband und die einzelnen Sektionen des DAV seien für die Zwecke der Beihilfenkontrolle als eine einzige Gruppe zu betrachten. Die ihnen von den Ländern und Kommunen gewährten Unterstützungen seien unionsrechtlich zwar Beihilfen, diese seien allerdings mit dem Binnenmarkt vereinbar. Sie dienten der Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, die die Handelsbedingungen nicht in einer Weise veränderten, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufe. Die Nichtigkeitsklage der Klägerin gegen diese Entscheidung der Kommission wies das Gericht der Europäischen Union mit rechtskräftigem Urteil vom 9. Juni 2016 - T-162/13 - ab.

Im hiesigen Klageverfahren beantragte die Klägerin festzustellen, dass der zwischen dem Beklagten und dem Beigeladenen geschlossene Mietvertrag vom 26. Oktober 2011 nichtig ist. Das Verwaltungsgericht hat daraufhin festgestellt, dass der Mietvertrag hinsichtlich der Mietzinsvereinbarung mit Wirkung bis zum 5. Dezember 2012, der Entscheidung der Europäischen Kommission, nichtig sei, und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Durchführung dieser Fördermaßnahme sei bis zur positiven Entscheidung der Kommission unionsrechtlich verboten gewesen. Für den nachfolgenden Zeitraum sei es der Klägerin jedenfalls verwehrt, sich auf eine fortbestehende Nichtigkeit des Mietvertrags zu berufen. Dieser Rechtsauffassung hat sich der erkennende Senat mit Urteil vom 18. Februar 2015 - OVG 6 B 24.14 - angeschlossen und die Berufung des Beigeladenen zurückgewiesen. Hinsichtlich des Vorliegens einer Beihilfe sei das Gericht an die Auffassung der Europäischen Kommission im Beschluss vom 5. Dezember 2012 gebunden.

Auf die Revision des Beigeladenen hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 26. Oktober 2016 - 10 C 3.15 - das Urteil des Senats aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an diesen zurückverwiesen. Eine Bindungswirkung der Kommissionsentscheidung vom 5. Dezember 2012 bestehe nicht. Der Senat müsse das Vorliegen einer Beihilfe in eigener Zuständigkeit und gegebenenfalls nach Ermittlung des Sachverhalts prüfen.

Der Beigeladene macht nunmehr geltend: Anders als im Beschwerdeverfahren vor der EU-Kommission sei vorliegend nicht auf die Aktivitäten des DAV und seiner Sektionen im gesamten Bundesgebiet abzustellen. Denn der hiesige Streitgegenstand beschränke sich auf die Aktivitäten der Sektion Berlin. Eine Dienstleistungserbringung am freien Markt sei ausgeschlossen, weil das Nutzungsangebot der Kletterhalle des Beigeladenen sich wesentlich von dem der kommerziellen Kletterhallen (insbesondere dem der Klägerin) unterscheide. Es sei zugeschnitten auf Kletterer, die entsprechend des Satzungszwecks einen sportlichen Anspruch an das Klettern hätten. Die Nutzung der streitbefangenen Kletterhalle sei auf Vereinsmitglieder, Mitgliedschaftsanwärter, die die Halle nur bis zu dreimal nutzen könnten ohne Mitglied zu werden, sowie für Zwecke des Schulsports und für staatliche Programme zu Gunsten sozial schwacher Personen beschränkt. Ausweislich der Statistik des Kassensystems werde die Dreierkarte von Mitgliedschaftsanwärtern durchschnittlich ca. 1,5 mal genutzt. Sie würden dann in der Regel Mitglied des Beigeladenen. Geübt werde insbesondere das Klettern am Naturfels. Die Angebotskette reiche von Einführungsveranstaltungen bis zum Hochalpinklettern. Demgegenüber sei das Angebot kommerzieller Kletterhallen wesentlich anders. Das der Klägerin umfasse einen Wellnessbereich, eine Sauna, einen Fitnessbereich, gastronomische Einrichtungen, Verkaufshops etc. Das Angebot von Klettereinrichtungen und Kletterhallen in Berlin habe in den vergangenen Jahren erheblich zugenommen. Dies belege, dass die Kletterhalle des Beigeladenen keine Auswirkungen auf die am freien Markt betriebenen Einrichtungen habe. Die Klägerin habe die von ihr behaupteten Umsatzeinbußen nicht belegt. Im Übrigen sei ein etwaiger Verstoß gegen die beihilferechtlichen Vorschriften durch die sog. Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung - AGVO - geheilt. Deren Artikel 58 Nr. 1 sehe eine rückwirkende Anwendung vor. Nach Artikel 55 AGVO seien Beihilfen für Sportinfrastrukturen mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der unionsrechtlichen Anmeldepflicht freigestellt.

Der Beigeladene und Berufungskläger beantragt,

unter Änderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Berlin vom 19. März 2013 die Klage abzuweisen.

Die Klägerin und Berufungsbeklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin führt aus: Der Beigeladene sei in seiner Gesamtheit (Dachverband mit Sektionen) am Markt tätig. Der DAV betreibe bundesweit ca. 200 Kletterhallen. Davon seien nur vier zutrittsbeschränkt für Mitglieder, nämlich diejenigen in Berlin, Kempten, Roth und Freiburg. Die übrigen Kletterhallen stünden gleichermaßen Mitgliedern und Nichtmitgliedern offen. Das gelte sowohl für den Zugang zu den Kletterwänden selbst als auch für die damit zusammenhängenden Dienstleistungen. Auch bei isolierter Betrachtung der Sektion Berlin seien Nichtmitglieder nicht vollständig ausgeschlossen. Der Beigeladene erziele Einnahmen aus Eintrittspreisen, aus Kursen (Klettern in der Halle, Felsklettern, Klettersteig, Reisen, Skitouren etc.) auch für Nichtmitglieder, Veranstaltungen (Kindergeburtstage, Firmenevents etc.) auch für Nichtmitglieder, Verleih von Klettermaterialien, Klettershop, Bistro sowie Einnahmen aus der Vermietung von Werbeflächen. Im Kletterbereich befänden sich großflächige Werbeplakate für Privatunternehmen. Diese unternehmerische Tätigkeit des Beigeladenen werde auch durch den streitigen Mietvertrag ermöglicht. Damit würden sonstige Tätigkeiten, wie z.B. die Veranstaltung von Reisen und der Betrieb von Berghütten quersubventioniert. Der Verstoß gegen das Durchführungsverbot werde nicht durch die AGVO geheilt.

Der Beklagte hat keinen Antrag gestellt.

Dessen ungeachtet führt er in der Sache aus, der Beigeladene bewege sich mit der Halle nicht am Markt, weil die Nutzung auf Vereinsmitglieder beschränkt sei, so dass eine Konkurrenzsituation zu gewerblichen Kletterhallenbetreibern schon aufgrund der unterschiedlichen Zielgruppen der beiden Anbieter nicht bestehe. Weiter sei ein etwaiger Verstoß gegen das unionsrechtliche Durchführungsverbot nach der AGVO geheilt.

Die Europäische Kommission hat von ihrem Recht zur Zusammenarbeit mit den Gerichten der Mitgliedstaaten nach Artikel 29 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 Gebrauch gemacht und mit Schreiben vom 5. Dezember 2017 Stellung genommen. Sie ist der Ansicht, die Voraussetzungen für die An-

nahme einer Beihilfe im Sinne des Unionsrechts seien erfüllt, insbesondere sei der DAV ein wirtschaftlich am Markt tätiges Unternehmen, unabhängig von der Frage, ob man die Aktivitäten allein der Berliner Sektion oder die Aktivitäten im Bundesgebiet insgesamt beurteile. Eine „Heilung“ des Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht des Artikels 108 Abs. 3 AEUV nach der AGVO komme nicht in Betracht. Diese sei nicht rückwirkend anwendbar.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Streitakten, der Akten des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens - VG 20 L 91/12 / OVG 6 S 16.12 - sowie der Verwaltungsvorgänge des Beklagten verwiesen, die vorgelegen haben und Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Beigeladenen ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat der Klage zu Recht teilweise stattgegeben und die Nichtigkeit des Mietvertrages vom 26. Oktober 2011 hinsichtlich der Regelungen über den Mietzins für den Zeitraum bis zum 5. Dezember 2012 festgestellt.

I. Die Klage ist als Feststellungsklage zulässig. Zur Begründung verweist der Senat auf sein Urteil vom 18. Februar 2015 - OVG 6 B 24.14 - (Rn. 18 bis 20 bei juris), dessen Erwägungen das Bundesverwaltungsgericht im Revisionsurteil bestätigt hat (dort Rn. 13 bis 15 bei juris).

II. Die Klage ist, soweit sie mit der Berufung des Beigeladenen angegriffen wird, auch begründet. Der zwischen dem Beklagten und dem Beigeladenen am 26. Oktober 2011 geschlossene Mietvertrag ist hinsichtlich der Mietzinsvereinbarung in § 4 Nr. 1 bis Nr. 3, soweit der Mietzins unterhalb des Ortsüblichen liegt, mit Wirkung bis zum Beschluss der Europäischen Kommission vom 5. Dezember 2012 nichtig.

1. Nach § 59 Abs. 1 VwVfG, der über § 1 Abs. 1 VwVfG Bln. entsprechend gilt, ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nichtig, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des BGB ergibt. Hier ist die Nichtigkeit

der im Wege öffentlich-rechtlichen Vertrages getroffenen Mietzinsvereinbarung nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot anzunehmen. Die Vereinbarung über den Mietzins verstößt gegen das in Artikel 108 Abs. 3 Satz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union - AEUV - enthaltene Durchführungsverbot, das ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt (Senatsurteil vom 18. Februar 2015 - OVG 6 B 254.14, Rn. 22 bei juris m.w.N.).

Gemäß Artikel 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV wird die Kommission von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann. Nach Satz 3 der Vorschrift darf der betreffende Mitgliedstaat die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat.

Ob das damit formulierte Durchführungsverbot greift, hängt davon ab, ob die in Rede stehende „Maßnahme“, also die Mietzinsvereinbarung, eine Beihilfe im Sinne des unionsrechtlichen Beihilferechts darstellt. Diese Frage ist nach den gemäß § 144 Abs. 6 VwGO grundsätzlich verbindlichen Vorgaben des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Oktober 2016 vom Senat in eigenständiger und umfassender Prüfung zu beantworten. Sie ist zu bejahen.

2. Gemäß Artikel 107 Abs. 1 AEUV setzt die Annahme einer unionsrechtlichen Beihilfe voraus, dass es sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel durch ein am Markt tätiges Unternehmen handelt, dem hierdurch ein Vorteil gewährt wird, der den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und der geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Weiter muss das Merkmal der Selektivität erfüllt sein. Das bedeutet, die in Rede stehende Vergünstigung darf nicht allen gleich ausgerichteten Unternehmen, sondern nur bestimmten zugutekommen. Diese Voraussetzungen liegen vor.

a) Dabei kommt dem Umstand, dass die streitige Kletterhalle im hier maßgeblichen Zeitraum zwischen Abschluss des Mietvertrages am 26. Oktober 2011 und dem Beschluss der Kommission am 5. Dezember 2012 noch nicht in Betrieb, sondern im Bau befindlich war, für die Frage des Vorliegens einer Beihilfe keine aus-

schlaggebende Bedeutung zu. Denn auch der Bau von Infrastrukturen ist dann als wirtschaftliche Tätigkeit zu werten, wenn deren spätere Nutzung eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt. Aus dem wirtschaftlichen Charakter der späteren Nutzung lässt sich die Art der Errichtung ableiten. Der EuGH hat im Urteil vom 19. Dezember 2012 - C-288/11 P - (Amtsbl. EU 2013, Nr. C 46, 5-6) im Zusammenhang mit dem Bau einer neuen Start- und Landebahn für den Flughafen Leipzig/Halle ausgeführt, dieser könne nicht vom Betrieb der Flughafeninfrastrukturen getrennt werden und stelle deshalb eine wirtschaftliche Tätigkeit dar, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts im Bereich der staatlichen Beihilfen falle (Rn. 40 ff. bei juris; s.a. Kommissionsbeschluss vom 20. März 2013, SA.35440 (2012/N), Rn. 9). Diese Erwägungen lassen sich auf den vorliegenden Sachverhalt und die im hier fraglichen Zeitraum noch im Bau befindliche Kletterhalle des Beigeladenen übertragen.

b) Der Senat geht weiter davon aus, dass der beigeladene Verein, die übrigen Sektionen des Deutschen Alpenvereins und deren Dachverband als eine wirtschaftliche Einheit, also als ein einziges Unternehmen im Sinne des europäischen Beihilferechts anzusehen sind.

Ausweislich seiner Satzung unterhält der Dachverband des DAV enge Verbindungen mit seinen Sektionen. Die Sektionen sind in der Hauptversammlung, dem obersten Organ des Dachverbands, vertreten und üben eine gemeinsame Kontrolle über den Dachverband aus (§§ 18 ff. der Satzung). Die Sektionen sind verpflichtet, einen festen Teil ihrer Mitgliedsbeiträge an den Dachverband zu entrichten (§ 8 der Satzung). Diese Gelder fließen u.a. in einen Fonds, aus dem Sektionen, die Investitionen in eine Berghütte oder ein Kletterzentrum planen, finanziell unterstützt werden (vgl. § 2 Nr. 2, § 3 Nr. 1 Buchst. e, Nr. 2 Buchst. a der Satzung; Kletterhallenhandbuch des Deutschen Alpenvereins, Stand: August 2011, Ziffer 1.6). Die Hauptversammlung des Dachverbandes kann eine Sektion wegen Nichterfüllung ihrer Pflichten aus dem Verband ausschließen mit der Folge, dass die Sektion alle Fördermittel, die sie vom Dachverband erhalten hat, an diesen zurückerstatten muss (vgl. § 21 Buchst. e der Satzung). Der Antrag auf Mitgliedschaft im DAV kann über die Internetseite des Dachverbandes gestellt werden. Dort wird u.a. darauf hingewiesen, dass Mitglieder einen kostenlosen oder vergünstigten Zugang zu allen Kletterzentren der Sektionen haben. Der Dachverband

verabschiedete 2010 einen Bedarfsplan für künstliche Kletteranlagen, demzufolge in Deutschland 60 neue Kletterzentren benötigt würden. Jede Sektion, die in ein Kletterzentrum investieren möchte, muss vorab die Zustimmung des Dachverbandes einholen. Die Zustimmung ist an eine vorab vorzunehmende Studie zur Wirtschaftlichkeit des Kletterzentrums gebunden. Mit dem Bau der Kletterzentren sollen auch neue Mitglieder gewonnen werden (Kletterhallenhandbuch Ziffer 1.5.1). Diese rechtliche und wirtschaftliche Verflechtung führt dazu, den Dachverband des Deutschen Alpenvereins und seine Sektionen als zusammengehörende Gruppe im Sinne des unionsrechtlichen Beihilferechts zu bewerten.

Das hat zur Folge, dass nicht nur die Situation des von dem Beigeladenen des hiesigen Verfahrens betriebenen Kletterzentrums in den Blick zu nehmen ist, sondern zudem die übrigen Sektionen und die von diesen zum Teil mit staatlichen Vergünstigungen errichteten oder betriebenen Kletterhallen zu betrachten sind.

c) Bei der gewährten Mietpreisvergünstigung handelt es sich um eine staatlich gewährte Begünstigung. Eine solche ist gegeben, wenn ein Unternehmen eine aus staatlichen Mitteln bewirkte Leistung erlangt, ohne hierfür eine angemessene marktübliche Gegenleistung erbracht zu haben. Dabei kommt es auf eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung von Leistung und Gegenleistung unter normalen Marktbedingungen an, wobei die Unionsgerichte den Begriff der Begünstigung unter Berücksichtigung aller unmittelbaren und mittelbaren Umstände weit auslegen. Für eine beihilferelevante Begünstigung genügt damit letztendlich ein finanzieller Vorteil, der einem Unternehmen aus staatlichen Mitteln zuteilwird (Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 1). Eine Begünstigung kann auch in der Verminderung einer finanziellen Belastung bestehen, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hätte. Eine nicht marktgerechte Vermietung eines Grundstücks kann daher eine Begünstigung im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV darstellen (Senatsbeschluss vom 7. Juni 2016 - OVG 6 S 54.15 -, Rn. 6 bei juris m.w.N.; Eisenhut, in Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 6. Auflage 2017, Art. 107 AEUV Rn. 8).

Dass vorliegend von einer Begünstigung in diesem Sinne durch den verbilligten Mietzins auszugehen ist, ist zwischen den Beteiligten unstreitig und wird auch übereinstimmend sowohl vom Bundesverwaltungsgericht (a.a.O., Rn. 39 bei juris)

als auch von der EU-Kommission im Beschluss vom 5. Dezember 2012 (Rn. 44) so gesehen. Der Senat sieht keinen Anlass für eine abweichende Einschätzung.

d) Die DAV-Gruppe stellt ein Unternehmen im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV dar. Unternehmen in diesem Sinne ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit am Markt ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Es kommt daher nicht darauf an, dass der DAV-Dachverband und seine Sektionen in der Rechtsform eines gemeinnützigen Vereins firmieren (so auch BVerwG, a.a.O., Rn. 40 unter Hinweis auf EuGH, Urteile vom 23. April 1991 - C-41/90, Höfner und Elsner - Rn. 21 und vom 24. Oktober 2002 - C-82/01, Aeroports de Paris -, Rn. 75).

Die DAV-Gruppe übt eine wirtschaftliche Tätigkeit am Markt aus. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist dies immer dann gegeben, wenn Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden (Urteil vom 18. Juni 1998 - C-35/96 -, Slg. 1998, I-3851 ff., Rn. 36). Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Betrieb von Kletterzentren, die einen Eintrittspreis verlangen, für die breite Öffentlichkeit bestimmt ist. Wenn der allgemeinen Öffentlichkeit Kletterwände gegen Eintrittspreis zur Verfügung gestellt werden, ist dies mit gewerblichen Fitnesscentern vergleichbar, die ihre Fitnessgeräte zur Verfügung stellen (Kommissionsbeschluss Rn. 47). Das ist vorliegend zu bejahen.

aa) Die Gruppe Deutscher Alpenverein betreibt nach den Angaben auf der Webseite des Dachverbands (www.alpenverein.de, Stichwort: Kletteranlagen in Deutschland, Ziffer 6) insgesamt rund 200 Kletterhallen im Bundesgebiet. Eine Nutzungsbeschränkung dahingehend, dass lediglich Vereinsmitglieder die Hallen nutzen dürfen, besteht allenfalls teilweise. Nach Angaben der Klägerin gilt eine Nutzungsbeschränkung nur für die Kletterhallen in Berlin, Kempten, Roth und Freiburg. Alle anderen Hallen seien öffentlich zugänglich, wobei die Eintrittspreise für Mitglieder des DAV reduziert sind. Der Beigeladene hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, sich mangels eigener Sachkenntnis hierzu nicht äußern zu können. Der Senat hat indessen keinen Zweifel, dass der Vortrag der Klägerin hierzu im Wesentlichen zutrifft. Vom Senat durchgeführte stichprobenartige Recherchen im Internet, deren Ergebnisse Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, bestätigen das. Danach ist beispielsweise der Zugang zu den

Klettereinrichtungen in Heidelberg, Reutlingen, Stuttgart, Karlsruhe, Neu-Ulm, Kassel, Darmstadt, Würzburg, München, Regensburg, Frankenthal, Offenburg, Baden-Baden, Ravensburg, Schorndorf, Oberndorf am Neckar, Buchen, Wadern-Wadrill, Trier, Kaiserslautern, Mainz, Siegen und Wuppertal für die Öffentlichkeit nicht beschränkt (vgl. www.kletterzentrum-heidelberg.de; www.kletterzentrum-reutlingen.de; www.kletterzentrum-stuttgart.de; alpenverein-karlsruhe.de; www.sparkassendom.de für Neu-Ulm; Kletterzentrum-Nordhessen.de für Kassel; Kletterzentrum-Darmstadt.de; Kletterzentrum-wuerzburg.de; www.kbthalkirchen.de für München; www.kletterzentrum-regensburg.de; www.pfalz-rock.de für Frankenthal; www.kletterzentrum-offenburg.de; www.alpenverein-baden-baden.de; www.kletterbox.com für Ravensburg; dav-schorndorf.de; www.k5-Kletterzentrum.de für Oberndorf am Neckar; www.DAV-Buchen.de; www.dav-hochwald.de für Wadern-Wadrill; www.dav-trier.de; www.kletterhalle-dav-kl.de für Kaiserslautern; www.kletterkiste-mainz.de; www.kletterzentrum-siegerland.de; www.wupperwaende.de). In all diesen Einrichtungen haben Nichtmitglieder des Deutschen Alpenvereins unbeschränkten Zugang. Sie zahlen lediglich einen Eintrittspreis, der über demjenigen für Vereinsmitglieder liegt. Damit übt die DAV-Gruppe eine „wirtschaftliche Tätigkeit am Markt“ aus.

Diese Einschätzung wird gestützt durch die Vorgaben des DAV-Dachverbands für die Errichtung und den Betrieb von Kletterhallen, die in dem Kletterhallenhandbuch formuliert sind, das der Beigeladene auf Bitten des Senats vorgelegt hat. Auch danach sind für die ganz überwiegende Zahl der Kletterhallen keine Nutzungsbeschränkungen auf Vereinsmitglieder vorhanden. Sie konkurrieren mit (anderen) kommerziellen Kletterhallen vielmehr ganz offen.

In dem Kletterhallenhandbuch wird etwa im 2. Abschnitt betreffend „Projektentwicklung“ unter Ziffer 2.2.2 „Marktanalyse“ ausgeführt: „Eine Marktanalyse liefert Informationen, um das Marktpotential einer künstlichen Kletteranlage besser abschätzen zu können. Sie gibt Auskunft über das Marktvolumen, die Marktanteile, die Wettbewerbssituation, die Trends und die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Bei größeren Investitionen sind die Ergebnisse der Marktanalyse unerlässliche Entscheidungshilfen. [...] Beantwortet werden muss dadurch auch die zentrale Frage, ob sich der Sport in der Region im Stadium des Wachstums, der Stagna-

tion oder des Schrumpfens befindet. [...] Die Betrachtung des `Marktes Kletterhalle' muss dabei aus unterschiedlichen Blickwinkeln erfolgen, also aus Sicht des DAV-Hauptvereins, der Sektion, des Sektionsmitglieds, des Nichtmitglieds und des Freizeitmarkts.“ Unter Ziffer 2.2.4 „Konkurrenzanalyse“ heißt es: „Als Entscheidungsgrundlage für eine neue Kletteranlage, aber auch für eine Erweiterung, ist eine Konkurrenzanalyse unerlässlich. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf der Ermittlung und Bewertung von gegenwärtigen und künftigen Mitbewerbern auf dem Klettermarkt.“ Aus dem im Anhang zur Projektentwicklung aufgeführten Musterbetriebsführungsvertrag geht hervor, dass danach eine Option ist, den Gastro-Bereich einer Kletterhalle zu verpachten. Im Abschnitt 4 „Sponsoring“ heißt es unter Ziffer 4.1 „Grundlegendes“: „Sponsoring-Partnerschaften zwischen Vereinen oder Verbänden und Wirtschaftsunternehmen sind aus dem Sport nicht mehr wegzudenken. [...] Sponsoring ist immer ein Geschäft auf Gegenseitigkeit, das auf dem Prinzip der Leistung und Gegenleistung basiert. Dies bedeutet, dass der Gesponserte vom Sponsorpartner Geld-, Sach- und/oder Dienstleistungen erhält und ihm dafür entsprechende Gegenleistungen, meist Kommunikationsleistungen, bietet. Somit grenzt sich Sponsoring deutlich vom Sammeln von Spenden (Fundraising) oder dem Mäzenatentum ab.“ Unter Ziffer 5.9.12 „Benutzungsordnung (Muster)“ ist keine Beschränkung der Hallenbenutzung für Nichtvereinsmitglieder vorgesehen. Unter Ziffer 7 „Kletterbetrieb“ wird ausgeführt: „Grundsätzlich umfasst der Kletterbetrieb in einer Kletteranlage offene Angebote, die für alle zugänglich sind, und geschlossene Angebote, die nur einer bestimmten Zielgruppe vorbehalten sind.“

Der Senat hat danach keinen Zweifel, dass die genannten Stichproben repräsentativ sind und die allgemeine Zugangssituation widerspiegeln.

Dessen ungeachtet sind die aufgezählten Klettereinrichtungen aber auch bereits für sich genommen ausreichend, um eine wirtschaftliche Tätigkeit der DAV-Gruppe insgesamt annehmen zu können.

Dabei kommt es nicht darauf an, wie hoch der Anteil der Nichtmitglieder gegenüber dem Anteil der Vereinsmitglieder unter den Nutzern der einzelnen Anlagen ist. Um eine wirtschaftliche Tätigkeit am Markt auszuüben genügt es, allgemein zugängliche Dienstleistungen gegen Entgelt zu erbringen. Dass die Tätigkeit ei-

nen gewissen wirtschaftlichen Erfolg haben muss, ist dagegen nicht Voraussetzung. Denn für den wirtschaftlichen Charakter einer Tätigkeit kommt es auf deren Rentabilität nicht an (EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012 - C-288/11 P -, Rn. 50).

Im Übrigen ist der Anteil der Nichtvereinsmitglieder nach gegenwärtigem Erkenntnisstand auch nicht vollkommen marginal und etwa deshalb zu vernachlässigen. Der Senat geht davon aus, dass er bundesweit im Durchschnitt ungefähr zehn Prozent beträgt. In der von dem Beigeladenen betriebenen Halle in Berlin betrug der Anteil der Nichtvereinsmitglieder unter den Besuchern nach dessen Angaben im Jahr 2014 rund 11,7 Prozent, im Jahr 2015 rund 9 Prozent und im Jahr 2016 rund 12,6 Prozent. Dass hierzu auch Angehörige sozial benachteiligter Gruppen gehören mögen, ist für die rechtliche Würdigung vorliegend ohne Bedeutung, denn auch diese Gruppen haben für die Nutzung der Halle ein Entgelt zu entrichten, wenn dieses auch geringer sein mag als das für Nichtvereinsmitglieder. Die Angaben zu der Berliner Halle decken sich mit den Annahmen des DAV, der davon ausgeht, dass in den vereinseigenen Kletterhallen ca. 90 Prozent der Eintrittsgelder durch Vereinsmitglieder bezahlt werden (Schriftsatz des Beigeladenen vom 18. November 2011; Marktanalyse 2007, S. 19 und 45). In einer Stellungnahme gegenüber dem Beklagten vom 14. Juni 2011 hatte der Beigeladene angegeben, im Durchschnitt könne man davon ausgehen, dass ca. 90 Prozent der Besucher DAV-Mitglieder der anlagenbetreibenden Sektion seien. Der Beklagte beziffert im Schriftsatz vom 1. Juli 2011 hierzu beispielhaft den Anteil der Nichtmitglieder in den Kletterzentren München-Thalkirchen mit 8,2 Prozent, in München-Gilching mit 9,9 Prozent, in Bad Tölz mit zwölf Prozent und in Hamburg (geschätzt) zwischen sechs bis acht Prozent.

Darüber hinaus spricht für eine wirtschaftliche Tätigkeit am Markt beim Betrieb der Kletterhallen, dass für deren Benutzung von allen Nutzern, also auch von Vereinsmitgliedern, Eintrittsgelder zu entrichten sind. Insofern unterscheidet sich die DAV-Gruppe von anderen Amateursportvereinen. Bei jenen ist die Nutzung vereinseigener Einrichtungen für Mitglieder typischerweise kostenfrei bzw. über den Mitgliedsbeitrag abgedeckt. Die Nutzung der vereinseigenen Einrichtungen ist zudem konsequenterweise den Mitgliedern vorbehalten. Demgegenüber wird das Klettern in den Anlagen der Gruppe Deutscher Alpenverein auch für Mitglieder wie

eine herkömmliche wirtschaftliche Leistung am Markt nur gegen ein in jedem Einzelfall zu entrichtendes Entgelt angeboten. Die Dienstleistung stellt damit eine wirtschaftliche Tätigkeit dar. Diese wird auch „am Markt“ erbracht, weil der Zugang aus den dargelegten Gründen in aller Regel nicht auf Vereinsmitglieder beschränkt ist. Dessen ungeachtet wird man auch hinsichtlich der zugangsbeschränkten Kletterhallen zu berücksichtigen haben, dass eine Vereinsmitgliedschaft jedermann offen steht und sich die Kosten hierfür durch das gegenüber gewerblichen Hallen wie der der Klägerin etwas geringere Nutzungsentgelt amortisieren, wenn die Nutzung oft genug erfolgt.

Eine wirtschaftliche Tätigkeit übt die DAV-Gruppe beim Betrieb der Kletterhallen weiter dadurch aus, dass dort regelmäßig nicht nur das Klettern als Leistung angeboten wird, sondern darüber hinaus in weiteren Bereichen Waren und Leistungen gegen Entgelt offeriert werden. Die Kommission weist in ihrem Beschluss vom 5. Dezember 2012 auf Kletter- und Skikurse, Hotel- und Gaststättenbetrieb in Berghütten sowie Reiseveranstaltungen über ihre Tochtergesellschaft sowie auf den Umstand hin, dass keine klare Trennung der Aktivitäten innerhalb der DAV-Gruppe erfolgt (Rn. 49).

Bei dieser Sachlage stellt sich bei Berücksichtigung der Verflechtung der einzelnen Sektionen und des Dachverbandes die staatliche Begünstigung für eine Kletterhalle als Quersubventionierung der übrigen Aktivitäten des Unternehmens dar.

bb) Auch wenn man nur die Kletterhalle des Beigeladenen in Berlin in den Blick nähme, ergäbe sich im Übrigen kein anderes Bild. Auch der Beigeladene übt nach den vorgenannten Maßstäben mit dem Betrieb der streitbefangenen Kletterhalle eine wirtschaftliche Tätigkeit am Markt im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV aus. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass die Nutzung der Halle im Wesentlichen auf Vereinsmitglieder beschränkt ist. Denn auch Vereinsmitglieder müssen in Abweichung zu der üblicherweise kostenfreien Nutzung vereinseigener Einrichtungen ein Eintrittsgeld für die Benutzung der Halle entrichten und die Vereinsmitgliedschaft steht jedermann offen.

Selbst wenn man dies für sich genommen nicht als ausreichend erachtete, um eine wirtschaftliche Tätigkeit am Markt anzunehmen, treten die weiteren wirt-

schaftlichen Aktivitäten hinzu, für die der Beigeladene das ihm vergünstigt überlassene Grundstück nutzt. Er erzielt Umsätze und Erlöse aus dem Betrieb des Bistros, dem Verkauf von Kletterausrüstung und -bekleidung sowie Werbeeinnahmen. Durch diese Tätigkeiten, die er jedermann und nicht nur Vereinsmitgliedern anbietet, übt er eine wirtschaftliche Tätigkeit am Markt aus.

Auf entsprechende Nachfrage des Senats hat er angegeben, dass er im Jahr 2014 mit dem Betrieb der Halle Erlöse in Höhe von 386.115 Euro erzielt habe. Davon seien auf Eintrittsgelder für Mitgliedschaftsanwärter/Angehörige sozialer Gruppen 46.714 Euro, auf Materialverleih für Mitgliedschaftsanwärter/Angehörige sozialer Gruppen 4.900 Euro, auf das Bistro 40.641 Euro und auf den Warenverkauf 599 Euro entfallen. Das ergibt in der Summe 92.854 Euro, also rund 24 % des Gesamterlöses des Jahres, der auf für die Allgemeinheit offen stehende Dienstleistungen und Waren entfällt. Ähnlich verhält es sich im Jahr 2015, wo er Erlöse von insgesamt 427.356 Euro erzielt hat. Davon entfielen auf Eintrittsgelder für Mitgliedschaftsanwärter/Angehörige sozialer Gruppen 45.580 Euro, auf den Materialverleih für Mitgliedschaftsanwärter/Angehörige sozialer Gruppen 4.883 Euro, auf das Bistro 46.662 Euro und auf den Warenverkauf 2.205 Euro. Das sind in der Summe 99.330 Euro, also rund 23,2 % des Gesamterlöses des Jahres. Dasselbe gilt für das Jahr 2016. Es wurden insgesamt 572.808 Euro erwirtschaftet. Davon entfielen auf Eintrittsgelder für Mitgliedschaftsanwärter/Angehörige sozialer Gruppen 64.137 Euro, auf den Materialverleih für Mitgliedschaftsanwärter/Angehörige sozialer Gruppen 8.181 Euro, auf das Bistro 62.945 Euro und auf den Warenverkauf 6.560 Euro. Das ergibt die Summe von 141.823 Euro, also rund 24,75 % des Gesamterlöses des Jahres.

Eine wirtschaftliche Tätigkeit des Beigeladenen ergibt sich zudem aus den Einnahmen durch Werbung für Drittunternehmen im Kletterbereich der Halle. Er hat nach eigenen Angaben Sponsoringverträge mit dem Bergsportausrüster „Camp4“ sowie mit der PSD-Bank Berlin-Brandenburg abgeschlossen, deren Höhe er nicht im Einzelnen beziffert. In der Gesamtaufstellung der erzielten Erlöse wird unter dem Posten „Spenden, Sponsoring, Zuschüsse“ für das Jahr 2014 ein Betrag von 15.207 Euro, für das Jahr 2015 von 15.751 Euro und für das Jahr 2016 von 13.464 Euro genannt.

Die Einwendungen des Beigeladenen hiergegen bleiben ohne Erfolg. Er führt an, der im Jahr 2016 im Bistro erzielte Erlös von 62.944,69 Euro entspreche bei 50.476 Eintritten in das Kletterzentrum einer durchschnittlichen Konsumation pro Besucher im Wert von rund 1,25 Euro. Es würden daher offenkundig keine „Zaungäste“ bewirtet. Die im Kletterzentrum zum Verkauf angebotenen Textilien seien ausnahmslos mit dem Logo des Kletterzentrums der Sektion Berlin versehene Vereinsbekleidung. Kleidungsstücke ohne Logo würden im Kletterzentrum nicht angeboten. Die Werbung für Drittunternehmen im Kletterbereich der Halle sei auf Sponsorenverträge zurückzuführen, die der Beigeladene mit jenen Unternehmen abgeschlossen habe. Diese Sponsoringverträge dienten insbesondere der Unterstützung der gemeinnützigen Arbeit der Sektion durch Förderung der Jugend- und der Inklusionsarbeit. Seine Kletterhalle unterscheide sich von kommerziellen Kletterhallen u.a. dadurch, dass sie Einrichtungen zum Üben von Standplatzbau, Standplatzwechsel, Abseilen aus verschiedenen Positionen und künftig auch von Techniken zur Bergung aus Gletscherspalten enthalte.

Das Vorbringen ist für die Frage, ob er einer wirtschaftlichen Tätigkeit am Markt im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV nachgeht, ohne Bedeutung. Das gilt sowohl für den Umstand, dass bei den Erlösen aus dem Bistrowerkauf statistisch auf jeden einzelnen Besucher nur ein verhältnismäßig geringer Betrag entfallen mag, als auch für den Aspekt, dass die Werbeeinnahmen für satzungsgemäße Zwecke des Vereins verwendet werden mögen. Nicht entscheidungserheblich ist zudem, ob das Nutzungsangebot des hier streitigen DAV-Kletterzentrums mit demjenigen kommerzieller Anbieter, wie dem der Klägerin, vergleichbar ist. Maßgeblich ist allein, dass er Waren und Dienstleistungen gegen Entgelt am Markt anbietet und damit eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.

Soweit der Beigeladene in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, der Zugang zu seinen Verkaufseinrichtungen sei faktisch und rechtlich beschränkt, vermag der Senat dies nicht nachzuvollziehen. Eine gewisse faktische Beschränkung mag man insoweit annehmen, als durch die Lage der Kletterhalle und der dazugehörigen Verkaufseinrichtungen regelmäßig keine sog. Laufkundschaft angezogen wird. Dies spielt indessen keine ausschlaggebende Rolle, weil das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht nach diesem Aspekt zu beurteilen ist. Eine rechtliche Zugangsbeschränkung im Sinne eines Verkaufsverbots für Nichtver-

einsmitglieder besteht weder nach den Bestimmungen des Mietvertrages noch nach den Ausführungsvorschriften über die Nutzung öffentlicher Sportanlagen Berlins für die Vermietung und Verpachtung landeseigener Grundstücke an Sportorganisationen (Sportanlagen-Nutzungsvorschriften - SPAN) vom 2. Februar 2010, die nach der Präambel des Mietvertrages vom 26. Oktober 2011 dessen Bestandteil sind.

Darüber hinaus ist der Beigeladene Eigentümer der in Österreich belegenen sog. Berliner Hütte, in der er Übernachtungsmöglichkeiten (75 Schlafplätze in Mehrbettzimmern, 102 Matratzenlager und 14 Schlafplätze im Winterraum) und Gastronomie gegen Entgelt gleichermaßen für Mitglieder als auch für Nichtmitglieder des Alpenvereins anbietet. Dass für die Übernachtungen für Vereinsmitglieder vergünstigte Tarife gelten, spielt für die Frage einer wirtschaftlichen Tätigkeit am Markt aus den dargelegten Gründen keine Rolle. Der Betrieb dieser Hütte wird durch die dem Beigeladenen gewährte staatliche Vergünstigung quersubventioniert.

Diese Feststellungen des Senats entsprechen im Ergebnis im Übrigen derjenigen der Kommission im vorliegenden Fall sowie ihrer in der Stellungnahme vom 5. Dezember 2017 dargelegten üblichen Entscheidungspraxis (Kommissionsstellungnahme Rn. 29 sowie die dort in Fußnote 12 enthaltenen Hinweise auf die Anlagen 1, 2, 3 und 4 zur Stellungnahme).

e) Durch die der DAV-Gruppe gewährten Begünstigungen droht auch eine Wettbewerbsverzerrung im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV. Sie liegt in der tatsächlichen oder potenziellen Verbesserung der Wettbewerbssituation des begünstigten Unternehmens gegenüber bestehenden anderen Unternehmen oder in der Erschwerung des Marktzutritts für neue Unternehmen. Bei einer bloß potenziellen Verfälschung muss diese jedoch hinreichend konkret sein. Auf die Spürbarkeit der Wettbewerbsverfälschung kommt es - jenseits der für sog. De-minimis-Beihilfen festgelegten Schwellenwerte - nicht an (Eisenhut, in Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 6. Auflage 2017, Art 107 AEUV Rn. 15 m.w.N.). Die Kommission hat das Vorliegen dieser Voraussetzung in ihrem Beschluss vom 5. Dezember 2012 zutreffend bejaht, weil die staatlich subventionierten Kletterhallen mit anderen Anlagen im Wettbewerb um Kunden stehen. Ohne Zugang zu den staatlichen

Fördermitteln ist es für den Alpenverein schwierig, den Betrieb dieser Kletterhallen aufrechtzuerhalten bzw. ein Programm mit allen Merkmalen - und den damit verbundenen Kosten - eines Kletterzentrums anzubieten.

Eine Wettbewerbsverzerrung ergibt sich auch bei isolierter Betrachtung der Finanzierung der Kletterhalle des Beigeladenen in Berlin. Diese beruht zu einem erheblichen Teil auf der preiswerten Grundstücksmiete, die angesichts des Investitionsvolumens von insgesamt rund 2,1 Mio. Euro letztlich nicht ins Gewicht fällt. Bereits dies verdeutlicht, dass dem Beigeladenen eine nicht unerhebliche Vergünstigung gewährt wird, die ihm ein Bestehen am Markt jedenfalls erleichtert. Ob es tatsächlich zutrifft, dass die Kletterhalle lukrativ ohne die staatliche Subventionierung nicht zu betreiben wäre, bedarf keiner Vertiefung. Denn es genügt, wenn die Beihilfe den Ablauf des Wettbewerbs verändert.

Auch insofern ergäbe sich demnach kein anderes Ergebnis, wenn man das Vorliegen einer Wettbewerbsverzerrung allein anhand der hier streitigen Kletterhalle beurteilt.

f) Zudem droht die fragliche Begünstigung, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Eine solche Beeinträchtigung liegt vor, wenn die Beihilfe sich über das Gebiet des die Beihilfe gewährenden Mitgliedstaats hinaus auf die Konkurrenzsituation von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten auswirkt. Dabei genügt bereits die bloße Eignung der Maßnahme zur Handelsbeeinträchtigung (Eisenhut, a.a.O., Rn. 16; Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 2. Auflage 2016, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 160). Diese ist anzunehmen, wenn die Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern in diesem Handel stärkt.

Diese Voraussetzung ist schon deshalb zu bejahen, weil die DAV-Gruppe in ihren Aktivitäten insgesamt zu betrachten ist. Die Kommission weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass einer der dortigen Beschwerdeführer ein niederländisches Unternehmen sei, das drei Kletterhallen in Deutschland betreibe. Es ist daher vorstellbar, dass ein Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat in eine Kletterhalle in Berlin oder andernorts in Deutschland infolge der Begünstigungen, die dem DAV und seinen Sektionen bundesweit gewährt werden,

durch die Subventionierung des Kletterhallenbaus und -betriebs von entsprechenden Investitionen abgeschreckt wird. Hinzu kommt, dass der DAV in anderen Mitgliedstaaten (insbesondere in Österreich und Italien) und auch in anderen Bereichen (wie Hotel- und Gaststättenbetrieb in Berghütten) tätig ist (vgl. Kommissionsbeschluss Rn. 62).

Auch insoweit gilt im Ergebnis nichts anderes, sofern man nur die dem Beigeladenen gewährte Begünstigung betrachtet. Jedenfalls für den Berliner Markt besteht die Gefahr, dass andere Unternehmen davon abgehalten werden, entsprechende Dienstleistungen wie der Beigeladene zu erbringen.

g) Die der DAV-Gruppe insgesamt wie die nur dem Beigeladenen gewährten Zuwendungen für den Betrieb von Kletterhallen erfüllen auch das Merkmal der Selektivität, denn es handelt sich um Vergünstigungen, die nicht allen Kletterhallen Anbietern gewährt werden, sondern nur solchen Betreibern, die als Sportvereine organisiert sind, nicht aber z. B. der Klägerin.

3. Folge des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Artikels 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ist die vom Verwaltungsgericht erkannte Teilnichtigkeit des Mietvertrags.

Dieser Verstoß ist nicht nachträglich durch den Erlass der Verordnung (EU) 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. L 187 S. 1) - im Folgenden: Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) - „geheilt“ worden.

Zwar sind nach Artikel 55 AGVO Beihilfen für Sportinfrastrukturen im Sinne des Artikels 107 Abs. 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anmeldepflicht nach Artikel 108 Abs. 3 AEUV freigestellt, sofern die in der Verordnung hierzu vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind. Weiter mag man die streitbefangene Kletterhalle zu den Sportinfrastrukturen im Sinne dieser Verordnung zählen, so dass deren Anwendung grundsätzlich in Betracht kommt. Ihrer Anwendung steht jedoch entgegen, dass sie in der hier maßgeblichen Fassung am 1. Juli

2014 und damit nach dem hier maßgeblichen Zeitraum (26. Oktober 2011 bis 5. Dezember 2012) in Kraft getreten ist und sie keine Rückwirkung entfaltet.

Gemäß ihrem Artikel 58 Nr. 1 gilt sie zwar für vor ihrem Inkrafttreten gewährte Einzelbeihilfen, sofern diese alle Voraussetzungen dieser Verordnung, ausgenommen der in Artikel 9 geregelten Publikationspflicht, erfüllen. Einzelbeihilfen sind nach der Begriffsbestimmung in Artikel 2 Nr. 14 ii) AGVO Beihilfen, die einzelnen Empfängern auf der Grundlage einer Beihilferegulierung gewährt werden. Die hier in den Blick zu nehmende, dem Beigeladenen gewährte Beihilfe in Form der verbilligten Überlassung des Mietgrundstücks zur Errichtung und zum Betrieb der streitbefangenen Kletterhalle dürfte eine solche Einzelbeihilfe darstellen.

Anders als der Beklagte und der Beigeladene meinen, kann Artikel 58 Nr. 1 AGVO jedoch nicht zu einer „rückwirkenden Heilung“ des Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht des Artikels 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV führen. Das widerspricht der Funktion der Verordnung sowie dem Primärrecht der Union.

Die von der Kommission erlassene AGVO stellt Gruppen von Beihilfen von der Anmeldepflicht nach Artikel 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV frei und legt zugleich die materiellen Vereinbarkeitsvoraussetzungen für diese Beihilfengruppen fest. Dies bezweckt eine Verfahrensvereinfachung für die Beihilfeempfänger und die die Beihilfen gewährenden mitgliedstaatlichen Behörden, die sich bezüglich der freigestellten Beihilfen nicht mehr einem präventiven Anmeldeverfahren unterziehen müssen, sowie darüber hinaus eine Entlastung der Kommission, die sich auf Fälle mit besonders großen Auswirkungen auf den Binnenmarkt konzentrieren kann (Nowak, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3, 5. Auflage 2016, Einl. AGVO Rn. 1, sowie Erwägungsgründe 2 und 3 der Präambel der AGVO). Die Funktion der AGVO entspricht daher derjenigen eines Kommissionsbeschlusses, mit dem die Vereinbarkeit einer mitgliedstaatlichen Beihilfe mit dem unionsrechtlichen Beihilferecht nach Artikel 107 und Artikel 108 AEUV festgestellt wird. Dies geschieht durch eine antizipierte Prüfung, die die Kommission für bestimmte Gruppen von Beihilfemaßnahmen in Form der Verordnung vorgenommen hat. Derartige Beschlüsse entfalten keine Rückwirkung, wie gerade der vorliegende Streitfall zeigt. Der Beschluss vom 5. Dezember 2012, mit dem die Kommission die Vereinbarkeit der Beihilfen für die Gruppe Deutscher Alpenverein mit dem uni-

onsrechtlichen Beihilferecht erklärt hat, wirkt erst ab seinem Erlass und für die Zukunft. Hiervon wollte die Verordnung auch durch die Einbeziehung von bereits vor ihrem Erlass gewährten Beihilfen nicht abweichen, sondern lediglich für bestimmte Bereiche Einzelbeschlüsse der Kommission durch eine Gruppenfreistellung ersetzen.

Die Annahme einer rückwirkenden Heilung eines Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht widerspräche darüber hinaus der Dogmatik des Artikels 108 AEUV und damit dem Primärrecht der Union. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zieht ein derartiger Verstoß zwangsläufig eine Sanktion nach sich. Diese kann entweder in der Anordnung einer Rückforderung der Beihilfe durch den Mitgliedstaat liegen, die von der Kommission auszusprechen ist (Eisenhut, a.a.O., Art. 108 Rn. 20), oder in der Verpflichtung zur Zahlung sog. CELF-Zinsen zum Ausgleich derjenigen Zinsen, die der Begünstigte auf den Betrag der fraglichen, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbaren aber nicht notifizierten Beihilfe gezahlt hätte, wenn er sich diesen Betrag bis zum Erlass der Kommissionsentscheidung auf dem Markt hätte leihen müssen, und zum Anderen zum Ausgleich der Verbesserung seiner Wettbewerbsposition gegenüber den anderen Marktteilnehmern während der Dauer der Rechtswidrigkeit (dazu: EuGH, Urteil vom 12. Februar 2008 - C-199/06 -, Slg. 2008, I-469 ff.). Beide Sanktionsvarianten würden im Falle einer rückwirkenden Heilung des Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht entfallen. Eine Verordnung der Kommission, die Derartiges vorsähe, stünde hierzu im Widerspruch.

Diese Einschätzung entspricht derjenigen, die die Kommission selbst in ihrer Stellungnahme vom 5. Dezember 2017 geäußert hat. Sie führt darin aus, dass schon der Wortlaut des Artikels 58 Nr. 1 AGVO nicht auf eine Rückwirkung schließen lasse. Vielmehr würden solche Einzelbeihilfen mit Inkrafttreten der Verordnung mit dem Binnenmarkt vereinbar, die Verletzung der Stillhaltepflicht des Artikels 108 Abs. 3 AEUV ende im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung. Die sog. CELF-Zinsen würden dann nur für den Zeitraum bis zu ihrem Inkrafttreten fällig. Die Verordnung habe die gleichen Wirkungen wie ein Beschluss der Kommission, der eine ursprünglich rechtswidrig gewährte Beihilfe für mit dem Binnenmarkt vereinbar erkläre (Rn. 35).

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO in Verbindung mit § 709 Satz 1 der Zivilprozessordnung.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil keiner der in § 132 Abs. 2 VwGO genannten Gründe vorliegt.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist bei dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich oder als elektronisches Dokument nach Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach vom 24. November 2017 (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV, BGBl. I S. 3803) versehen mit einer qualifizierten elektronischen Signatur oder signiert über einen sicheren Übermittlungsweg bei der elektronischen Poststelle des Gerichts einzulegen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht schriftlich oder als elektronisches Dokument in der bezeichneten Weise einzureichen.

Im Beschwerdeverfahren müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschulen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. In Angelegenheiten, die ein gegenwärtiges oder früheres Beamten-, Richter-, Wehrpflicht-, Wehrdienst- oder Zivildienstverhältnis betreffen, und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren

Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen einschließlich Prüfungsangelegenheiten, sind auch die in § 67 Absatz 2 Satz 2 Nr. 5 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) bezeichneten Organisationen einschließlich der von ihnen gebildeten juristischen Personen gemäß § 67 Absatz 2 Satz 2 Nr. 7 VwGO als Bevollmächtigte zugelassen; sie müssen durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln. Ein als Bevollmächtigter zugelassener Beteiligter kann sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; das Beschäftigungsverhältnis kann auch zu einer anderen Behörde, juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem der genannten Zusammenschlüsse bestehen. Richter dürfen nicht vor dem Gericht auftreten, dem sie angehören.

