

auf Bl. 534). Danach verlangt die Durchsetzung der Richtlinie, auf der die Gewährung eines „ewigen Widerspruchsrechts“ bei mangelnder Belehrung beruht, dass der Versicherungsnehmer vor der Belastung mit Kosten zu bewahren ist, die nur durch den angreifbaren Vertragsschluss entstanden sind

(ebenso jetzt OLG Köln, VersR 2015, 177, Rn. 28 bei juris).

c) Nach BGH

(Urteil vom 7. Mai 2014, Rn. 45 bei juris)

darf der Versicherer insbesondere bei Lebensversicherungen als Vermögensvorteil des Versicherungsnehmers während der Laufzeit des Vertrags den in die Prämienbemessung einkalkulierten *Risikoanteil* absetzen.

Aus welchen Rechtsgründen (Kl. Bl. 532) für die Risikokosten für die vereinbarte Pflegerentenzusatzversicherung etwas anderes gelten sollte, ist nicht zu erkennen.

Zur Höhe hat der Senat keine Bedenken, den von der Bekl. genannten Betrag von 513,85 € gemäß § 287 ZPO zugrunde zu legen. Der Kl. lässt (im Schriftsatz vom 24. Juni 2014, Bl. 482) darauf hinweisen, dass sein Vertreter in einer Parallelsache einen Betrag von knapp unter 2,00 € pro Monat unstreitig gestellt habe. 2,00 € pro Monat ergäben auf 18 Jahre gerechnet hier 432,00 €. Die Angabe der Bekl. liegt damit durchaus im Rahmen.

d) Nicht berücksichtigungsfähig sind entgegen der Meinung der Bekl. die *Vorteile*, die dem Kl. daraus erwachsen sind, dass die Bekl. die *Kapitalertragssteuer und den Solidaritätszuschlag*, die auf den ausgekehrten Kapitalbetrag angefallen sind, in Höhe von 1488,05 €, an das Finanzamt gezahlt hat. Zutreffend verweist der Kl. (Bl. 551ff. unter Bezugnahme auf das Urteil des OLG Köln

(jetzt VersR 2015, 177, Rn. 29 bei juris)

darauf, dass im Rahmen einer bereicherungsrechtlichen Saldierung Steuervorteile nur dann Berücksichtigung finden, wenn es bei dem rückabzuwickelnden Geschäft gerade um die Erzielung von Steuervorteilen ging. So liegt es hier aber nicht. Es ist daher Sache der Bekl., sich die Zahlung ihrerseits vom Finanzamt zurückzuholen.

e) Daneben stehen dem Kl. als von der Bekl. gezogene Nutzungen weitere 1.290,53 € zu, §§ 818 Abs. 3 BGB, 287 ZPO, sowie noch 875,79 € bislang nicht ausgezahlte Garantieverzinsung.

aa) *Insoweit* – d.h. für die Kalkulation der Anlage-Erträge – sind allerdings vorab die der Bekl. entstandenen Abschlusskosten und auch die über die Jahre entstandenen Verwaltungskosten abzusetzen. Für die Bemessung der aus dem Geld des Kl. erzielten Anlage-Erträge kann selbstverständlich im Ausgangspunkt nur der für eine Anlage real zur Verfügung stehende Betrag in Ansatz gebracht werden und müssen also die real angefallenen – „gezählten“ – Kosten abgesetzt werden.

Ungeachtet des Streits der Parteien über die diesbezügliche Nachweisflicht der Bekl. hat der Senat am Maßstab des § 287 ZPO gegen den Abzug von Verwaltungskosten von 113,44 € – in Rede steht ein Zeitraum von immerhin 18 Jahren (!) – keine Bedenken und erscheinen auch die Abschlusskosten mit 201,50 € als genügend plausibel.

bb) Darüber hinaus ist der Bekl. im Ansatz darin zu folgen, dass über die Garantieverzinsung und die Überschussbeteiligung ein wesentlicher Teil der Erträge an den Kl. bereits ausgekehrt worden ist.

Was die Überschussbeteiligung angeht, so hat die Bekl. dem Kl. ausweislich des Abrechnungsschreibens vom 22. August 2012 (Anlage K 11, Bl. 54) insgesamt 2599,01 € zukommen lassen. Nachdem der Kl. hiergegen weder schriftsätzlich noch auf Hinweis im Senatstermin etwas vorgebracht hat, namentlich nicht gerügt hat, dass der angegebene Betrag unrichtig oder auch nur nicht nachvollziehbar sei, ist als unstreitig zugrunde zu legen, dass die Bekl. insoweit den gesetzmäßig vorgeschriebenen Anteil ausgekehrt hat.

Weiter hat die Bekl. einen nicht unerheblichen Betrag aus den von ihr erwirtschafteten Erlösen in Gestalt der Garantieverzinsung an den Kl. weitergegeben. Auch gegen das diesbezügliche Vorbringen wendet der Kl. nichts ein.

Insoweit erschließt sich allerdings der von der Bekl. angegebene Betrag von 4082,07 € (Bl. 505) nicht. Bei einer Kapital-

abfindung von 7563,00 € (laut Abrechnungsschreiben) ergibt sich bei einer Einzahlung von 4356,72 € nach Rechnung des Senats eine ausgezahlte Verzinsung von lediglich 3206,28 €, also 875,79 € weniger als von der Bekl. errechnet. Die Bekl. hat ungeachtet des Hinweises des Senats im Termin zu dieser Frage nicht weiter Stellung genommen.

cc) Über den von der Bekl. angegebenen Betrag der Verzinsung von 4082,07 € (= 3206,28 € + 875,79 €) hinaus kann der Kl. als herauszugebende weitere Nutzungen einen Betrag von 1643,03 € verlangen.

Senatsbekannt liegen nämlich die Erträge, die Lebensversicherer in dem hier in Rede stehenden Zeitraum von 1995 bis 2012 erwirtschaftet haben, höher als nur 4%. Nach den Angaben der GDV (Die Deutsche Lebensversicherung, 2013, S. 28 betrug die Nettoverzinsung in den maßgeblichen Jahren, 7,37%, 7,37%, 7,46%, 7,57%, 7,58%, 7,51%, 6,12%, 4,68%, 5,05%, 4,90%, 5,18%, 4,82%, 4,65%, 3,54%, 4,18%, 4,27%, 4,13% und 4,59%, mithin durchschnittlich im 18-Jahreszeitraum 5,61%. Diesen Durchschnittszins legt der Senat gemäß § 287 Abs. 2 ZPO zugrunde.

Ergibt sich – nach den Angaben der Bekl. bei einem Zins von 4% eine Verzinsung von 4082,07 €, so ergibt sich bei einem Zinssatz von 5,61% eine Verzinsung von 5725,10 €, also ein Mehrbetrag von 1643,03 €. Im Vergleichsvorschlag hat der Senat für die Verzinsung – fälschlich – noch den Betrag von 3206,28 € zugrunde gelegt).

3. Insgesamt bestehen danach folgende Ansprüche

a) In der Hauptsache ergibt sich auf der Basis der Abrechnung der Bekl. sich ein (berechtigter, nicht verwirkter oder verjährter) Restbetrag zugunsten des Kl. von 584,18 €.

Hinzu kommen ferner die zu Unrecht abgesetzten Kosten von 314,94 € (Verwaltungskosten 113,44 €, Abschlusskosten 201,50 €), vgl. 2 b).

Zu Unrecht zieht die Bekl. dabei Steuervorteile von 1488,05 € ab, die folglich hinzuzurechnen sind, vgl. 2 d)

Da die Verzinsung schon nach Angaben der Bekl. 4082,07 € beträgt, worauf lediglich 3206,28 € ausgekehrt sind, kommt noch ein Betrag von 875,79 € hinzu, vgl. 2 e) bb a.E.).

Die weiteren Nutzungen belaufen sich auf 1643,03 €, vgl. 2 e) cc).

Damit ergeben sich aus

584,18 €	Restbetrag laut der Bekl.
+ 314,94 €	zu Unrecht abgesetzte Verw.- und Abschluss-Kosten
+ 1488,05 €	zu Unrecht abgesetzte Steuervorteile
+ 875,79 €	Differenz Verzinsung
+ 1643,03 €	<u>weitere Nutzungen</u>

weitere 4905,99 € zur Auskehrung...

BGB §§ 823 II, 1004; AEUV Art. 108 III 3

- 1. Art. 108 Abs. 3 S. 3 des Vertrages von Lissabon über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ist Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.**
- 2. Vorabentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs binden das ersuchende nationale Gericht.**
- 3. Das nationale Gericht hat eine Maßnahme, deretwegen die Europäische Kommission ein Prüfverfahren nach Art. 108 AEUV eingeleitet hat, grundsätzlich bis zum Abschluss dieses Verfahrens als Beihilfe anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn die Kommission in ihrem das Verfahren eröffnenden Beschluss ausdrücklich nicht ausgeschlossen hat, dass der Leistende wie ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber handelte, und betrifft gerade Maßnahmen aus der Zeit vor Einleitung des Prüfungsverfahrens.**
- 4. Dass das Berufungsgericht als nationales Gericht alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen hat, um die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu ziehen, gebietet es nicht, dass es der durch die Beihilfegewährung benachteiligten Partei auch solche Ansprüche zuerkennt, über die in**

dem erstinstanzlichen Teilurteil noch nicht entschieden worden ist.

SchlHOLG, 6. Zivilsenat, Urteil vom 8. April 2015 – 6 U 54/06 –, Chr.

Aus der Sachverhaltsdarstellung der Pressemitteilung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 13.4.2015:

Die Kl.in, ein Luftfahrtunternehmen, klagt gegen die Stadt Lübeck unter anderem auf Auskunft darüber, welche Sonderkonditionen für die Nutzung des Flughafens einem Mitbewerber – der Streithelferin – in den Jahren 2000 bis 2004 eingeräumt wurden. Die Kl.in meint, dass es sich insoweit um rechtswidrige staatliche Beihilfen handele. Das dem Auskunftsanspruch stattgebende erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Kiel änderte der Senat in einer ersten Entscheidung (Urteil vom 20. Mai 2008) und wies die Klage ab. Die Entscheidung stütze sich darauf, dass die von der Bekl. möglicherweise durch die Einräumung von Sonderkonditionen verletzte Bestimmung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV (Vertrag von Lissabon über die Arbeitsweise der Europäischen Union) nicht dem Schutz der Kl.in diene. Auf die durch den Senat zugelassene Revision hob der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 10. Februar 2011 (Az.: IZR 213/08) diese Entscheidung auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht mit der Begründung zurück, dass entgegen der Auffassung des Senats Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV durchaus Schutzwirkung zu Gunsten der Kl.in zukomme.

Aus den Gründen

A) Die Kl.in nimmt die Bekl., soweit die Sache bei dem Senat anhängig ist, auf Auskunft in Anspruch. Mit dem angefochtenen Teilurteil hat das Landgericht u. a. dem Antrag auf Verurteilung zur Auskunft entsprochen (Abschnitt II des Tenors). Hiergegen wendet sich die Bekl. mit ihrer Berufung, mit der sie ihren erstinstanzlichen Antrag weiter verfolgt, den Antrag auf Verurteilung zur Auskunft abzuweisen.

Mit Beschluss vom 10.7.2007

(ABl. EU 2007 Nr. C 295 S. 29)

hat die Europäische Kommission ein förmliches Prüfverfahren zu möglichen staatlichen Beihilfen u. a. zugunsten der Streithelferin eröffnet; solche Beihilfen könnten, so die Kommission, in der Geschäftsbeziehung der Streithelferin zu der F GmbH liegen, und zwar in Form unzureichender Entgelte sowie einer Marketingregelung. In den Gründen dieses Beschlusses heißt es sinngemäß: Wahrscheinlich seien die Leistungen der Bekl. an die Streithelferin staatliche Beihilfen

(vorläufige Würdigung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 der EU-Beihilfe-Verordnung, VO 659/99).

Allerdings – so die Kommission – frage sie sich, ob nicht die F GmbH wie ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber gehandelt habe, als sie sich zu diesen Leistungen verpflichtet habe

(aaO Rn. 121).

Mit Urteil vom 20.5.2008 hat der Senat das angefochtene Teilurteil geändert und die Klage wegen sämtlicher mit der Klage gestellten Leistungsanträge – auch derjenigen, die das Landgericht noch nicht beschieden hatte – als unbegründet abgewiesen. Einen mit der Klage außerdem gestellten Feststellungsantrag hat der Senat als unzulässig abgewiesen; dieser Teil der Abweisung ist inzwischen in Rechtskraft erwachsen. In den Gründen (Abschnitt II 2 a) heißt es, die von der Bekl. möglicherweise verletzte Bestimmung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV diene nicht i. S. d. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB dem Schutz der Kl.in.

Auf die (durch den Senat zugelassene) Revision der Kl.in gegen die Abweisung ihrer Leistungsanträge hat der Bundesgerichtshof diese Abweisung mit Urteil vom 10.2.2011 aufgehoben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den Senat zurückverwiesen. In den Gründen dieses Urteils (Abschnitt B II 1 b, c) heißt es, Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV diene durchaus i. S. d. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB dem Schutz der Kl.in. Zwecks Minderung der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen des nationalen Gerichts einerseits und der Europäischen Kommission andererseits könne der Senat die Europäische Kommission entsprechend deren Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte

(ABl. EU 2009 Nr. C 65, S. 1 Rn. 89f, 91a, 92)

um eine Stellungnahme über die Anwendung der Beihilfevorschriften bitten (Rn. 36).

Mit Schreiben an die Europäische Kommission vom 26.1.2012 ... hat der Senat – entsprechend der Anregung des Bundes-

gerichtshofs aus seinem Urteil vom 10.2.2011 – die Europäische Kommission u. a. um eine Stellungnahme zu der Frage gebeten, ob es sich bei der von der Kommission „Staatliche Beihilfe C 24/07 (ex NN 71/06) – staatliche Beihilfe zugunsten der F GmbH und R.“ genannten Maßnahme um eine Beihilfe handele, die nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV vor einer abschließenden Entscheidung der Kommission über ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt nicht hätte durchgeführt werden dürfen. Mit Schreiben vom 8.3.2012 hat die Europäische Kommission auf diese Anfrage in der Weise geantwortet, dass sie auf den Text zu den Randnummern 110–138 ihres Schreibens vom 10.7.2007 verwiesen hat; hiernach stelle, so das Schreiben vom 8.3.2012, die von der Bekl. am 29.5.2000 mit der Streithelferin getroffene Vereinbarung „prima facie“ eine Beihilfe dar. Deshalb sei eine „selbständige beihilferechtliche Würdigung“ durch den Senat entbehrlich, der vielmehr bereits auf der Grundlage der Entscheidung der Kommission, das förmliche Prüfverfahren einzuleiten, „alle Konsequenzen aus dem Verstoß gegen Artikel 108 Absatz 3 Satz 3 AEUV ziehen“ könne.

Mit Schriftsätzen vom 19.7.2012 und vom 25.11.2012 hat die Kl.in den in das Berufungsverfahren gelangten Teil ihrer Klage insoweit zurück genommen, als sie zunächst (in ihrem Klagantrag zu 2, dort letzter Spiegelstrich) auch beantragt hatte, die Bekl. zu verurteilen, ihr Auskunft über „sonstige Zahlungen oder Leistungen ohne angemessene Gegenleistung“ zu erteilen. Die Bekl. hat der Teilrücknahme zugestimmt.

Mit Beschluss vom 14.1.2013 hat der Senat nach Art. 267 AEUV dem Gerichtshof der Europäischen Union (fortan: Gerichtshof) u. a. folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt und das Verfahren bis zur Vorabentscheidung gemäß Nr. 29 Hs. 2 der Empfehlungen an die nationalen Gerichte bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen, 2012/C 338/01, ausgesetzt:

1.

Muss ein nationales Gericht, welches über eine Klage auf Rückforderung von Leistungen und auf Unterlassung künftiger Leistungen zu entscheiden hat, dann davon ausgehen, dass diese Leistungen Maßnahmen darstellen, die nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV vor Erlass eines abschließenden Beschlusses der Europäischen Kommission (fortan: Kommission) nicht durchgeführt werden dürfen, wenn die Kommission mit einer nicht angefochtenen Entscheidung wegen dieser Leistungen ein förmliches Beihilfeprüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV eingeleitet und in den Gründen dieser Entscheidung sinngemäß u. a. erklärt hat, die Leistungen seien wahrscheinlich staatliche Beihilfen?

2.

Falls die Frage 1 bejaht wird:

Gilt dies auch dann, wenn die Kommission in den Gründen ihrer Entscheidung außerdem sinngemäß erklärt hat, sie sei nicht in der Lage, zu ermitteln, ob der Leistende wie ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber gehandelt habe, als er sich zu diesen Leistungen verpflichtete?

Mit Schriftsatz vom 3.1.2014 ist die Streithelferin gemäß § 66 ZPO der Bekl. zum Zwecke ihrer Unterstützung beigetreten.

Mit Beschluss vom 4.4.2014 hat der Gerichtshof auf die zitierten Fragen aus dem Vorabentscheidungsersuchen des Senats vom 14.1.2013 sinngemäß geantwortet, er habe die Fragen bereits in seinem Urteil vom 21.11.2013 (C-284/12) beantwortet, insbesondere im Text zu Randnummer 38 jenes Urteils. Der Gerichtshof hat wiederholt, dass es den nationalen Gerichten verboten sei, die Ansicht zu vertreten, dass eine Maßnahme mit Beihilfeelementen, derentwegen die Europäische Kommission ein förmliches Prüfverfahren eröffnet habe, gleichwohl keine Beihilfe darstellen müsse (Rn. 21).

Bereits Anfang 2013 ist die F GmbH gemäß §§ 174 Abs. 1, 175 Nr. 1, 176 UmwG auf die Bekl. als übernehmende Rechtsträgerin übertragen worden.

Die Bekl. und ihre Streithelferin machen u. a. geltend:

Die Klage sei mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, weil die Kl.in nach der von ihr geltend gemachten Anspruchsgrundlage (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV i. V. m. §§ 823 Abs. 2,

1004 BGB) Ansprüche auch unmittelbar gegen die Streithelferin geltend machen könne.

Die Klage sei zudem mangels Bedeutsamkeit für den Hauptanspruch auch insoweit unzulässig, als die Kl.in Auskunft über weitere Ermäßigungen gegenüber der seinerzeit geltenden Entgeltordnung verlange (vorletzter Spiegelstrich des Klagantrags).

Die Leistungen der F GmbH an die Streithelferin in dem streitgegenständlichen Zeitraum seien keine Beihilfen gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV. Im Jahr 2000 hätte – so die Bekl. und ihre Streithelferin – auch ein ausschließlich an der Maximierung des eigenen Gewinns orientierter Privatinvestor mit der Streithelferin diejenigen Konditionen vereinbart, die tatsächlich die F GmbH mit ihr vereinbart habe.

Auch die Eröffnungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 10.7.2007 zwingt den Senat nicht dazu, davon auszugehen, dass die streitgegenständlichen Maßnahmen Beihilfen darstellten, zumal diese Maßnahmen in die Zeit vor dieser Eröffnungsentscheidung fielen. Die abweichende Sichtweise der Kl.in verstoße gegen das institutionelle Gleichgewicht der Union, gegen Unionsgrundrechte und gegen deutsches Verfassungsrecht. Auch die Antwort Nr. 3 im „Lufthansa-Urteil“ des Europäischen Gerichtshofs vom 21.11.2013 (C-284/12) stehe der Annahme einer solchen Bindungswirkung zwingend entgegen. Denn dort sei den nationalen Gerichten zugestanden worden, zur Beseitigung von Zweifeln über die Beihilfefrage ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof zu richten, und weil Gegenstand solcher Ersuchen nur entscheidungserhebliche Fragen sein könnten, müsse auch die Beihilfefrage entscheidungserheblich und könne deshalb nicht schon durch die Eröffnungsentscheidung beantwortet sein. Dass der Europäische Gerichtshof diese Antwort Nr. 3 in dem vorliegenden Verfahren nicht wiederholt habe, sei unerheblich. Gewisse Passagen in den Gründen des Lufthansa-Urteils, die möglicher Weise als solche für eine Bindung der Kommissionsentscheidung sprächen, seien deshalb unmaßgeblich, weil sie nicht in den Tenor des Urteils gelangt seien. Eine Bindungswirkung scheidet jedenfalls deshalb aus, weil die Streithelferin den Flughafen Lübeck nicht mehr anfliege und die vermeintliche Beihilfe deshalb nicht mehr in der Durchführung begriffen sei.

Gegen eine Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses spreche auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.11.2011 (1 BvR 2682-11), wonach die Verfahrensgrundrechte des vermeintlich Begünstigten gerade deshalb nicht seine Beteiligung an dem Beihilfeprüfungsverfahren geböten, weil die nationalen Gerichte nicht an die vorläufige Würdigung einer Maßnahme durch die Kommission als unionsrechtswidrige Beihilfe gebunden seien.

Wäre der Antwort des Europäischen Gerichtshofs auf das Vorabentscheidungsersuchen des Senats die Annahme einer Bindung an die Eröffnungsentscheidung zu entnehmen, so wäre diese Antwort nach Auffassung der Streithelferin als *ultra-vires*-Handeln im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anzusehen und deshalb unbeachtlich.

Weil die Bekl. nicht Betreiberin des Flughafens Lübeck sei, könne sie ohnehin auf eine Beihilfegewährung nicht einwirken.

Die Bekl. und ihre Streithelferin beantragen,

unter Änderung des Teilurteils des Landgerichts Kiel vom 28.7.2006 (Az. 14 O Kart. 176/04) den erstinstanzlichen Klagantrag zu 2 abzuweisen.

Die Kl.in beantragt,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass mit „gezahlten Beträgen und erbrachten Leistungen“ solche der F GmbH gemeint seien.

Weiter stellt die Kl.in Hilfsanträge „für den Fall, dass das Gericht den Vortrag der Bekl. zu der ab 15.6.2006 geltend gemachten neuen Entgeltordnung für berücksichtigungsfähig erachtet“:

Die Kl.in verteidigt das angefochtene Urteil.

Sie behauptet, die Leistungen der F GmbH an die Streithelferin, über deren genauen Umfang sie von der Bekl. Auskunft verlange, erfüllten alle Merkmale des Beihilfebegriffs nach Art. 107 Abs. 1 AEUV und seien deshalb nach Art. 108 Abs. 3

AEUV vor einer abschließenden Kommissionsentscheidung verboten gewesen. Folglich seien die diesen Leistungen zu Grunde liegenden Vereinbarungen nach § 134 BGB nichtig und könne sie – die Kl.in – von der Bekl. verlangen, dass diese die Beihilfen als ungerechtfertigte Bereicherung von der Streithelferin zurückfordere. Nur so werde nämlich verhindert, dass die Streithelferin weiter im Genuss der ihr verbotener Weise gewährten Vergünstigungen bleibe. Davon, dass die der Streithelferin gewährten Leistungen Beihilfen darstellten, habe der Senat schon wegen der Eröffnungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 10.7.2007 auszugehen, und zwar selbst dann, wenn die Kommission später feststellen sollte, dass die Leistungen tatsächlich keine Beihilfen seien. Eine solche Bindungswirkung der Eröffnungsentscheidung ergebe sich aus der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, spätestens aus dessen Antwort vom 4.4.2014 auf das Vorabentscheidungsersuchen des Senats in der vorliegenden Sache. Die Bindungswirkung betreffe auch diejenigen Leistungen, die schon vor der Eröffnungsentscheidung gewährt worden seien.

Schließlich regt die Kl.in an, dass der Senat auch über die noch bei dem Landgericht anhängig gebliebenen Teile der Klage (eidesstattliche Versicherung der Richtigkeit der Auskunft, Rückforderung, Unterlassung) entscheide, und zwar in ihrem – der Kl.in – Sinne. Denn zugleich mit der Verurteilung zur Auskunft könne der Senat wegen des Rückforderungsanspruchs ein Grundurteil erlassen. Überlasse der Senat die Entscheidung insoweit dem Landgericht, so missachte er das Gebot des Europäischen Gerichtshofs, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß der F GmbH gegen die Pflicht zur Aussetzung der Maßnahmen zu ziehen.

B) Gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO wird die Bestätigung der angefochtenen Entscheidung kurz begründet.

I. Bekl. und Berufungsklägerin ist zunächst die F GmbH gewesen. Indem diese Anfang 2013 gemäß §§ 174 Abs. 1, 175 Nr. 1, 176 UmwG auf die Hansestadt Lübeck als übernehmende Rechtsträgerin übertragen worden ist, ist die Hansestadt Lübeck Rechtsnachfolgerin der F GmbH und also, wie es der übereinstimmenden Rechtsauffassung beider Parteien entspricht, analog §§ 239, 246 ZPO neue Bekl. und Berufungsklägerin geworden.

II. Die zulässige Berufung der Bekl. im Hinblick auf den Auskunftsantrag ist unbegründet. Denn wegen dieses Antrages, der Gegenstand des Berufungsverfahrens ist, hat das Landgericht die F GmbH als Rechtsvorgängerin der Bekl. mit dem angefochtenen Teilurteil zu Recht verurteilt. Insoweit ist die Klage zulässig (1.) und auch begründet (2.).

1. Soweit noch Gegenstand des Berufungsverfahrens, ist der Auskunftsantrag zulässig.

Der Auskunftsantrag ist entgegen der Auffassung der Bekl. nicht mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Nach § 563 Abs. 2 ZPO ist der Senat an die entsprechende Beurteilung durch den Bundesgerichtshof gebunden, denn die Aufhebung beruht u. a. auf dieser Beurteilung. Hätte nämlich der Bundesgerichtshof die Klage für unzulässig gehalten, etwa deshalb, weil die Kl.in möglicherweise statt gegen die Bekl. auch gegen die Streithelferin vorgehen könnte ..., so hätte er nicht das Urteil vom 20.5.2008 aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Vielmehr hätte er dann das Urteil geändert und die Klage als unzulässig (statt als unbegründet) abgewiesen. Es ist nicht davon auszugehen, dass, wie die Bekl. meint, der Bundesgerichtshof die von Amts wegen vorzunehmende Prüfung der Zulässigkeit der Klage unterlassen hat.

Bedeutsam für den Hauptantrag und deshalb zulässig ist entgegen der Rechtsauffassung der Beklagter und ihrer Streithelferin insbesondere der Antrag auf Verurteilung zur Auskunft über weitere Ermäßigungen gegenüber der seinerzeit geltenden Entgeltordnung (vorletzter Spiegelstrich der Verurteilung zur Auskunft). Denn es ist nicht auszuschließen, dass es neben den vorangehenden, näher beschriebenen Leistungen solche weiteren Ermäßigungen gegeben hat.

2. Die Klage ist auch begründet. Aus § 242 BGB kann die Kl.in von der Bekl. die Erteilung derjenigen Auskunft verlangen, zu deren Erteilung das Landgericht die F GmbH mit dem angefochtenen Teilurteil verurteilt hat.

Die genannte Vorschrift verschafft dem Berechtigten dann einen Auskunftsanspruch gegen den Verpflichteten, wenn ihm gegen diesen ein Anspruch zusteht, über dessen Einzelheiten er im Ungewissen ist, und der Verpflichtete ihm die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer erteilen kann

(vgl. BGHZ 10, 385, 387).

Der Kl.in steht gegen die Bekl. ein Anspruch in diesem Sinne (fortan: Rückforderungsanspruch) zu, nämlich ein Anspruch darauf, dass die Bekl. von der Streithelferin diejenigen Beihilfen zurückfordert, die die F GmbH der Streithelferin in den Jahren 2000 bis 2004 gewährte. Dass die Kl.in über die Einzelheiten dieses Anspruchs im Ungewissen ist, liegt auf der Hand ... Die Bekl. dagegen kennt die Einzelheiten sowohl des Individualvertrages vom 29.5.2000 als auch der tatsächlichen Leistungen der F GmbH an die Streithelferin, kann der Kl.in also die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer erteilen.

Entgegen ihrer eigenen Rechtsauffassung kann die Kl.in ihren Rückforderungsanspruch zwar nicht auf §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1, 33 GWB stützen. Die F GmbH hatte nämlich keine marktbeherrschende Stellung als Flughafenbetreiberin im norddeutschen Raum.

Die Kl.in kann ihren Rückforderungsanspruch jedoch auf § 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 des Vertrages von Lissabon über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) stützen.

a) Die zuletzt genannte Bestimmung dient dem Schutz der Kl.in. Diese rechtliche Beurteilung hat der Bundesgerichtshof ausweislich des Abschnitts B II 1 a, b der Gründe seines Urteils vom 10.2.2011 (Rn. 22–43) der Aufhebung zu Grunde gelegt, so dass nach § 563 Abs. 2 ZPO auch der Senat diese rechtliche Beurteilung seiner eigenen Entscheidung zu Grunde zu legen hat.

b) Indem die F GmbH der Streithelferin in dem Vertrag vom 29.5.2000 Sonderkonditionen für die Nutzung des Flughafens in Abweichung von der seinerzeit geltenden Entgeltordnung einräumte und diesen Vertrag jedenfalls bis zum Ende desjenigen Zeitraums, für den die Kl.in Auskunft verlangt – also bis Ende 2004 – durchführte, verletzte die F GmbH die Vorschrift des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV. Nach dieser Vorschrift dürfen die Mitgliedstaaten Beihilfemaßnahmen nicht durchführen, wenn nicht die Kommission zuvor abschließend deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt hat. Vor Ende 2004 (und bis heute) stellte die Kommission nicht abschließend die Vereinbarkeit der der Streithelferin eingeräumten Sonderkonditionen mit dem Gemeinsamen Markt fest. Dennoch führte die F GmbH den Vertrag vom 29.05.2000 in den Jahren 2000 bis 2004 durch, gewährte der Streithelferin insbesondere in Abweichung von der seinerzeit geltenden Entgeltordnung die in dem genannten Vertrag vorgesehenen Sonderkonditionen für die Nutzung des Flughafens.

Als Beihilfen i. S. d. Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV und damit als Maßnahmen i. S. d. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV sind solche Maßnahmen anzusehen, die zur Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten geeignet und dem Staat zurechenbar sind sowie bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen (hierzu sogleich unter aa). Nach dem Beschluss des Gerichtshofs vom 4.4.2014 hat der Senat wegen der Eröffnungsentscheidung der Kommission vom 10.7.2007 derzeit davon auszugehen, dass es sich bei den der Streithelferin von der F GmbH für die Nutzung des Flughafens gewährten, von der damals geltenden Entgeltordnung zu Gunsten der Streithelferin abweichenden Sonderkonditionen um Beihilfen handelt (hierzu sogleich unter bb).

aa) Art. 107 Abs. 1 AEUV legt fest, welche Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind. Eine Legaldefinition des Begriffs „Beihilfe“ selbst enthält diese Vorschrift nicht.

Allerdings herrscht in Rechtsprechung und Schrifttum Einigkeit, dass nur solche Beihilfen i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV auch als Beihilfen i. S. d. Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV anzusehen und deshalb nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV jedenfalls bis zur abschließenden Kommissionsentscheidung verboten sind, die nach Art. 107 Abs. 1 AEUV grundsätzlich – nämlich vorbehaltlich der Bestimmungen der Art. 108 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV – mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind (vgl. nur die Formulierungen des Bundesgerichtshofs zu den Randnummern 56, 58 und 64 seines Urteils vom 10.2.2011 in der vorliegenden Sache, wonach es sich bei den in Art. 107 Abs. 1 AEUV genannten Merkmalen um Tatbestandsmerkmale des Begriffs der Beihilfe handelt). Dies sind nur diejenigen Beihilfen, die staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt, also dem Staat zuzurechnen sind, den Wettbewerb durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verfälschen oder zu verfälschen drohen und schließlich den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

bb) Der Senat hat von der in der Eröffnungsentscheidung der Kommission enthaltenen vorläufigen Qualifizierung als Beihilfe in diesem Sinne – also von der Zurechenbarkeit an den Staat, von der Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige, der Eignung zur Verfälschung des Wettbewerbs sowie von der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten – aufgrund der Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 4.4.2014 auszugehen, der das Ersuchen des Senats vom 14.1.2013 zu Grunde liegt, und die ihn jedenfalls in dem vorliegenden Verfahren mit Blick auf den Zweck des Art. 267 AEUV bindet, und zwar auch hinsichtlich der Gründe, soweit sie zur Auslegung des Tenors herangezogen werden

(vgl. Ehrlicke, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilrecht und nach Gemeinschaftsrecht, S. 34 mwN).

Mit seinem Vorabentscheidungsersuchen hatte der Senat dem Gerichtshof sinngemäß u. a. folgende Frage vorgelegt:

Hat der Senat wegen der Eröffnungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 10.7.2007 davon auszugehen, dass die der Streithelferin durch die F GmbH gewährten Sonderkonditionen nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV vor Erlass eines abschließenden Beschlusses der Kommission verboten gewesen sind, obwohl die Kommission in den Gründen ihrer Entscheidung ausdrücklich darauf hingewiesen hat, nicht ausschließen zu können, dass die F GmbH durch Gewährung der Sonderkonditionen wie ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber gehandelt hat (Vorlagefragen 1 und 2)?

Die Vorabentscheidung des Gerichtshofs vom 4.4.2014 ist in der Weise auszulegen, dass die erwähnte Frage des Senats bejaht worden ist, der Senat also bis zur endgültigen Entscheidung der Kommission von einer Beihilfe auszugehen hat. Dieser Auslegung der Vorabentscheidung vom 4.4.2014 liegen die folgenden Erwägungen zu Grunde:

(1) Nach dem Tenor Nr. 1 der Vorabentscheidung ist der Senat verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu ziehen. Legt man diesen Tenor im Lichte seiner Gründe aus, so besteht diese Verpflichtung auch dann, wenn – wie hier – die Entscheidung der Kommission nur vorläufigen Charakter hat (s. Rn. 22 ff.). Denn selbst wenn die Kommission in ihrer endgültigen Entscheidung zu dem Ergebnis kommen sollte, dass keine Beihilfe vorliege, verlange – so der Gerichtshof – das Ziel der Verhütung nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbarer Beihilfen, die Durchführung der Maßnahme aufzuschieben, bis der Zweifel an ihrem Beihilfecharakter und an ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt durch die endgültige Entscheidung der Kommission beseitigt werde. Weiter betont der Gerichtshof (Rn. 21) unter Hinweis auf sein Urteil vom 21.11.2013

(Deutsche Lufthansa C-284/12 Bd. XII, Bl. 858 ff, dort Rn. 38):

Die praktische Wirksamkeit von Art. 108 Abs. 3 AEUV würde vereitelt, wenn die nationalen Gerichte (wie es der Senat in Abschnitt III seines Beschlusses vom 9.11.2012 ... getan hatte) die Ansicht vertreten dürften, dass eine Maßnahme mit Beihilfelementen, derentwegen die Europäische Kommission

ein förmliches Prüfverfahren eröffnet habe, gleichwohl keine Beihilfe darstellen müsse. Daraus folgt, dass die nationalen Gerichte diese Ansicht nicht vertreten dürfen.

Für diese Auslegung des Tenors Nr. 1 im Sinne einer strikten Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses der Kommission spricht auch der Hinweis, wonach die Antwort auf die vom Senat gestellten Fragen klar aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervorgehe (Rn. 19), da dieser die ihm vorgelegten Fragen 1 und 2 bereits in seiner früheren, vom 21.11.2013 datierenden Vorabentscheidung beantwortet habe. Wenn also auf die Nachfrage des Gerichtshofs vom 27.11.2013, ob der Senat im Hinblick auf diese frühere Vorabentscheidung an seinem eigenen Vorabentscheidungsersuchen vom 14.1.2013 festhalte, der Senat mit Schreiben vom 23.12.2013 dargelegt hat, dass er diese Frage wegen verbleibender Zweifel mit Blick auf die Feststellung der bloßen Möglichkeit eines Verstoßes und den Hinweis der Kommission, eine Beihilfe (lediglich) nicht ausschließen zu können, bejahe, und der Gerichtshof daraufhin in seinem Beschluss vom 4.4.2014 unter Hinweis auf die Klarheit seiner bisherigen Rechtsprechung im Wesentlichen Tenor und Gründe seines Urteils vom 21.11.2013 wiederholt, so hat der Senat keinen Zweifel mehr, dass die Antworten des Gerichtshofs auf die Fragen zu 1 und 2 jeweils sinngemäß „ja“ lauten sollen. Anderenfalls hätte es angesichts dieses Verfahrensablaufs nahe gelegen, in die Vorabentscheidung vom 4.4.2014 einer gegenteiligen Interpretation zugängliche Hinweise aufzunehmen. Der Senat hat also – jedenfalls bis zur endgültigen Entscheidung der Kommission – wegen der ihn bindenden Entscheidung des Gerichtshofs von einer Beihilfe auszugehen.

Zwar hat der Bundesgerichtshof in seinem Revisionsurteil vom 10.11.2011 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ausgeführt

(aaO Rn. 31 und 52),

es obliege den nationalen Gerichten, den Begriff der Beihilfe auszulegen, so lange die Kommission keine verfahrensabschließende Entscheidung getroffen habe; das heißt, das nationale Gericht hat zu prüfen, ob die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Beihilfe erfüllt sind. Zum Zeitpunkt des Revisionsurteils lag allerdings die – nach dem Verständnis des Senats anders lautende – Vorabentscheidung des Gerichtshofs noch nicht vor.

Dem Ergebnis steht auch nicht entgegen, dass das EuG nunmehr mit – nicht rechtskräftigem – Urteil vom 9.9.2014 (T-461/12) einen anderen, ebenfalls den Flughafen Lübeck betreffenden Beschluss der Europäischen Kommission, nämlich deren Beschluss vom 22.2.2012 (C (2012) 1012), insoweit für nichtig erklärt hat, als dieser Beschluss die Entgeltordnung aus dem Jahr 2006 betrifft (also nicht wie der Beschluss der Kommission vom 10.7.2007 die Abweichungen der Individualvereinbarung vom 29.5.2000 von der seinerzeit geltenden Entgeltordnung).

Dasselbe gilt für die in der Pressemitteilung („MEMO“) vom 1.10.2014 bekannt gemachte Entscheidung der Kommission, wonach diejenigen Vereinbarungen keine staatliche Beihilfe im Sinne der EU-Vorschriften darstellten, die die Streithelferin mit der Betreiberin eines anderen Flughafens, nämlich des Flughafens Frankfurt-Hahn, über dessen Benutzung traf

(vgl. das „Lufthansa-Urteil“ des Gerichtshofs vom 21.11.2013).

(2) Die Entscheidung des Gerichtshofs wird in der Literatur zwar überwiegend kritisiert, mit Ausnahme von *Herrmann* (s. von der Streithelferin in Auftrag gegebenes und vorgelegtes Rechtsgutachten vom 22.10.2014) und *Berrisch*

(EuZW 2014, 253)

gehen die Autoren jedoch von einer derartigen grundsätzlichen Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses der Kommission aus

(*Martin-Ehlers* EuZW 2014, 247; *Soltész* NJW 2013, 3773; *Maier* BB 2014, 17; *Giesberts/Kleve* NVwZ 2014, 643; *Kamann* ZWeR 2014, 60; *Franczak* EUR 2014, 5/6; *Bonin/Wittenberg* EuZW 2014, 65; *Rennert* DVBl 2014, 669; *Traupel/Jennert* EWS 2014, 1; *Engel* EnWZ 2014, 22).

Soweit die Streithelferin unter Bezugnahme auf das Gutachten *Herrmann*

(aaO)

eine Bindungswirkung trotz Vorliegens einer Eröffnungsentscheidung der Kommission verneint, mindestens aber das jeweilige nationale Gericht trotz Bindungswirkung nicht nur nicht gehindert, sondern verpflichtet sieht, das Vorliegen einer Beihilfe dennoch selbstständig zu prüfen, teilt der Senat diese Auffassungen nicht, jedenfalls nicht für den vorliegenden Fall. (a) Die Streithelferin meint, der Senat müsse nach den Vorgaben des Gerichtshofs nicht zwingend von einer Beihilfe ausgehen, sondern sei lediglich daran gehindert, die Aussetzung der Maßnahme (= Gewährung der „mutmaßlichen“ Beihilfe) mit der Begründung abzulehnen, es liege keine Beihilfe vor. Die entsprechenden Erwägungen des Gerichtshofs erstrecken sich ausschließlich auf die Aussetzung, nicht aber auf die Rückforderung gezahlter Gelder.

Einem solchen Verständnis steht der Tenor Nr. 1 des Beschlusses des Gerichtshofs entgegen, wonach „ein mit einem Antrag auf Unterlassung der Durchführung dieser Maßnahmen und auf Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen befasstes nationales Gericht verpflichtet (ist), alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen die Pflicht zur Aussetzung der Durchführung der Maßnahme zu ziehen.“ Das an das nationale Gericht gerichtete Verbot, trotz des von der Kommission beschlossenen förmlichen Prüfverfahrens gleichwohl nicht von einer Beihilfe auszugehen, erstreckt sich also nicht nur auf die Aussetzung der Maßnahme, sondern auch – wie hier – auf Verfahren vor nationalen Gerichten, in denen Rückforderungsansprüche geltend gemacht werden. Im Übrigen geht das Verbot, in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation eine bestimmte Ansicht (= keine Beihilfe) zu vertreten, mit der Vorgabe einher, von einer Beihilfe auszugehen. Wenn aber dieses Ergebnis vorgegeben ist, so ist auch eine eigene Prüfungs-kompetenz zu verneinen.

(b) Das Argument, der 3. Leitsatz in dem „Lufthansa-Urteil“ des Gerichtshofs vom 21.11.2013, wonach das nationale Gericht im Falle von Zweifeln hinsichtlich des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe oder hinsichtlich der Gültigkeit oder der Auslegung der Kommissionsentscheidung die Kommission um Erläuterung bitten oder dem Gerichtshof eine Frage zur Vorabentscheidung vorlegen könne oder müsse, belege „eindeutig“, dass allein der Erlass eines Eröffnungsbeschlusses das nationale Gericht *nicht* zwingt, von einer so weit reichenden Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses auszugehen

(so *Herrmann* aaO Rn. 32, ähnlich *Berrisch* aaO S. 255),

überzeugt den Senat nicht.

Abgesehen davon, dass dieser Leitsatz zum einen nicht Bestandteil des hier maßgeblichen, den Senat unmittelbar bindenden Beschlusses ist, besteht im vorliegenden Fall die Besonderheit, dass der Senat die Kommission bereits am 26.1.2012 u. a. um eine Stellungnahme zum Vorliegen einer Beihilfe gebeten und im Schreiben vom 8.3.2012 die Antwort erhalten hat, die Kommission habe eine ausführliche beihilferechtliche Würdigung bereits vorgenommen und festgestellt, dass prima facie eine Beihilfe vorliege; mithin brauche der Senat keine selbstständige beihilferechtliche Prüfung vorzunehmen, sondern könne sich unmittelbar auf die Entscheidung der Kommission stützen, das förmliche Prüfverfahren einzuleiten. Nach dieser Auskunft, die sich u. a. durch den ausdrücklichen Hinweis auf den „prima-facie-Beweis“ von der gegenüber dem OLG Koblenz im „Lufthansa-Verfahren“ abgegebenen Stellungnahme unterscheidet

(s. auch *Traupel/Jennert* aaO S. 3),

ist also davon auszugehen, dass die beihilferechtliche Würdigung durch die Kommission eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Beihilfe ergeben hat.

Darüber hinaus hat der Senat, wie bereits dargelegt (s. oben (1)), mit Schreiben vom 23.12.2013 auch gegenüber dem Gerichtshof über seinen Vorlagebeschluss hinaus nochmals seine Zweifel mit Blick auf die Feststellung der bloßen Möglichkeit eines Verstoßes und den Hinweis der Kommission in der Eröffnungsentscheidung, eine Beihilfe (lediglich) nicht ausschließen zu können, erläutert.

Nach der Antwort des Gerichtshofs geben diese Zweifel kei-

nen Anlass für Ausführungen, welche über die Ausführungen im „Lufthansa-Urteil“ hinausgehen, sie sind mithin nicht geeignet, die Feststellung der Kommission einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Beihilfe in Frage zu stellen. Der Senat geht deshalb davon aus, dass die Wiederholung des 3. Leitsatzes aus dem Lufthansa-Urteil im Beschluss des Gerichtshofs vom 4.4.2014 deshalb unterblieben ist, weil es eines – deklaratorischen – Hinweises auf bereits Geschehenes nicht bedurfte.

Der Umstand, dass der Gerichtshof gem. Art. 99 seiner Verfahrensordnung durch einen – mit Gründen versehenen – Beschluss entschieden hat, erlaubt nicht den Schluss, dass im Vergleich zum „Lufthansa-Verfahren“ Besonderheiten des zugrundeliegenden Falles unberücksichtigt geblieben sind.

(c) Darüber hinaus wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, das nationale Gericht dürfe auch in Ansehung des „Lufthansa-Urteils“ des Gerichtshofs diejenigen Voraussetzungen weiter selbst prüfen, die die EU-Kommission nicht analysiert habe, „so in der Rechtssache Deutsche Lufthansa das Kriterium des privaten Investors“, jedenfalls dann, wenn es insoweit über weitere Informationen verfüge

(vgl. *Fronczak* aaO Rn. 586 und 587; ähnlich *Giesberts/Kleve* aaO S. 645).

Zwar hat die Kommission im hiesigen Verfahren in ihrem Eröffnungsbeschluss vom 10.7.2007 eingeräumt, nicht in der Lage zu sein zu ermitteln, ob die Bekl. hinsichtlich der Verträge mit der Streithelferin wie ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber gehandelt habe, hat dies also auch nicht ausschließen können. Die Kommission ist jedoch im Ergebnis zu dem Schluss gekommen, dass die Begünstigung „wahrscheinlich eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 des EG-Vertrags“ sei und hat auf die Anfrage des Senats vom 26.1.2012 unter dem 8.3.2012 die bereits oben unter (a) wiedergegebene Antwort erteilt, eine ausführliche beihilferechtliche Würdigung bereits vorgenommen und festgestellt zu haben, dass prima facie eine Beihilfe vorliege.

Eine Analyse der Kommissionsentscheidung, die auch unter Heranziehung der tragenden Gründe und des verfahrensrechtlichen Hintergrundes erfolgen kann

(*Kamann* aaO mwN),

also auch unter Heranziehung der Antwort vom 8.3.2012, führt mithin zu dem Schluss, dass sich die Kommission nach Maßgabe des Beschlusses des Gerichtshofs ausreichend deutlich zu den Voraussetzungen einer Beihilfe geäußert hat. Der Umstand, dass die Kommission nach nunmehr 7 ½ Jahren ihre Prüfung – anders als im Verfahren betreffend den Fall Flughafen Frankfurt/Hahn (s. o. (1): keine Beihilfe) – noch nicht abgeschlossen hat, lässt allenfalls den Rückschluss auf aufwändige Prüfungen zu, nicht aber auf deren Ergebnis.

(d) Auch das Urteil des Gerichtshofs vom 11. März 2010 in der Rechtssache CELF u. a. gegen SIDE

(EuZW 2010,587)

steht der Annahme der beschriebenen Bindungswirkung nicht entgegen

(a. A. *Herrmann* aaO Rn. 20; *Traupel/Jennert* aaO S. 3).

In diesem Urteil heißt es u. a., das nationale Gericht müsse den Antrag auf Erlass von Schutzmaßnahmen dann zurückweisen, wenn die Qualifizierung als staatliche Beihilfe zweifelhaft sei.

Eine Kompetenz oder Pflicht des Senats zur eigenständigen Prüfung des Tatbestandsmerkmals „Beihilfe“ lässt sich aus diesem Urteil schon deshalb nicht ableiten, weil im vorliegenden Verfahren der Beschluss des Gerichtshofs vom 4.4.2014 (i. V. m. seinem Urteil vom 21.11.2013) für den Senat maßgeblich ist, und dieser Beschluss nach dem bereits Dargelegten eine solche Kompetenz (oder gar Pflicht) verneint. Auf den Streit, ob Vorabentscheidungen des Gerichtshofs lediglich eine „inter-partes-Wirkung“ oder auch eine „erga-omnes-Wirkung“ zukommt

(vgl. *Ehricke*, aaO S. 37 ff. mwN),

kommt es also im vorliegenden Verfahren nicht an.

Im Übrigen unterscheidet sich der zu beurteilende Sachverhalt jener Entscheidung vom Sachverhalt im hiesigen Verfahren dadurch, dass dort die Kommission in den Jahren 1993, 1998 und 2004 die in Rede stehenden Maßnahmen für mit dem

Gemeinsamen Markt vereinbare Beihilfen, das Gericht erster Instanz der EG jedoch alle drei Entscheidungen in den Jahren 1995, 2002 und 2008 für nichtig erklärte; zum Zeitpunkt der Vorlage durch den Conseil d'État an den Gerichtshof lagen also bereits abschließende Entscheidungen der Kommission aus vorangegangenen Jahren vor, die Frage nach der Bindungswirkung einer von ihr zuvor beschlossenen Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens war dem Gerichtshof folglich auch nicht gestellt worden

(so im Ergebnis auch *Martin-Ehlers* aaO S. 251).

Vielmehr betrafen die Vorlagefragen die Zulässigkeit einer Verfahrensaussetzung sowie das Vorliegen außergewöhnlicher, die Begrenzung der Rückzahlungsverpflichtung rechtfertigender Umstände.

Die von der abschließenden Kommissionsentscheidung unabhängige (fortbestehende) eigenständige Rechtswirkung der Eröffnungsentscheidung vermag an dem Ergebnis wegen der Unterschiedlichkeit der Sachverhalte nichts zu ändern.

(e) Auch die weiteren Erwägungen der Streithelferin in den Schriftsätzen einschließlich des insoweit ins Feld geführten Rechtsgutachtens Herrmanns sowie die im Übrigen in der Literatur geübte Kritik gebieten es nicht, die Vorabentscheidung vom 4.4.2014 anders auszulegen.

Ein etwaiger Wertungswiderspruch zwischen einerseits dem der Kommission gemäß Art. 11 Abs. 2 der Beihilfeverfahrensordnung (EG Nr. 659/1999 vom 22.03.1999) eingeräumten Ermessen, unter bestimmten Voraussetzungen, zu denen das zweifelsfreie Vorliegen einer Beihilfe gehört, eine Rückzahlung anordnen zu können, und der dargelegten strikten Bindung des nationalen Gerichts an den Eröffnungsbeschluss der Kommission andererseits mag Anlass geben, die „Richtigkeit“ der Entscheidung des Gerichtshofs zu diskutieren. Jedoch bindet eine Vorabentscheidung das vorlegende nationale Gericht auch dann, wenn sie möglicherweise unrichtig ist.

Eine solche Bindung entfällt auch nicht – wie die Streithelferin meint – wegen Ultra-vires-Handelns des Gerichtshofs

(vgl. *Herrmann* aaO Rn. 59f).

Abgesehen davon, dass die Feststellung der Unanwendbarkeit eines vom Gerichtshof aufgestellten Rechtsgrundsatzes wegen kompetenzwidrigen Handelns der Unionsgewalt allein dem Bundesverfassungsgericht obliegt

(vgl. BVerfGE 123, 267 <354>),

setzte eine solche Feststellung eine das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in offensichtlicher und strukturwirksamer Weise verletzende Überschreitung der auf die Europäische Union übertragenen Hoheitsrechte voraus

(vgl. BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, Rn. 68).

Weiter führt das Bundesverfassungsgericht aus (Rn 66): Solle das supranationale Integrationsprinzip nicht Schaden nehmen, müsse die Ultra-vires-Kontrolle zurückhaltend ausgeübt werden, Aufgabe und Stellung der unabhängigen überstaatlichen Rechtsprechung seien zu wahren. Dies bedeute zum einen, dass die unionseigenen Methoden der Rechtsfindung, an die sich der Gerichtshof gebunden sehe und die der „Eigenart“ der Verträge und den ihnen eigenen Zielen Rechnung trügen, zu respektieren seien. Zum anderen habe der Gerichtshof Anspruch auf Fehlertoleranz. Es sei nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, bei Auslegungsfragen des Unionsrechts, die bei methodischer Gesetzesauslegung im üblichen rechtswissenschaftlichen Diskussionsrahmen zu verschiedenen Ergebnissen führen könnten, seine Auslegung an die Stelle derjenigen des Gerichtshofs zu setzen.

Nationale Gerichte in so weitreichender Wirkung an Eröffnungsentscheidungen der Kommission zu binden, wie es der Gerichtshof nach dem Verständnis des Senats vorgeschrieben hat, legt kritische Auseinandersetzungen mit Blick auf rechtsstaatliche Grundsätze wie „Gewaltenteilung“, „richterliche Unabhängigkeit“ sowie „fares Verfahren“

(so u. a. *Rennert* aaO)

nahe, Anhaltspunkte für eine nach den oben dargelegten Maßstäben des BVerfG erforderliche offensichtliche, erhebliche Kompetenzüberschreitung liefert eine solche Rechtspre-

chung, wie auch die aktuelle rechtswissenschaftliche Diskussion belegt, nicht.
Das gilt auch für den Nichtannahme-Beschluss des BVerfG vom 23.11.2011

(1 BvR 2682/11, *Hermann* aaO Rn.60f),

wonach nationale Gerichte das Vorliegen einer Beihilfe bis zum Abschluss des förmlichen Beihilfeverfahrens selbst zu prüfen hätten. Diese Ansicht mag die Position derer stärken, die die „Richtigkeit“ der Entscheidung des Gerichtshofs bezweifeln, die Qualifizierung der gegenteiligen Rechtsprechung des Gerichtshofs als kompetenzwidrigen ultra-vires-Akt lässt ein Beschluss über die Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde nicht zu.

Schließlich vermag auch das Urteil des EuG vom 16.10.2014 (T-129/13), auf das die Streithelferin Bezug nimmt, an dem Ergebnis nichts zu ändern. Zum einen handelt es sich um ein Urteil des Gerichts erster Instanz. Zum anderen erkennt es lediglich solchen Entscheidungen über das Einleiten eines Prüfverfahrens die eigenständige Rechtswirkung ab, die Maßnahmen betreffen, welche bereits im Entscheidungszeitpunkt nicht mehr in Durchführung begriffen sind. Der hier in Rede stehende Beschluss vom 10.7.2007 betraf jedoch Maßnahmen, die seinerzeit noch in der Durchführung begriffen gewesen sind. Dass diese Maßnahmen nicht bis heute andauern, ist entgegen der Auffassung der Streithelferin ohne Belang.

(3) Entgegen der Rechtsauffassung der Bekl. und ihrer Streithelferin betrifft diese Bindung – wie hier – auch Maßnahmen aus der Zeit vor Eröffnung des Prüfverfahrens, denn der Eröffnungsbeschluss der Kommission betrifft auch Maßnahmen aus der Zeit vor seinem Erlass

(vgl. *Rennert*, aaO S. 674, wonach die Vorabentscheidung im „Lufthansa-Verfahren“ vom 21.11.2013 dem Eröffnungsbeschluss eine materielle Bindungswirkung zuerkennt, die gerade in Ansehung dieser Zeit relevant werde).

Für dieses Ergebnis spricht u. a. folgende Überlegung: Nur die Maßnahmen aus der Zeit vor Eröffnung des Prüfverfahrens sind es, die die Kommission zu dieser Eröffnung veranlassen, die also von der Kommission prima facie als Beihilfe angesehen wurden. Dagegen kann der mögliche Beihilfecharakter von Maßnahmen aus der Zeit nach dem Eröffnungsbeschluss diesen Beschluss naturgemäß nicht veranlassen. Wenn also – wie es der Gerichtshof dem Senat vorgegeben hat (s.o.) – der Eröffnungsbeschluss als solcher schon wegen seiner *prima-facie-Wirkung* zur Bejahung der Beihilfefrage zwingt, dann muss dies gerade für die schon vor seinem Erlass getroffenen und deshalb durch die Kommission betrachteten Maßnahmen gelten. Entgegen der durch die Streithelferin vertretenen Lesart ergibt sich auch aus der Vorabentscheidung des Gerichtshofs und seinem „Lufthansa-Urteil“ nichts anderes. Der Gerichtshof begründet das Gebot, die in Rede stehende Maßnahme aufzuschieben, mit dem „infolge des in der Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens aufgeworfenen Zweifel“, ob es sich bei der in Rede stehenden Maßnahme um eine Beihilfe handle. Zwar wirkt sich das wegen dieser Zweifel gebotene „Aufschieben“ natürlich nur auf die Zeit nach dem Erlass der Eröffnungsentscheidung aus, denn die Maßnahmen aus der Zeit davor können nicht mehr „aufgeschoben“ werden. Der dort angesprochene „Zweifel“ selbst aber – also die Möglichkeit, dass die Beihilfefrage zu bejahen ist – betrifft auch (nach dem oben Gesagten: gerade) die Zeit vor der Eröffnungsentscheidung. Entgegen der Interpretation durch die Streithelferin ... beruht nach der erwähnten Formulierung des Gerichtshofs nicht etwa der „Zweifel“ (also der Verdacht einer Beihilfe) auf dem Erlass der Eröffnungsentscheidung. Vielmehr beruht nach jener Formulierung umgekehrt der Erlass dieser Entscheidung auf dem Zweifel. Die Zweifel, von denen der Gerichtshof spricht, sind ja nicht erst *durch die*, sondern schon *in der* Eröffnungsentscheidung aufgeworfen worden und können deshalb nur Maßnahme aus der Zeit vor ihrem Erlass betreffen. Dass dieser Zweifel das (notwendig nur die Zukunft betreffende) „Aufschieben“ der Maßnahme gebieten soll, spricht nicht gegen die weitere Annahme, dass der Zweifel *außerdem* gebietet, die Maßnahme auch insoweit als Beihilfe anzusehen, als sie bereits in der Vergangenheit durch-

geführt worden ist und also von der Kommission als Anlass für den Erlass der Eröffnungsentscheidung genommen worden ist. In diesem Sinne sind nach Auffassung des Senats auch die Ausführungen des Generalanwalts im „Lufthansa-Verfahren ... zu verstehen.

cc) Wie dargestellt, verpflichtet der Gerichtshof die nationalen Gerichte, keine Entscheidungen zu treffen, die einer vorläufigen Entscheidung der Kommission „zuwiderlaufen“. Eine solche „zuwiderlaufende“ Ansicht zu vertreten, wie es der Senat in Abschnitt III seines Beschlusses vom 9.11.2012 getan hatte, ist den nationalen Gerichten nicht gestattet. Aus dem Gesamtzusammenhang der Vorabentscheidung ergibt sich, dass nach der – für den Senat verbindlichen – Lesart des Gerichtshofs erstens die Entscheidung der Kommission über die Eröffnung des Prüfverfahrens die vorläufige Bewertung enthält, dass die zu prüfende, vor der Eröffnung getroffene Maßnahme eine Beihilfe sei, und dass zweitens eine anders lautende (endgültige) Bewertung durch das nationale Gericht, also die Verneinung der Beihilfequalität der Maßnahme, dieser vorläufigen Bewertung durch die Kommission „zuwiderliefe“.

Der Senat hat demnach ohne weitere Prüfung des umfangreichen Vortrags der Parteien zu den Tatbestandsmerkmalen der Beihilfe davon auszugehen, dass die Flughafen Lübeck GmbH mit der Gewährung der Sonderkonditionen zugunsten der Streithelferin in den Jahren 2000 bis 2004 die Vorschrift des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV und damit ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB verletzte.

c) Durch die Anfang 2013 vollzogene Übertragung der F GmbH auf die Bekl. gemäß §§ 174 Abs. 1, 175 Nr. 1, 176 UmwG ist diese nicht nur in die Rolle der Bekl. und Berufungsklägerin eingerückt (vgl. hierzu bereits oben I), sondern auch an Stelle der F GmbH Schuldnerin der auf Auskunft gerichteten Klagerforderung geworden; der Parteiwechsel auf Beklagenseite hat also an der Begründetheit der Klage und Unbegründetheit der Berufung nichts geändert. Denn der Anspruch der Kl.in auf Rückforderung der der Streithelferin durch die F GmbH in den Jahren 2000 bis 2004 – also in der Zeit, in der die Bekl. Alleingesellschafterin der F GmbH war – gewährten Beihilfen sowie (vorbereitend) auf Auskunft hierüber hat sich zunächst gegen die F GmbH gerichtet und richtet sich nunmehr gegen die Bekl. als Rechtsnachfolgerin. Auch dies sehen beide Parteien so. Zwar war es nicht die Bekl. selbst, die die beanstandeten Beihilfen gewährte. Es ist aber weder ersichtlich noch eingewandt, dass die Bekl. deshalb zur Erteilung der begehrten Auskünfte oder zur Rückforderung der der Streithelferin in den Jahren 2000 bis 2004 durch die F GmbH gewährten Beihilfen nicht in der Lage sei.

Der Bitte der Bekl., ihr eine Frist zur Auskunftserteilung von ein bis zwei Monaten zu gewähren, vermag der Senat nicht zu entsprechen. Angesichts der Dauer des Rechtsstreits hatte die Bekl. ausreichend Zeit, sich für den Fall einer Verurteilung (vorsorglich) die nötigen Unterlagen zu verschaffen.

d) Ohne Relevanz für die Entscheidung ist weiter, dass seit dem 1.1.2013 der Flughafen Lübeck nicht mehr von der F GmbH betrieben wird. Denn auch dieser Umstand hindert die Bekl. weder an der Erteilung der verlangten Auskünfte noch daran, von der Streithelferin die Beihilfen zurückzufordern, die ihr die F GmbH in den Jahren 2000 bis 2004 gewährte.

e) Die durch die Bekl. erhobene Verjährungseinrede ist unbegründet. Auch diese rechtliche Beurteilung hat der Bundesgerichtshof der Aufhebung zu Grunde gelegt, und zwar in Abschnitt B II 2 der Gründe seines Urteils vom 10.2.2011 (Rn. 46–48). Nach § 563 Abs. 2 ZPO hat der Senat deshalb auch diese rechtliche Beurteilung seiner eigenen Entscheidung zu Grunde zu legen.

III. Der Anregung der Kl.in, über den noch bei dem Landgericht anhängigen Antrag auf Verurteilung der Bekl. zu entscheiden, die Richtigkeit der von ihr noch zu erteilenden Auskünfte an Eides Statt zu versichern, kann der Senat, worauf er bereits in Abschnitt C seines Beschlusses vom 9.11.2012 hingewiesen hat ... , nicht entsprechen, weil die Bekl. die Auskunft noch nicht erteilt hat, aus der sich die Notwendigkeit der Abgabe

einer eidesstattlichen Versicherung ergeben könnte
(vgl. Zöller/Greger, aaO, § 254 Rn. 10; ferner BGHZ 10,385, wonach eine Verurteilung zur Versicherung erst nach Rechnungslegung ergehen kann).

Dass eine Verbindung beider Anträge nicht zu beanstanden wäre

(dazu BGH 23.10.1953 – II ZR 149/52).

ändert nichts daran, dass derzeit keine Entscheidungsreife besteht.

Die Ausführungen der Kl.in, wonach zum Einen der Senat auch über den Rückforderungsanspruch (in einem Grundurteil) in ihrem Sinne zu entscheiden habe, und zum Anderen diese Verpflichtung auch eine Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer eidesstattlichen Versicherung bedinge, vermag der Senat nicht nachzuvollziehen. Selbst wenn eine solche Verpflichtung bestünde (dazu unten IV), läge noch keine Auskunft vor, die ggf. eine eidesstattliche Versicherung notwendig machte.

IV. Dasselbe gilt für die Anregung der Kl.in, auch über die weiteren bei dem Landgericht anhängig gebliebenen Teile der Klage zu entscheiden. Entgegen der Auffassung der Kl.in ergibt sich wegen des Antrags auf Verurteilung zur Rückforderung auch aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs keine rechtliche Verpflichtung (1) und ist es außerdem sachdienlich, dem Landgericht insoweit die weiteren Entscheidungen zu überlassen (2). Auch der Antrag auf Verurteilung zur Unterlassung ist nicht reif, im Sinne der Kl.in beschieden zu werden (3).

1. Die Verurteilung zur Auskunft ist im vorliegenden Fall eine nach Maßgabe der Vorgaben des Gerichtshofs ausreichende Konsequenz, die aus dem anzunehmenden Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu ziehen ist.

Zwar sind nach der Rechtsprechung sowohl des Gerichtshofs (s. u. a. Vorabentscheidung vom 4.4.2014 aaO, Tenor Satz 1)

als auch des Bundesgerichtshofs

(s. Revisionsurteil vom 10.2.2011 aaO, Rn. 28)

die nationalen Gerichte verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu ziehen. Ferner hat der Senat derzeit davon auszugehen, dass die F GmbH der Streithelferin unter Verstoß gegen das unionsrechtliche Durchführungsverbot Beihilfen gewährte.

Allerdings ist die Maßnahmenliste im Beschlusstenor (Sätze 2 und 3) der Vorabentscheidung des Gerichtshofs nicht als verbindlicher numerus clausus zu verstehen

(so u. a. Fronczak: aaO Rn. 583 und 592 bezogen auf das „Flughafenurteil“).

das nationale Gericht kann also auch andere Maßnahmen erlassen, die im konkreten Fall ebenfalls geeignet sind, die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu ziehen, das Gericht hat mithin jedenfalls insoweit einen Entscheidungsspielraum

(s. auch Giesberts/Kleve aaO S. 644, Kamann aaO S. 76, Berrisch aaO Rn. 256).

Im vorliegenden Verfahren sind bei der Bestimmung der „erforderlichen“ Maßnahmen folgende Umstände zu berücksichtigen:

Es geht um eventuelle Verstöße gegen das Durchführungsverbot, die sich auf den Zeitraum 2000 bis 2004 erstrecken, also mehr als zehn Jahre zurück liegen. Auch soweit der Streithelferin weiter (verbotene) Beihilfen im Zusammenhang mit der Nutzung des Flughafens Lübeck bis 2013 gewährt worden sein sollten (hinsichtlich der Entgeltordnung von 2006 hat das EuG erstinstanzlich entschieden, dass keine Beihilfe vorliegt; s. o. (1)), ist dies seit mehr als einem Jahr nicht mehr der Fall. Hinzu kommt, dass die Europäische Kommission auf der Grundlage eines Eröffnungsbeschlusses, der jedenfalls die Frage, ob die F GmbH seinerzeit vergleichbar einem „Privatinvestor“ gehandelt hat, ausdrücklich offen lässt, seit mehr als sieben Jahren ihre Prüfungen nicht abgeschlossen hat.

Bei dieser Sachlage erscheint es als ausreichend, der Kl.in – wie geschehen – zur Vorbereitung der Geltendmachung eines Rückforderungsanspruches den Auskunftsanspruch zuzusprechen.

2. Im Übrigen ist der Antrag auf Verurteilung der Bekl. zur

Rückforderung entgegen der Auffassung der Kl.in nicht zur Entscheidung reif, und zwar auch nicht zur Entscheidung im Wege eines Grundurteils.

Anders als im Ausnahmefall der von der Kl.in ins Feld geführten Entscheidung

(BGH NJW 1999, 1706ff.)

kann der Senat nicht ein Grundurteil über denjenigen Anspruch erlassen, dessen Höhe sich erst aus der Auskunft ergeben wird, also über den Rückforderungsanspruch. Denn es steht nicht fest, dass sich aus der Auskunft überhaupt ein Rückforderungsanspruch ergeben wird. Vielmehr kann sich aus der Auskunft der Bekl. für die zurückzufordernde Beihilfe der Betrag „Null“ ergeben

(vgl. Fronczak aaO Rn. 591).

Dasselbe gilt für den Zinsanspruch, der im Übrigen – anders als offenbar die Kl.in meint – nur dann begründet wäre, wenn eine Beihilfe verbindlich festgestellt wird. Rechtswidrigkeitszinsen werden zwar wegen der Verletzung des Durchführungsverbots auch dann fällig, wenn die Kommission eine so genannte Positiventscheidung trifft, also die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt feststellt, nicht aber dann, wenn die Zuwendungen schon keine Beihilfen darstellten (so auch Urteil des Gerichtshofs vom 12.02.2008, C-199/06, und BGH Beschluss vom 13.09.2012, II ZB 3/12, denen jeweils „Positiventscheidungen“ der Kommission zugrunde liegen).

3. Nicht entscheidungsreif ist weiter der Antrag auf Verurteilung der Bekl. zur Unterlassung. Diesen Antrag hat das Landgericht deshalb nicht beschieden, weil es aus seiner Sicht insoweit weiteren Vortrages der Parteien bedurfte. Im Sinne der Kl.in kann dieser Antrag inzwischen schon deshalb nicht ohne weiteres beschieden werden, weil eine Begehungs- oder Wiederholungsgefahr, ohne die der Kl.in gegen die Bekl. kein Unterlassungsanspruch zusteht, derzeit nicht ohne Weiteres erkennbar ist. Die (neue) Bekl. hat ja – soweit ersichtlich – selbst keine Beihilfen an die Streithelferin geleistet und die frühere Bekl., also die F GmbH, betreibt den Flughafen Lübeck nicht mehr.

V. Nach § 269 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 ZPO war es nicht erforderlich, ausdrücklich denjenigen Teil des Urteils aufzuheben, mit dem das Landgericht dem inzwischen zurückgenommenen Teil der Klage entsprochen hatte. Zum Zwecke der Klarstellung hat der Senat gleichwohl ausgesprochen, dass das angefochtene Urteil insoweit wirkungslos geworden ist. Die weitere Klarstellung betrifft den bereits mit Urteil des Senats vom 20.05.2008 rechtskräftig als unzulässig abgewiesenen Feststellungsantrag, dem das Landgericht in Abschnitt I des Tenors des angefochtenen Urteils entsprochen hatte.

VI. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 Hs. 2 ZPO.

Die Zuviehforderungen der Kl.in in Form des (bereits mit dem Urteil des Senats vom 20.05.2008 rechtskräftig als unzulässig abgewiesenen) Feststellungsantrags (Abschnitt I des Tenors des angefochtenen Urteils) und in Form des (zurückgenommenen) Antrags auf Auskunftserteilung über die von der F GmbH in Form von „sonstigen Zahlungen oder Leistungen ohne angemessene Gegenleistung“ gezahlten Beträge und erbrachten Leistungen (Abschnitt II, letzter Spiegelstrich des Tenors des angefochtenen Urteils) sieht der Senat insgesamt als verhältnismäßig geringfügig und als allenfalls geringfügig kostenträchtig an. Wegen des Feststellungsantrags spricht für dieses Ergebnis, dass der Wert des Revisionsverfahrens, welcher um den Wert des Feststellungsantrags unter dem ursprünglichen Wert des Berufungsverfahrens liegt, von dem Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 4.11.2010 ... auf 2.950.000,00 € festgesetzt worden ist, also nur um (50.000,00 € : 3.000.000,00 € =) 1,7 % hinter dem ursprünglichen Wert des Berufungsverfahrens zurückbleibt, den der Senat mit Beschluss vom 20.5.2008 auf 3.000.000,00 € festgesetzt hatte.

VII. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1 ZPO

VIII. Die Revision war nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen, weil die Rechtssache im Hinblick auf die Frage der Reichweite der Bindungswirkung der Entscheidungen des

Gerichtshofs der Europäischen Union vom 4.4.2014 und der Europäischen Kommission vom 10.7.2007 grundsätzliche Bedeutung hat.

WVBG §§ 827 I 1; 12 I Ziffer 2 und 3; ZPO §§ 935, 940

- 1. Trotz des Umstandes, dass zwischen fristloser Kündigung des Heimvertrages und Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ein Zeitraum von mehr als 3 Monaten liegt, kann ein Verfügungsgrund vorliegen, wenn in der Zwischenzeit aufgrund von Verhandlungen die begründete Hoffnung besteht, dass die fristlose Kündigung tatsächlich nicht vollzogen wird.**
- 2. Ein fristloser Kündigungsgrund des Heimvertrages (= schuldhaft gröbliche Verletzung der vertraglichen Pflichten durch den Bewohner nach § 12 Abs. 1 Ziffer 2 und 3 WVBG) liegt nicht vor, wenn die Verantwortlichkeit des Bewohners für sein Handeln krankheitsbedingt ausgeschlossen ist.**

SchlHOLG, 5. Zivilsenat, Beschluss vom 7. Oktober 2014 – 5 W 37/14 –, Rô.

Die Parteien verbindet seit dem 20. September 2013 ein Heimvertrag nach dem Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WVBG vom 29. Juli 2009, BGBl. I S.2319). Der Ast. war in das „Haus H.“ der A. Eingliederung aufgenommen worden und lebte dort in der Wohngruppe 1, die entsprechend ihrer Konzeption für „Menschen mit besonderem Hilfebedarf, die neben ihrer geistigen Behinderung zum Teil erhebliche Verhaltensstörungen aufweisen“ eingerichtet war. Dabei handelt es sich um eine geschlossene Einrichtung. Die entsprechende Unterbringung war durch das Amtsgericht N. mit Beschluss vom 6. Dezember 2013 (Aktenzeichen 24 XVII yyy/12) wegen der besonderen Gefahr einer Eigen- und Fremdgefährdung angeordnet worden. Im Laufe der Unterbringung wurde festgestellt, dass der Ast. unter „einer kombinierten Entwicklungsstörung mit aggressiver Verhaltensstörung, Auto- sowie Fremdaggression bei Regressions-syndrom“ litt. Die Symptome äußerten sich durch aggressive Verhaltensweisen, massive Verhaltensauffälligkeiten sowie immer wieder auftretende aggressive Durchbrüche. Der zuständige Kostenträger (Landkreis P.) bewilligte deshalb mit Bescheid vom 16. Januar 2014 einen besonderen behinderungsbedingten Mehrbedarf (befristet für ein Jahr) von täglich 101,11 Euro (entsprechend 1 VK Fachkraft). Dieser besondere behinderungsbedingte Mehrbedarf hatte folgende Ziele:

- Abbau von fremd- und autoaggressiven Verhaltensweisen
- Ausbau eines festen Beschäftigungsangebotes
- Akzeptanz der Gruppe und weiterhin Annahme des bestehenden Umfeldes
- Soziale Integration und Teilhabe am gesellschaftlichen Leben
- Vermeidung von Aufenthalt auf der Akutstation.

Nachdem der Ast. bei einem Spaziergang am 7. Mai 2014 wiederholt und zum Teil massiv Betreuungspersonal und auch Mitbewohnerinnen und Mitbewohner angegriffen hatte, kündigte die Bekl. mit Schreiben vom 12. Mai 2014 den Heimvertrag fristlos und rückwirkend zum 8. Mai 2014.

Dagegen legten die Eltern in ihrer Eigenschaft als Betreuer des Ast. mit Schreiben vom 19. Mai 2014 Widerspruch ein. Sie hatten den Heimplatz in der Wohnstätte der Ag.in (Haus H.) erst nach langem Suchen gefunden. Bei der derzeitigen Unterbringung des Ast. in einem Akut-Krankenhaus fehle es an einer sinnvollen Betreuung und einer behindertengerechten Ernährung.

In der Folgezeit bemühten sich der Heimträger sowie der Kostenträger (Landkreis P.) um ein neues Betreuungsangebot im Hause der Ag.in. Der Kostenträger bat um Erstellung eines neuen, inhaltlichen Konzepts mit dem Ziel, dass der Ast. auf Dauer in der Einrichtung der Ag.in in H. betreut werden könnte. Solange bis eine Lösung gefunden werde, sollte der Ast. auf der Akutstation des Krankenhauses der Ag.in verbleiben.

Am 18. August 2014 teilte der Heimträger dem Kostenträger (Landkreis P.) telefonisch mit, dass die Einrichtung dem Ast. kein neues Betreuungsangebot unterbreiten und damit auch kein neues Integrationskonzept erstellen werde. Noch am gleichen Tag beantragten Betreuer des Ast. im Wege der einstweiligen Verfügung beim Amtsgericht O. der Ag.in aufzugeben, den Ast. einstweilen wieder in einem Haus ihrer Einrichtung aufzunehmen und festzustellen, dass die fristlose Kündigung des Heimvertrages vom 12. Mai 2014 unwirksam ist.

Das Landgericht hat den Antrag mangels besonderer Dringlichkeit zurückgewiesen. Auf die sofortige Beschwerde des Antragsstellers vom 28. September 2014 hat der Senat die beantragte einstweilige Verfügung erlassen.

Aus den Gründen

Die sofortige Beschwerde des Ast. hat in der Sache Erfolg mit der Folge, dass die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben sind.

Die sofortige Beschwerde des Ast. ist zulässig. Der Rechtsmittelzug richtet sich ausschließlich nach der Form der ergangenen Entscheidung. Gegen die hier ergangene Beschluss-Zurückweisung des Landgerichts findet gem. § 567 Abs. 1 ZPO die sofortige Beschwerde statt. Die Beschwerdefrist gem. § 569 ZPO ist eingehalten (wird weiter ausgeführt). Die sofortige Beschwerde ist auch begründet. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung gem. § 940 ZPO zur Regelung eines einstweiligen Zustandes im Rahmen eines Dauerschuldver-

hältnisses ist dann zulässig, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Es besteht sowohl ein Verfügungsanspruch als auch ein Verfügungsgrund.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts liegt hier eine besondere Dringlichkeit vor (wird weiter ausgeführt).

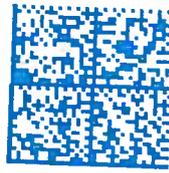
In der Folgezeit (nach der fristlosen Kündigung des Heimvertrages vom 12. Mai 2014) bemühten sich der Heimträger sowie der Kostenträger um ein neues Betreuungsangebot im Hause der Ag.in.... (wird weiter ausgeführt). Solange bis eine Lösung gefunden wird, sollte der Ast. auf der Akutstation des Krankenhauses der Ag.in verbleiben. Dies ergibt sich aus dem Vermerk der zuständigen Sozialarbeiterin des Kostenträgers vom 16. Juli 2014. Die vorübergehende Behandlung des Ast. in der Akutklinik diente gleichzeitig der erneuten Umstellung bzw. Modifizierung der Medikation (vgl. das fachärztliche Attest des Chefarztes Dr. Z. vom 18. Juni 2014). Die Eltern des Ast. durften aufgrund der unstrittigen Verhandlungen zwischen Heim- und Kostenträger darauf vertrauen, dass es – trotz der ausgesprochenen Kündigung – doch noch zu einer erneuten Aufnahme in die Einrichtung der Ag.in kommen werde. Erst am 18. August 2014 teilte der Heimträger dem Kostenträger (Landkreis P.) telefonisch mit, dass die Einrichtung dem Ast. kein neues Betreuungsangebot unterbreiten und damit auch kein neues Integrationskonzept erstellen werde. Dies ergibt sich aus der E-Mail des Kostenträgers an die Betreuer vom 28. August 2014. Noch am gleichen Tag haben die Betreuer die beantragte einstweilige Verfügung beim Amtsgericht O. eingereicht. Es ist nach alledem nicht erkennbar, dass der Ast. – vertreten durch die Betreuer – nach der Kündigung vom 12. Mai 2014 über 3 Monate lang nur tatenlos abgewartet hat, bis er schließlich Ende August 2014 die einstweilige Verfügung eingereicht hat. Vielmehr bestand in der Zwischenzeit aufgrund der Verhandlungen die begründete Hoffnung, dass – entsprechend einem noch zu erstellenden Konzept – trotz der fristlosen Kündigung die weitere Unterbringung in einem Haus der Ag.in erfolgen könne.

Der Verfügungsanspruch folgt aus dem unstrittig zwischen den Parteien geschlossenen Heimvertrag. Die fristlose Kündigung des Heimvertrages vom 12. Mai 2014 (rückwirkend zum 8. Mai 2014) ist unwirksam. Ein Kündigungsgrund gem. § 10 b Abs. 1 Ziffer 2 und Ziffer 3 des Heimvertrages (entsprechend § 12 Abs. 1 Ziffer 2 und 3 WVBG) liegt nicht vor. Das problematische Verhalten des Ast. war der Ag.in bereits bei Abschluss des Heimvertrages bekannt. Entsprechend dem Konzept der Ag.in für das „Haus H.“ leben in den Wohngruppen 1 und 2 Menschen mit besonderem Hilfebedarf, die neben ihrer geistigen Behinderung zum Teil erhebliche Verhaltensstörungen aufweisen. Die Bewohnerinnen und Bewohner werden rund um die Uhr begleitet. Die erforderliche engmaschige Betreuung und Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung war der Ag.in seit langem bekannt. Der Kostenträger hatte sogar einen besonderen, behinderungsbedingten Mehrbedarf anerkannt und zusätzlich zu dem derzeit gültigen Kostensatz eine VK Fachkraft (kalendertäglich 101,11 Euro) vom 23.1.2014 bis 22.1.2015 bewilligt.

Ein Kündigungsgrund nach § 10 b Abs. 1 Nr. 3 des Heimvertrages (= schuldhaft gröbliche Verletzung der vertraglichen Pflichten durch den Bewohner) liegt nicht vor. Nach dem kinder- und jugendpsychiatrischen Gutachten des Oberarztes B. vom 28. März 2013 liegt bei dem Ast. eine desintegrative Störung des Kindesalters (ICD10: F84.3) vor. Eine Kommunikation in Wort und Schrift ist mit dem Ast. nicht möglich. Der Ast. leidet unter einer komorbiden Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung, die gekennzeichnet ist durch eine situations-übergreifende Störung der Aufmerksamkeit, Hyperaktivität und Impulsivität. Eine Verbesserung der kommunikativen Defizite ist – so der Gutachter – nach derzeitigem Wissenstand durch eine jugendpsychiatrische Behandlung nicht zu erwarten. Verbal beschränkt sich die Kommunikation mit dem Ast. auf nur ca. 10 Wörter. Wegen seiner psychischen Erkrankung und der mit ihr einhergehenden seelischen Behinderung können wesentliche

Justizbehörden Schleswig

Gottorfstraße 2
24837 Schleswig



Deutsche Post 

FRANKIT 1,45 EUR

06.03.17

1D11003459

Deutsche Post

FRANKIT 2,60 EUR

06.03.17

1D110034

