

Abschrift



# Landgericht Berlin

## Im Namen des Volkes

### Urteil

Geschäftsnummer: 16 O 71/09 Kart

verkündet am:

01.12.2009

Baate

Justizobersekretärin

In der Kartellsache

---

hat die Zivilkammer 16 des Landgerichts Berlin in Berlin-Mitte, Littenstraße 12-17, 10179 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 03.11.2009 durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Dr. Scholz, die Richterin am Landgericht Klinger und den Richter am Landgericht von Bresinsky für Recht erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 327.314,12 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21. März 2008 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 47% und die Beklagte 53%.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils beizutreibenden Betrages zuzüglich 10 % vorläufig vollstreckbar.

### Tatbestand

Die Klägerin verlangt die Rückzahlung von an die Beklagte geleisteten Entgelten aus abgetretenem Recht.

Die Klägerin ist eine Fluggesellschaft, die Beklagte betreibt den Flughafen [REDACTED]. Die SCK Sky Catering Kitchen GmbH (im Folgenden SCK) erbringt für Fluggesellschaften auf dem Flughafen [REDACTED] Cateringleistungen. Sie schloss mit der Beklagten den "Gestattungsvertrag über Dienstleistungen" vom 4. Oktober 1999. Darin heißt es u. a.:

#### § 1 Ziffer 1:

"Der Dienstleister ist berechtigt, die nachfolgend aufgeführten Dienstleistungen (...) auf dem Flughafen [REDACTED] zu erbringen:

- a) Bordverpflegungsdienste (Catering) (...)
- b) die Beförderung, das Ein- und Ausladen der Nahrungsmittel und Getränke in das bzw. aus dem Flugzeug (...)"

#### "§ 2 Nutzung des Flughafens und seiner Einrichtungen

1. Der Dienstleister ist verpflichtet, die in der Flughafenbenutzungsordnung (FBO) ausgewiesenen zentralen Infrastruktureinrichtungen gemäß den in der FBO und im Pflichtenheft vorgegebenen Bestimmungen zu nutzen.
2. Aus dieser Vereinbarung kann der Dienstleister keine Ansprüche gegen die BFG auf Überlassung von Räumlichkeiten und Flächen auf dem Flughafenbetriebsgelände herleiten.

Die Inanspruchnahme von Abstellflächen, Parkplätzen, sonstigen benötigten Räumen und Flächen ist Gegenstand einer gesonderten Vereinbarung."

Gemäß § 3 des Vertrages ist als "Gestattungsentgelt" eine Umsatzabgabe von 5,5% des erzielten Nettoumsatzes geschuldet. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vertrages wird auf die zu den Akten gereichte Vertragskopie (Anlage K 1) verwiesen.

Für die Nutzung der zentralen Infrastruktureinrichtungen des Flughafens, auf die sich § 2 Ziff. 1 des Vertrages bezieht, zahlt die Klägerin ein gesondertes Entgelt. Die SCK zahlte im fraglichen Zeitraum mit Ausnahme des Entgelts aufgrund des Vertrags vom 4. Oktober 1999 lediglich für die von ihr gemieteten und ausschließlich ihr zur Verfügung stehenden Flächen an die Beklagte.

Am 14. Juli 2006 schloss die SCK mit der Beklagten mit Wirkung zum 1. Juli 2006 einen neuen Vertrag, der ein Entgelt von 4% vorsah und an die Stelle des Vertrags vom 4. Oktober 1999 trat. In der Präambel dieses Vertrages hieß es, dass die Beklagte den Dienstleistern Flughafeneinrichtungen zur Verfügung stelle und auf der Grundlage der Bereitstellungs- und Instandhaltungskosten kostenbezogene Nutzungsentgelte erhebe. Entsprechend hieß es in § 4 Ziff. 1, es sei ein kostenbezogenes Nutzungsentgelt für die Nutzung der Einrichtungen zu zahlen, die die Beklagte zur Erbringung der Dienste zur Verfügung stelle. Laut § 4 Ziff. 3 werde das Entgelt auf der Grundlage der Kosten erhoben, die die Beklagte für die Bereitstellungs- und Instandhaltungskosten des Vorfelds, der luftseitigen Betriebsstraßen sowie der Sicherheits- und Feuerwehroleistungen aufwende, die der Nutzer für seine Tätigkeiten in Anspruch nehme. Gemäß § 4 Ziff. 6 verpflichtete sich die Beklagte bei Änderungen der den Nutzungsentgelten zugrunde liegenden Kostenfaktoren, die Entgelte entsprechend anzupassen.

Die aufgrund des Vertrags vom 4. Oktober 1999 von SCK an die Beklagte gezahlten Entgelte verlangte und erhielt die SCK von der Klägerin. Diese verlangt nun die in der Klageschrift

aufgelisteten Zahlungen der SCK an die Beklagte von dieser zurück, wobei auf das Jahr 2004 193.124,65 EUR entfallen.

Gemäß einer Vereinbarung vom 17. April 2007 trat die SCK der Klägerin ihre Ansprüche aus Gestattungsentgeltrückforderungen für die Jahre 2003 bis 2006 in Höhe von insgesamt 695.355,81 EUR ab, nämlich die in Anlage 1 zu der Vereinbarung aufgelisteten Rechnungsbeiträge. In Anlage 1 zur Abtretungserklärung (Anlage K 2) wird für jedes ein Jahr ein Saldo gebildet, wobei sich der Gesamtabtretungsbetrag aus der Summe der für die Jahre 2003 bis 2006 jeweils für jedes Jahr am Ende genannten Betrags "daraus 5,5% APT" ergibt.

Die Klägerin meint, bei den streitgegenständlichen Zahlungen handele es sich um ein Marktzugangsentgelt, das allein für die Berechtigung gezahlt worden sei, ihrer gewerblichen Tätigkeit auf dem Flughafen nachgehen zu können, ohne dass damit eine Nutzung konkreter Einrichtungen entgolten werde. Dafür spreche die Berechnung des Entgelts auf der Grundlage des erzielten Umsatzes. Es handele sich ferner nicht um ein sachgerechtes objektives Entgelt. Dieses Entgelt sei gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 1. Fall BGB zurückzuzahlen. Denn der zwischen der Beklagten und der SCK geschlossene Vertrag sei unwirksam. Er verstoße gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB). Das gesetzliche Verbot der Erhebung von Gestattungsentgelten ergebe sich aus der richtlinienkonformen Auslegung der BADV (Bodenabfertigungsdienst-Verordnung), die damit die Bodenabfertigungsrichtlinie vom 15. Oktober 1996 96/67/EG umsetze, in Anlehnung an die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 16. Oktober 2003 (Az. C-363/01).

Das Entgelt sei außerdem sittenwidrig (§ 138 BGB), weil die Beklagte ihre aus der Monopolstellung resultierende wirtschaftliche Übermacht ausgenutzt habe, und stelle ein wettbewerbswidriges Verhalten im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 1, 2 und 4 GWB dar und verstoße gegen Art. 82 EGV. Das Gestattungsentgelt sei unbillig gemäß § 315 Abs. 1, 3 BGB. Die Unwirksamkeit ergebe sich außerdem aus § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB.

Verjährung sei auch hinsichtlich der im Jahr 2004 gezahlten Entgelte nicht eingetreten, weil sich der Anspruch aus auch den genannten Vorschriften des GWB und des Art. 82 EGV ergebe, daher eine unerlaubte Handlung vorliege und folglich die Vorschrift des § 852 BGB anwendbar sei.

Die Klägerin beantragt, nachdem sie zuvor einen Mahnbescheid erwirkt hat, der am 2. Januar 2008 beim Mahngericht eingegangen und der der Beklagten am 20. März 2008 zugestellt worden ist,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 620.386,03 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8% über dem Basiszinssatz ab 20. März 2008 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie bestreitet die Aktivlegitimation. Denn es seien insgesamt für die Jahre 2003 bis 2006 Ansprüche nach Anlage 1 der Abtretungsvereinbarung in Höhe von 695.355,81 EUR abgetreten worden. Ziehe man davon die auf das Jahr 2003 entfallenden Beträge ab, ergebe sich für den hier interessierenden Zeitraum von 2004 bis 2006 lediglich ein Betrag von 521.442,02 EUR, der nicht mit der Klageforderung übereinstimme. Die abgetretenen Forderungen seien nicht bestimmt.

Die Forderungen seien auch nicht schlüssig dargetan, weil seit dem 1. Juli 2006 nur eine Umsatzabgabe von 4 % geschuldet gewesen sei.

Die Beklagte bestreitet die in der Klageschrift genannten Zahlungen mit Nichtwissen, weil ihr gegenüber lediglich Netto-Umsätze mit allen Fluggesellschaften zusammen gemeldet worden seien.

Dem Rückforderungsanspruch stehe § 814 BGB entgegen, weil die SCK die Umstände, aus denen sich die angebliche Nichtigkeit des Vertrages ergebe, zur Zeit der Zahlungen bekannt

gewesen sei. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs, auf das sich die Klägerin stütze, sei umfangreich publiziert worden.

Das im Vertrag vom 4. Oktober 1999 geregelte Entgelt sei eine Gegenleistung für die Nutzung der Betriebsstraßen, Sicherheitsanlagen und sonstigen Einrichtungen. Aus den Entscheidungen des Kammergerichts vom 2. Oktober 2006 (Az. 2 U 169/03) und des Bundesgerichtshofs vom 18. Oktober 2007 (Az. III ZR 277/06) ergebe sich, dass für die zentralen Infrastruktureinrichtungen eine angemessene Kostenabgrenzung zwischen Fluggesellschaften und Bodendienstleistern vorgenommen worden sei und keine Doppelinanspruchnahme statfinde. Aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, auf die sich die Klägerin beziehe, könne sie nichts für sie Günstiges ableiten, weil eben neben den streitigen Entgelten keine weiteren Zahlungen geschuldet würden, abgesehen von denen von der SCK gemieteten und ausschließlich ihr zur Verfügung stehenden Flächen. Soweit die Klägerin für die zentralen Infrastruktureinrichtungen zahle, habe dies nichts mit dem hiesigen Rechtsstreit zu tun.

Die Beklagte verweist auf ihre getrennte Kalkulation für den Aviation- und den Nicht-Aviation-Bereich. Die zur kalkulatorischen Kostendeckung zu erhebenden Entgelte seien von Luftfahrtgesellschaften wie der Klägerin und von Bodenabfertigungsdienstleistern wie der SCK zu erheben.

Für die auf dem Vorfeld erbrachten Leistungen habe eine Auswertung der Flächennutzungen, der Sicherheitsabstände, der Betriebsstraßen usw. ergeben, dass das gemeinsam, d. h. von mehreren genutzte Vorfeld zu 78,4% durch Flugzeuge und zu 21,6% durch Bodenabfertigungs-Dienstleister genutzt werde, weshalb die Kosten der Einrichtungen des Vorfelds auch entsprechend diesem Schlüssel zwischen Fluggesellschaften und Bodendienstleistern aufgeteilt würden. Nach der Stellungnahme der Wirtschaftsprüfer Ernst & Young per 22. April 2005 (Anlage K 6), auf die hinsichtlich ihres Inhalts verwiesen wird, sei die Zuordnung der Kosten des Bereichs Aviation auf die Nutzergruppen Fluggesellschaften und Bodendienstleister nachvollziehbar und betriebswirtschaftlich plausibel. Die Kostenumlagen und die kalkulatorischen Kosten seien nachvollziehbar.

Dies gelte insbesondere hinsichtlich der Bezugsgröße der Umsatzerlöse. Alternativ habe nur jede einzelne Fahrt, die Fahrzeuggröße und die einzelne Verweildauer erfasst und zur Grundlage der Entgeltzahlung gemacht werden können, was aber als zu aufwendig auch von den Bodendienstleistern abgelehnt worden sei.

Entsprechend seien auch die Preise im Vorfeld des Vertrags vom 4. Oktober 1999 kalkuliert worden.

Dass eine Umsatzabgabe vereinbart worden sei, sei nicht per se als Marktzugangsentgelt einzuordnen.

§ 9 Abs. 3 BADV sei kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB.

Die Beklagte beruft sich außerdem auf Verjährung.

Hinsichtlich des Vorbringens der Parteien im Übrigen wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Klage ist teilweise begründet.

Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagte aus §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall, 398 BGB in der sich aus dem Tenor ergebenden Höhe.

Die von SCK an die Beklagte aufgrund des vorgelegten Vertrags vom 4. Oktober 1999 gezahlten streitgegenständlichen Beträge sind an die Klägerin zurückzuzahlen, soweit die Rückforderung

nicht verjährt ist und soweit die Forderungen an die Klägerin abgetreten sind, weil hinsichtlich dieser Beträge tatsächlich keine Zahlungspflicht der SCK gegenüber der Beklagten bestand.

#### 1. Aktivlegitimation

Soweit die Beklagte die Aktivlegitimation bestreitet, geschieht dies zum Teil zu Recht.

Aus der zur Grundlage der Abtretungsvereinbarung gemachten Anlage 1 (s. Anlage K 2) ergeben sich Forderungen für die Zeit von 2004 bis 2006 in Höhe von 194.127,90 EUR für 2004, 222.401,69 EUR für 2005 und 104.912,43 EUR für die Zeit bis zum 30. Juni 2006, insgesamt 521.442,02 EUR.

Zwar ist der Beklagten nicht darin zuzustimmen, dass die abgetretenen Forderungen nicht bestimmt und nicht bestimmbar seien, sind sie doch in Anlage 1 zur Abtretungsvereinbarung aufgelistet und entsprechen die dort aufgelisteten Forderungen, soweit ersichtlich, auch jeweils einer Position in der Auflistung der geltend gemachten Forderungen in der Klageschrift, so dass der Grund der Forderung ohne weiteres bestimmbar ist. Die Abweichung der laut der Abtretungserklärung auf die Jahre 2004 bis 2006 entfallenden Beträge von der Höhe der Klageforderung führt nicht zur fehlenden Bestimmbarkeit der geltend gemachten Forderung, sondern dazu, dass die Klägerin schlicht einen höheren Betrag verlangt, als ihr nach der Abtretung zustehen kann.

Da die Kammer davon ausgeht, dass aufgrund der Berechnung der Forderung in Anlage 1 der Abtretungsvereinbarung jeweils der Saldo der Forderung für das jeweilige Jahr abgetreten ist, kann die Klägerin nur in Höhe dieses für jedes Jahr angegebenen Saldos im vorliegenden Rechtsstreit Forderungen geltend machen.

Soweit die Klägerin ihre insoweit unschlüssige Klage auf die weitere mit Schriftsatz vom 16. November 2009 zu den Akten gereichte Abtretungserklärung (Anlage K 22) stützt, geht dies ins Leere, weil der Schriftsatz nach Schluss der mündlichen Verhandlung einging und keine



Neueröffnung der mündlichen Verhandlung rechtfertigt. Dies gilt um so mehr, als die Beklagte in ihrer Klageerwiderung bereits darauf hinwies, dass die laut der Abtretungserklärung auf die Jahre 2004 bis 2006 entfallenden Beträge von den mit der Klage geltend gemachten abwichen.

## 2. Neuer Vertrag per 1. Juli 2006

Soweit die Beklagte einwendet, mit Wirkung seit dem 1. Juli 2006 sei ein neuer Vertrag zwischen ihr und der SCK geschlossen worden, hinsichtlich dieses Vertrags sei die Nichtigkeit gar nicht geltend gemacht worden, obwohl die Klägerin auch Rückforderungsansprüche für die Zeit nach dem 1. Juli 2006 verlange, und die Klage sei deshalb insoweit nicht schlüssig, spielt dies nach den obigen Ausführungen keine Rolle. Denn im vorliegenden Rechtsstreit ist nur über die Berechtigung der sich aus der Abtretungsvereinbarung ergebenden Forderungen zu entscheiden, wie oben unter Ziffer 1. ausgeführt. Da sich aus der Abtretungsvereinbarung aber ergibt (vgl. Anlage 1 zur Abtretungsvereinbarung, letzte Seite, enthalten in Anlage K 2), dass lediglich Rückforderungsansprüche aufgrund von Zahlungen bis zum 30. Juni 2006, also vor Geltung des neuen Vertrages, abgetreten sind, brauchen Rückforderungsansprüche wegen Zahlungen, die unter Geltung des seit dem 1. Juli 2006 geltenden Vertrags geleistet wurden, nicht geprüft zu werden.

## 3. Bestreiten der Zahlungen der SCK an die Beklagte

Soweit die Beklagte die Zahlungen mit Nichtwissen bestreitet, geht dies ins Leere. Die Beklagte kann nämlich jedenfalls nicht bestreiten, dass die SCK aufgrund des zwischen ihr und der Beklagten geschlossenen Betrages die Beträge, die Gegenstand der Abtretungsvereinbarung (Anlage K 2) sind, gezahlt hat. Rückforderungsansprüche bezüglich dieser Beträge hat die SCK an die Klägerin abgetreten.

Ob und wenn ja in welchem Umfang die Umsatzmeldungen der SCK gegenüber der Beklagten auf Leistungen für die Klägerin zurückgehen, ist für die Frage der Wirksamkeit der Abtretung der streitgegenständlichen Forderungen nicht von Belang. Die Beklagte muss nicht wissen, für wen die SCK in welchem Umfang Leistungen erbracht hat, sofern nur jedenfalls Zahlungen im Umfang

der Abtretung an sie von der SCK aufgrund des Vertrages vom 4. Oktober 1999 geflossen sind. Dies kann sie aber nicht mit Nichtwissen bestreiten. Die Frage, ob und in welchem Umfang die SCK ihrerseits von der Klägerin Zahlungen vereinnahmt hat, ist für die Frage dinglichen Wirksamkeit der Abtretung von der SCK an die Klägerin irrelevant.

#### 4. § 814 BGB

Ansprüche der Klägerin sind schließlich auch nicht von vornherein gemäß § 814 BGB ausgeschlossen, wie die Beklagte meint. Die Voraussetzungen der Einwendung sind schon nicht schlüssig dargelegt, weil die Beklagte lediglich geltend macht, SCK habe vorbehaltlos "in Kenntnis aller Umstände, welche die Klägerin zur angeblichen Begründung der Nichtigkeit des Vertrages vom 4. Oktober 1999 anführt," (vgl. Klageerwiderung, S. 5, Bl. 107 d. A.) geleistet. Voraussetzung für eine Anwendung des § 814 BGB ist aber eine positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 67. Aufl., § 814, Rn. 3). SCK hätte also positiv wissen müssen, dass nichts geschuldet ist. Der bloße Umstand, dass die Klägerin gegenüber SCK Rückforderungsansprüche schon im Jahr 2003 geltend machte, belegt nicht, dass SCK positive Kenntnis davon gehabt hätte, dass nichts geschuldet sei. Dies gilt um so mehr, als die SCK sich daraufhin an die Beklagte wandte, die die SCK darauf hinwies, dass die Gestattungs- und Nutzungsentgelte zu Recht erhoben würden, worauf die SCK die vereinbarten Beträge weiterzahlte. Anhaltspunkte dafür, dass SCK positiv zu wissen meinte, dass die Zahlungen ohne Rechtsgrund erfolgten, sind weder von der Beklagte dargelegt noch sonst ersichtlich.

#### 5. §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall i. V. m. 134 BGB

Die Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB liegen hinsichtlich der Zahlungen, die Gegenstand der Abtretung sind, vor.

Es handelte sich um Leistungen der SCK an die Beklagte.

Diese Leistungen erfolgten ohne Rechtsgrund. Denn die Zahlungspflicht, die die SCK aufgrund des Vertrages vom 4. Oktober 1999 übernommen hat, ist unwirksam, weil sie gegen ein

gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB verstieß. Das gesetzliche Verbot ergibt sich aus § 9 Abs. 2 der Bodenabfertigungsdienst-Verordnung (BADV) vom 10. Dezember 2007, wonach ein Flugplatzunternehmer den Zugang zu den Einrichtungen des Flugplatzes nur an Bedingungen knüpfen darf, die "sachgerecht, objektiv, transparent und nicht diskriminierend" sind.

§ 9 Abs. 2 BADV beruht auf der nationalen Umsetzung der Richtlinie über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft vom 15. Oktober 1996 (RL 96/67/EG) und ist richtlinienkonform auszulegen. Nach Art. 16 Abs. 3 RL 96/67/EG ist, wenn der Zugang zu den Flughafeneinrichtungen mit der Entrichtung eines Entgelts verbunden ist, die Höhe des Entgelts nach sachgerechten, objektiven, transparenten und nicht diskriminierenden Kriterien festzulegen.

Diesen Vorgaben genügt das mit dem Vertrag vom 4. Oktober 1999 vereinbarte Entgelt nicht.

#### a) Gestattungsentgelt

Im Vertrag vom 4. Oktober 1999 ist ein Gestattungsentgelt für den Marktzutritt vereinbart worden. Dafür spricht, dass SCK das Entgelt nach dem Wortlaut des Vertrages unabhängig von einer Gegenleistung gezahlt hat. Anhaltspunkte dafür, dass die Zahlungen als Gegenleistung für die Nutzung von Flughafeneinrichtung geschuldet wären, sind im Vertrag nicht erkennbar. Zudem ist die vereinbarte Zahlung ausdrücklich als "Gestattungsentgelt", der Vertrag als „Gestattungsvertrag" bezeichnet.

Bei der Auslegung des Vertrages ist nach den §§ 133, 157 BGB allerdings nicht nur sein Wortlaut zugrunde zu legen, sondern das Verständnis der Vertragsparteien, von dem sie nach dem objektiven Empfängerhorizont hinsichtlich der einzelnen Bestimmungen ausgegangen sind. Auch insofern liegen jedoch keine nachprüfbaren Anhaltspunkte vor, dass das zu zahlende Entgelt ein für die Nutzung der Gemeinschaftsanlagen zu zahlen gewesen wäre.

b) Zulässigkeit des Entgelts gemäß EuGH-Urteil vom 16. Oktober 2003, Az. C-363/01

Nach Auslegung von Art. 16 Abs. 3 RL 96/67/EG, wie sie der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 16. Oktober 2003, Az. C-363/01, vorgenommen hat, läuft es der Richtlinie, insbesondere ihrem Artikel 16 Absatz 3, zuwider, "dass das Leitungsorgan eines Flughafens für den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf dem Flughafen von einem Drittabfertiger oder einem Selbstabfertiger ein gesondertes Marktzugangsentgelt verlangt, das die Gegenleistung für die Eröffnung einer Erwerbschance bildet und zu dem Entgelt hinzukommt, das der Dritt- oder der Selbstabfertiger für das Zurverfügungstellen von Flughafeneinrichtungen zahlt. Dagegen darf das Leitungsorgan eines Flughafens ein Entgelt für die Nutzung der Flughafeneinrichtungen verlangen, dessen Höhe, die nach den in Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie genannten Kriterien festzusetzen ist, seinem Gewinninteresse Rechnung trägt."

Ob dies, wie die Klägerin meint, vorliegend der Fall gewesen ist, mag im Ergebnis dahingestellt bleiben.

Voraussetzung wäre nach dieser Entscheidung, dass für die Nutzung der Einrichtungen weitere Entgelte erhoben werden. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die SCK an die Beklagte zwar Entgelte für die Vermietung von Flächen, die sie, die SCK, ausschließlich nutzt, zahlt, aber keine weiteren Entgelte für die Benutzung der auch anderen zur Verfügung stehenden Einrichtungen wie dem Flugfeld geleistet hat.

Soweit die Klägerin sich insoweit darauf beruft, dass sie selbst Zahlungen für die zentralen Infrastruktureinrichtungen geleistet habe, weshalb Doppelzahlungen vorlägen, spielt dies keine Rolle, da die Klägerin aus von der SCK abgetretenem Recht vorgeht und es für die Frage der Unwirksamkeit der von SCK geleisteten Zahlungen ausschließlich darauf ankommt, ob die SCK für in Anspruch genommene Leistungen mehrfach zahlen muss (vgl. insoweit auch BGH, Urteil vom 18.10.2007, Az. ZR III 277/06, wonach sich auch eine Fluggesellschaft nicht gegen die Erhebung von Entgelten für die Benutzung von zentralen Infrastruktureinrichtungen mit dem Argument

wehren kann, solche Entgelte würden auch von Bodendienstleistern aufgrund § 6 Abs. 3 der RL 96/67/EG erhoben).

Ob mit der Anmietung von der SCK ausschließlich zur Verfügung stehenden Flächen auch die Benutzung weiterer Einrichtungen mit abgegolten sein sollte, ist zwar denkbar. Die Kammer kann dies allerdings mangels Kenntnis der entsprechenden Vereinbarungen zwischen der Beklagten und der SCK nicht beurteilen. Sollte die Klägerin der Auffassung sein, dass durch diese Mietzahlungen auch die Benutzung von Gemeinschaftseinrichtungen mit abgegolten sein sollte, wäre dies von ihr substantiiert, d. h. nachprüfbar vorzutragen gewesen.

Letztendlich mag diese Frage jedoch aus folgenden Gründen dahingestellt bleiben:

c) Die Vereinbarung des Entgelts ist nämlich jedenfalls unwirksam, weil die Höhe des vereinbarten Entgelts nicht sachgerecht und nicht transparent ist.

Voraussetzung der zulässigen Erhebung eines Entgelts nach Art. 16 Abs. 3 RL 96/67/EG und § 9 Abs. 2 BADV ist nämlich nicht nur, dass das Entgelt als Gegenleistung für die Benutzung von Flughafeneinrichtungen und nicht nur für den bloßen Marktzutritt erhoben wird, sondern es muss auch der Höhe nach den weiteren Anforderungen der genannten Vorschriften genügen.

Denn einerseits steht das Gemeinschaftsrecht "einer nationalen Regelung entgegen, die vorsieht, dass die Erbringer von Bodenabfertigungsdiensten der Flughafenleitung eine Gebühr für administrative Abfertigung am Boden und Überwachung zu zahlen haben, es sei denn, die in diesen Rechtsvorschriften vorgesehene Gebühr für administrative Abfertigung am Boden und Überwachung wird als Gegenleistung für die Gesamtheit oder einen Teil der in Nr. 1 des Anhangs der Richtlinie 96/67 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft definierten Dienste geschuldet und stellt keine zweite Gebührenerhebung für Dienste dar, die bereits anderweit durch eine Gebühr oder Taxe abgegolten sind". Andererseits

gilt, dass "sollte die vom vorlegenden Gericht vorgenommene Prüfung ergeben, dass die genannte Gebühr ein Entgelt für den Zugang zu den Flughafeneinrichtungen darstellt, (...) es Sache dieses Gerichts (ist), zu prüfen, ob diese Gebühr den Kriterien der Sachgerechtigkeit, Objektivität, Transparenz und Nichtdiskriminierung genügt, wie sie in Art. 16 Abs. 3 der Richtlinie 96/67 definiert sind" (EuGH, Entscheidung v. 5.7.2007, C-181/06).

Die danach vorzunehmende Prüfung ergibt, dass das erhobene Entgelt nicht sachgerecht ist.

Die Sachgerechtigkeit ergibt sich nicht aus der von der Beklagten vorgelegten Stellungnahme ihrer Wirtschaftsprüfer dar (Anlage B 6). Die Beklagte legt zwar unter Berufung auf diese Stellungnahme dar, wie die Kosten von Non-Aviation- und Aviation-Bereich voneinander abgegrenzt werden. Sie legt ferner dar, wie die Kosten für den Aviation-Bereich wie Instandhaltung, Feuerwehr, die Einrichtung des Vorfeld usw. zwischen den Fluggesellschaften und den Bodendienstleistern aufzuteilen sind und in welchem Ausmaß der von den Bodendienstleistern zu tragende Anteil an diesen Kosten hinsichtlich der einzelnen Einrichtungen nach dem Ausmaß der jeweiligen Inanspruchnahme auf die einzelnen Bodendienstleister entfällt (s. S. 13 ff. der Stellungnahme). Unklar ist allerdings schon, wie die Beklagte die auf die einzelnen Bodendienstleister entfallenden prozentualen Beteiligungssätze für die Vorfeldkosten ermittelt hat. So hat sie diese für die Nutzung des Vorfelds auf S. 20, 21 dargestellt. Dort heißt es u. a. (S. 21): „Der restliche Anteil der Fläche von 12,3% entfällt gemäß der Nutzung auf Vorfeldabfertigung, Catering und Reinigung.“ Am Ende der Seite heißt es, insgesamt seien die festgelegten Umlageschlüssel der Beklagten anhand des Positionshandbuchs nachvollziehbar ermittelt worden. Der Leser der Stellungnahme kann dieses Ergebnis aber gerade nicht nachvollziehen. Wieso auf das Catering 2% der Nutzung des Vorfelds entfallen sollen und nicht beispielsweise 4% oder nur 1% erschließt sich nicht.

Gänzlich im Dunkeln bleibt auf der Grundlage der Stellungnahme jedoch, was die der Beklagten erwachsenden Kosten für die Unterhaltung der Vorfelddienste mit den von der SCK erzielten Umsätzen zu tun haben sollen. Dazu ist in der Stellungnahme auf S. 28 ausgeführt, dass die

Bezugsgröße Umsatz als „praktikabel angesehen“ werde. Es werde davon ausgegangen, dass für die Lieferung kleiner Snacks kleine Fahrzeuge mit kurzer Verweildauer und bei der Lieferung warmer Mahlzeiten die Fahrzeuge eine längere Verweildauer hätten. Dies erscheint der Kammer schon im Ansatz nicht plausibel, weil die Höhe der mit der Belieferung mit Lebensmitteln erzielten Umsätze nicht mit Intensität oder der Verweildauer auf dem Flugfeld korrelieren muss (s. dazu auch unten S. 13 f.).

Auch soweit in der Stellungnahme davon die Rede ist, dass die Alternative lediglich in der Abrechnung der einzelnen Fahrten auf dem Vorfeld läge, leuchtet dies nicht ein, läge es doch nahe, schlicht die für die Bewirtschaftung des Vorfelds anfallenden Kosten zu addieren und zwischen den Nutzern (nachvollziehbar) aufzuteilen.

Es kann daher keine Rede davon sein, dass sich mit Hilfe der Stellungnahme ableiten ließe, dass ein transparentes und sachgerechtes Entgelt im Vertrag vom 4. Oktober 1999 festgesetzt worden wäre.

Hinzu kommt, dass mit der Stellungnahme schon aufgrund des Zeitpunktes ihrer Erstellung am 31. Oktober 2008 für die Entgelte des Jahres 2005 keinerlei Aussage zu den im Vertrag vom 4. Oktober 1999 vereinbarten Beträgen getroffen worden sein kann. Dass sich die Methode der Preiskalkulation, die Gegenstand der Stellungnahme vom 31. Oktober 2008 war, nicht von der vor Abschluss des Vertrags vom 4. Oktober 1999 angewendeten unterschieden haben mag (s. Klageerwiderung, S. 21, Bl. 123 d. A.), ist irrelevant, weil einerseits aus der Stellungnahme nicht hervorgeht, wie die Höhe des umsatzbezogenen Entgelts ermittelt wurde und weil andererseits die Methode der Preiskalkulation nichts über das Ergebnis aussagt.

So geht auch das Beweisangebot (Sachverständigengutachten, S. 26 der Klageerwiderung, Bl. 128 d. A.) für die Behauptung, im Jahr 1999 ergebe „dieselbe Berechnung, das die im Vertrag vom 4. Oktober 1999 geregelte Umsatzabgabe in Höhe von 5,5% eine sachgerechte, objektive

und unter Beachtung des Kostenbezugs vorgenommene Preiskalkulation darstellt“, ins Leere. Ohne die seinerseits angefallenen Kosten zu kennen, kann auch ein Sachverständiger nicht prüfen, ob die Preiskalkulation auf den Kosten aufbaut. Auch die angebotene Zeugin [REDACTED] war nicht zu vernehmen, weil die Beklagte gar nicht dargelegt, was genau in das Wissen der Zeugin gestellt werden soll (vgl. S. 26 der Klageerwiderung, Bl. 128 d. A.) und welche Wahrnehmungen sie vor Gericht bekunden soll. Die Wertung, ob das erhobene Entgelt sachgerecht war, ist jedenfalls eine Rechtsfrage, die einer Zeugenvernehmung nicht zugänglich ist.

Schon aus diesen Gründen fehlt es an einer nachvollziehbaren Darlegung der Beklagten, dass ein sachgerechtes und transparentes Entgelt im Vertrag vom 4. Oktober 1999 vereinbart wurde.

Dass die Festlegung des Entgelts mit 5,5% vom Umsatz der SCK weder sachgerecht noch transparent ist, ergibt sich außerdem daraus, dass die Beklagte seit dem 1. Juli 2006 nur noch eine Umsatzabgabe von 4% vereinnahmt, so dass sich zwischen 1999 und 2006 die für die Bewirtschaftung des Vorfelds maßgeblichen Kosten oder die Beteiligung der Caterer an diesen Kosten deutlich geändert haben muss, ist die auf den Umsatz zu zahlende Abgabe doch ab diesem Zeitpunkt um 27% gesunken. Weshalb dann im Jahr 1999 5,5% sachgerecht gewesen sein sollen, erschließt sich nicht. Wie und in welchem Ausmaß sich die Kosten geändert haben sollen und aufgrund welcher Berechnungen sich dies in dem geänderten Entgelt niedergeschlagen haben soll, erläutert die Beklagte nicht. Erst recht erschließt sich nicht, dass noch im Jahr 2005 und bis zum 30. Juni 2006 5,5% sachgerecht gewesen sein sollen, wenn ab dem 1. Juli 2006 nur noch 4% sachgerecht waren.

Schließlich ist das erhobene Entgelt aus einem weiteren Grund nicht als sachgerecht und transparent anzusehen:

Der Europäische Gerichtshof hat sich in der Entscheidung v. 5.7.2007, C-181/06 (s. o.), der auch eine prozentuale Abgabe zugrunde lag, nicht dazu geäußert, ob bei einer prozentualen Abgabe



generell von einer fehlenden Sachgerechtigkeit im Sinne des Art. 16 Abs. 3 RL 96/67 auszugehen ist; die Sachgerechtigkeit des Entgelts sei vielmehr vom nationalen Gericht zu prüfen. Nach dem Schlussantrag des Generalanwalts in dieser Sache (Rdz. 39, 40) sollen Entgelte nach Art einer Lizenzgebühr generell unzulässig sein.

Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass die dem Flugplatzunternehmer aus der Zurverfügungstellung der Einrichtungen entstehenden Kosten der Ausgangspunkt einer sachgerechten Entgelterhebung sein müssen (so auch EuGH, Entscheidung v. 14.7.2005, Az. C-386/03: "Die durch die Nichtübernahme von Arbeitnehmern verursachten Aufwendungen stehen in keinerlei Zusammenhang mit den Kosten, zu denen die Vorhaltung der Flughafeneinrichtungen durch den Unternehmer führt, und können daher nicht als von den in dieser Vorschrift aufgeführten Kriterien umfasst angesehen werden"; so auch Schlussantrag des Generalanwalts i. S. C-181/06 Rdzf. 39 sowie Schlussantrag des Generalanwalts i. S. C-363/01 Rdz. 24).

Entsprechend musste auch die Beklagte sich bei der Festlegung der Höhe ihrer Benutzungsentgelte für die von ihr zur Verfügung gestellten Einrichtungen nach den ihr entstehenden Kosten richten. Es ist aber weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, in welchem Zusammenhang die von der SCK zu zahlende Umsatzabgabe mit den für die Einrichtungen anfallenden Kosten stehen sollen. Ein insoweit bestehendes Junktim ergibt sich auch nicht aus der von ihr vorgelegten Stellungnahme der Wirtschaftsprüfer Ernst & Young (s. o.). Nicht nachvollziehbar ist es, wenn die Beklagte behauptet, die einzige Alternative zu einer Umsatzabgabe sei die Einzelabrechnung für jede einzelne Fahrt auf das Rollfeld, was gänzlich unpraktikabel sei. Weshalb sie nicht schlicht die Kosten ermitteln und diese unter den Luftfahrtunternehmen und einzelnen Bodendienstleistern aufteilt, legt sie nicht dar.

Da jegliches Junktim zwischen dem Umsatz der SCK und den der Beklagten erwachsenden Kosten der für die Zurverfügungstellung der Einrichtungen fehlt und sich die hierfür erhobenen

Entgelte sich an den Kosten zu orientieren haben, ist das Kriterium der Sachgerechtigkeit nicht gewährleistet.

Beispielhaft gesprochen, wäre es eben nicht sachgerecht, dass ein Caterer, der für eine anspruchsvolle Kundschaft zu einem vergleichsweise hohen Anteil besonders hochwertige und teure Lebensmittel liefert, z. B. Kaviar, Champagner u. Ä., mit einer Umsatzabgabe für die Nutzung der Gemeinschaftseinrichtungen zahlen muss, wenn zugleich ein anderer Caterer überwiegend Sandwiches, Wasser und Soft Drinks liefert und daher bei niedrigeren Margen, um denselben Umsatz zu erzielen, mehr Flugzeuge beliefern und die Gemeinschaftseinrichtungen daher auch in höherer Weise in Anspruch nehmen müsste. Ob dies tatsächlich der Fall ist, ist irrelevant. Allein dass dies möglich wäre, zeigt, dass die Abgabe auf den Umsatz eines Caterers ohne nachvollziehbare Rückkopplung zu den dem Flughafenbetreiber entstehenden Kosten nicht sachgerecht ist.

Es ist daher im vorliegenden Fall zum Einen nicht gewährleistet, dass die Höhe der letztendlich zu zahlenden Entgelte abstrakt in Korrelation zum Umfang der Nutzung der Gemeinschaftsanlagen stehen, und es ist andererseits nicht konkret dargelegt, dass sich in den tatsächlich vereinnahmten Entgelten die der Beklagten erwachsenden Kosten widerspiegeln.

Zugleich ist das vereinbarte Entgelt auch nicht transparent im Sinne des § 9 Abs. 2 BADV. Denn es ist völlig unklar und konnte von der Beklagten auch im Rahmen dieses Rechtsstreits nicht erläutert werden, aus welchem Grund 5,5% auf den Umsatz der SCK zu zahlen war, welche Verbindung insofern zu den der Beklagten aus dem Betrieb und der Instandhaltung der Anlagen erwachsenden Kosten bestand und welche Leistungen genau mit der Zahlung abgegolten sein sollten.

Daraus folgt die Nichtigkeit der vertraglichen Entgeltregelung gemäß § 134 BGB, da es sich bei § 9 Abs. 2 BADV um ein Verbotsgesetz im Sinne dieser Vorschrift handelt. § 9 Abs. 2 BADV ist nämlich im Lichte der RL 96/67/EG auszulegen. Nach dem Sinn und Zweck der Richtlinie und des zu seiner Umsetzung ergangenen § 9 Abs. 2 BADV sollen die Bodendienstleister und damit auch

deren Kunden und schließlich der Endverbraucher keine Belastungen tragen, die keine Entsprechung in den sich aus dem Betrieb des Flughafens ergebenden Kosten finden. Daraus folgt aber zwingend, dass zu zahlende Entgelte, die den in § 9 Abs. 2 BADV genannten Kriterien widersprechen, unwirksam sein müssen und sich aus der Vereinbarung solcher Entgelte gerade keine Zahlungspflicht ergibt.

## 6. Verjährung

Soweit die Beklagte die Einrede der Verjährung erhebt, tut sie dies zu Recht lediglich hinsichtlich der im Jahr 2004 gezahlten Beträge.

Die Verjährungsfrist für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung beträgt gemäß § 195 BGB drei Jahre. Die Verjährungsfrist beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB frühestens zu laufen mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, weshalb die Rückforderungsansprüche aufgrund von Zahlungen aus den Jahren 2005 und 2006 nicht verjährt sein können. Denn die Verjährungsfrist konnte insoweit frühestens am 1. Januar 2006 bzw. 2007 zu laufen beginnen.

Da der Mahnbescheid der Beklagten am 20. März 2008 zugestellt wurde und damit hinsichtlich der aus den Jahren 2005 und 2006 stammenden Forderungen vor Ablauf der Verjährung, wurde der weitere Ablauf der Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB gehemmt, so dass Verjährung hinsichtlich dieser Forderungen nicht eingetreten ist.

Anders verhält es sich hinsichtlich der aus dem Jahr 2004 stammenden Forderungen: SCK wusste um die tatsächlichen Umstände, auf die der Rückforderungsanspruch gestützt wird, nämlich die Zahlung eines Entgelts aufgrund des Vertrages vom 4. Oktober 1999. Ob es insofern auf die Kenntnis des Urteil des EuGH vom 16. Oktober 2003 (Az. C-363/01) ankommt, kann offen bleiben, da SCK nach dem unwidersprochenen Vorbringen der Beklagten auch von diesem Urteil seit dem 4. März 2004 wusste. Die Person des Schuldners, die Beklagte, war ohnehin bekannt. Demzufolge begann die Verjährung hinsichtlich der im Jahr 2004 entstandenen Ansprüche gemäß

§ 199 Abs. 1 BGB am 1. Januar 2005 zu laufen und lief nach drei Jahren am 31. Dezember 2007 ab. Sowohl zum Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheids als auch zum Zeitpunkt des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids beim Mahngericht war die Verjährungsfrist daher bereits abgelaufen, so dass auch eine etwaige Rückwirkung einer "demnächst" erfolgten Zustellung im Sinne des § 167 ZPO zu keinem anderen Ergebnis führt.

In Höhe von 194.127,90 EUR ist die geltend gemachte Forderung daher verjährt.

Die Verjährungsfrist ist auch nicht gemäß § 852 BGB um weitere zehn Jahre verlängert. Der Klägerin steht nämlich kein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung zu. Ansprüche aus § 33 Abs. 3 GWB in Verbindung mit einem Verstoß gegen § 19 Abs. 4 Nr. 1, Nr. 2 und 4 GWB sowie aus Art. 82 EGV scheiden aus.

Zwar dürfte die Beklagte als marktbeherrschendes Unternehmen anzusehen sein. Denn "ein öffentliches Unternehmen, das als Eigentümer von Flughafenanlagen allein den Zugang zu diesen Anlagen gewähren kann, verfügt über eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 82 EG) auf dem Markt der Leistungen des Betriebs der Flughäfen einer bestimmten Region, die für die Erbringung der Bodenabfertigungsdienste unerlässlich sind. Dadurch, dass es über das rechtliche Monopol für den Betrieb der fraglichen Flughäfen verfügt und deshalb als Einziger die Ausübung von Bodenabfertigungsdiensten auf diesen Flughäfen genehmigen und die Bedingungen hierfür festlegen kann, besitzt es nämlich eine wirtschaftliche Machtstellung, die ihm die Möglichkeit gibt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt zu verhindern, indem sie ihm eine unabhängige Verhaltensweise ermöglicht" (EuGH Entscheidung v. 24.10.2002, Az. C- 82/01).

Dass aber das geforderte Entgelt von dem bei wirksamen Wettbewerb abwicke (Nr. 2), ist nicht dargelegt, da auch bei wirksamem Wettbewerb für die Benutzung der Flughafeneinrichtungen

etwas zu zahlen wäre, vorliegend aber für die Nutzung der Gemeinschaftseinrichtungen gar kein Entgelt gezahlt wurde, sondern nur für den Marktzugang. Wie hoch ein angemessenes Entgelt für die Nutzung der Flughafeneinrichtungen sein könnte, hat die Klägerin auch nicht ansatzweise dargelegt.

Ebenso sind die Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht dargelegt, da SCK doch gerade nicht zur Beklagten in Wettbewerb treten will.

Dass die Wettbewerbsmöglichkeiten der SCK beeinträchtigt würden (Nr. 1), ist ebenfalls nicht dargelegt, da Entgelte wie das vorliegend zurückgeforderte doch, soweit ersichtlich, von allen Caterern erhoben werden, so dass nicht deutlich wird, in welcher Weise der Wettbewerb beeinträchtigt würde.

Ein Anspruch aus Art. 82 EGV scheidet ebenfalls aus. Der Missbrauch eine marktbeherrschenden Stellung ist nicht dargelegt. Die Klägerin beruft sich insofern (vgl. S. 32 – 34 des Schriftsatz vom 23.10.09) lediglich darauf, dass ein unzulässiges Marktzugangsentgelt erhoben worden sei. Inwiefern dieses einen Missbrauch im Sinne des Art. 82 EGV darstellen soll, wird aus dem Vorbringen der Klägerin nicht deutlich. Dass die Voraussetzungen einer der Fallgruppen des Art. 82 EGV erfüllt sein sollten, ist nicht ersichtlich. Denn dass die Höhe des Entgelts absolut unangemessen war (Art. 82 a) EGV), ist nicht dargelegt, da nicht ersichtlich ist, dass für die Nutzung der Flughafenanlagen nicht genauso viel zu zahlen gewesen wäre. Eine Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher (lit. b), ist ebenfalls nicht erkennbar. Da, soweit ersichtlich, alle Caterer gleich behandelt wurden, ist auch nicht von unterschiedlichen Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden (lit. c), auszugehen. Schließlich wurde der Abschluss des Vertrags auch nicht an zusätzliche Leistungen (lit. d) geknüpft.

7.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 S. 1 und 2 ZPO.

Eine Erklärungsfrist war der Beklagten nicht zu gewähren, weil es auf den Inhalt der Schriftsätze vom 27. Oktober und 2. November 2009 für die Verurteilung der Beklagten nicht ankam.

Dr. Scholz

Klinger

von Bresinsky