



Kammergericht

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:
2 U 14/10 .Kart
16 O 152/09 Kart Landgericht Berlin

verkündet am : 3. Dezember 2012
Vierkorn, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamte der
Geschäftsstelle des
Kammergerichts Berlin

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

Riedemannweg 58, 13627 Berlin,

Beklagten und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Schierk & Bechtloff,
Neumühlen 23, 22763 Hamburg -

g e g e n

[REDACTED]

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Mock,
Leibnizstraße 49, 10629 Berlin -

hat der Kartellsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Elßholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Dr. Hawickhorst, den Richter am Kammergericht Franck und die Richterin am Kammergericht Lang

f ü r R e c h t e r k a n n t :

Die Berufungen der Beklagten gegen die am 25. November 2008 und am 5. Oktober 2010 verkündeten Urteile des Landgerichts Berlin – 91 O 76/05 und 16 O 152/09 Kart. – werden zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe des beizutreibenden Betrages abwenden, sofern diese zuvor nicht Sicherheit in derselben Höhe leistet.

A.

Die Klägerin betreibt den Flughafen [REDACTED]. Bis zu dessen Schließung zum 31. Oktober 2008 betrieb sie außerdem den Flughafen [REDACTED]. Die beiden Flughäfen bildeten gemeinsam mit dem Flughafen [REDACTED], dessen Betreiberin die Flughafen [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] war, ein Flughafensystem. Alleinige Gesellschafterin und Muttergesellschaft der Klägerin war die [REDACTED]), die sowohl mit der Klägerin als auch mit [REDACTED] einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag geschlossen hatte. Ab 2003 war [REDACTED] die alleinige Gesellschafterin der Klägerin.

Die Beklagte ist eine Fluggesellschaft, die den Flughafen [REDACTED] nutzt und bis zur Schließung den Flughafen [REDACTED] nutzte. Sie kürzte die von der Klägerin für die Nutzung des Flughafens [REDACTED] in der Zeit zwischen dem 11. August 2002 und dem 30. September 2007 sowie des Flughafens [REDACTED] in der Zeit vom 21. März 2004 bis zum 31. Mai 2006 in Rechnung gestellten Entgelte. Im Verfahren LG Berlin 91 O 76/05 – früher: KG 2 U 2/09 hat die Klägerin die offenen Forderungen für die Zeit bis zum 28. Februar 2005 in Höhe von 2.338.176,88 EUR nebst Zinsen geltend gemacht. Im Verfahren LG Berlin 16 O 152/09 – KG 2 U 14/10 Kart. hat sie die offenen Forderungen für die Zeit ab 1. März 2005 in Höhe von 1.321.391,28 EUR nebst Zinsen eingeklagt. Der Senat hat das Verfahren KG 2 U 2/09 an den Kartellsenat abgegeben und zum Verfahren KG 2 U 14/10 Kart. verbunden.

Die Entgelte für die Nutzung der Flughäfen [REDACTED] durch die Fluggesellschaften werden gemäß den einseitig vom Flughafenbetreiber aufgestellten Entgeltordnungen erhoben. Mit der Entgeltordnung 1. April 2002 wurden die Entgelte für die Nutzung der zentralen Infrastruktureinrichtungen erhöht. Diese ZI-Entgelte blieben in der Entgeltordnung 1. August 2003, mit der u. a. das Passagierentgelt angehoben wurde, unverändert. Beide Entgeltordnungen galten für alle drei Flughäfen. Ab 1. Juli 2005 galt für jeden der Flughäfen eine eigene Entgeltordnung, mit der die Entgelte außerdem umstrukturiert wurden.

Die Klägerin schloss mit anderen Fluggesellschaften [REDACTED] Vereinbarungen, nach denen die ZI-Entgelte vom 1. April 2002 bis zum 31. Mai 2005 und die Passagierentgelte vom 1. August 2003 bis zum 31. Mai 2004 nur in geringerer Höhe erhoben wurden. Sie trägt dazu vor, den reduzierten Entgeltforderungen hätten außergerichtliche Vergleiche zugrunde gelegen, die vor dem Hintergrund des Urteils des Landgerichts Berlin vom 30. Juli 2003 – 100 O 162/02 – (aufgehoben durch Urteil des Senats vom 19. Oktober 2006) geschlossen worden seien.

Die Parteien streiten vor allem um die Frage, ob die in den Entgeltordnungen festgesetzten Entgelte der Billigkeit entsprechen und daher für die Beklagte verbindlich sind. Im Berufungsverfahren macht die Beklagte außerdem geltend, die Klägerin als marktbeherrschendes Unternehmen verstoße gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften, indem sie von den Unternehmen [REDACTED] - denen ebenso wie ihr die Nutzung des Flughafensystems bzw. Teilen des Flughafensystems üblicherweise zugänglich sei - geringere Entgelte fordere. Ihr sei ein Schaden in Höhe der im Vergleich zu anderen Fluggesellschaften überzahlten Entgelte entstanden.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen im Übrigen wird auf die Urteile des Landgerichts Berlin vom 25. November 2008 – 91 O 76/05 – und vom 5. Oktober 2010 – 16 O 152/09 - verwiesen, mit denen der Klage – bis auf einen Teil des Zinsanspruchs - stattgegeben worden ist. Zur Begründung hat das Landgericht im wesentlichen ausgeführt, dass die Leistungsbestimmungen nach der Kosten- und Erlössituation der Einzelflughäfen [REDACTED] der Billigkeit entsprächen.

Hiergegen richten sich die Berufungen der Beklagten. Sie beantragt,

das Urteil des Landgerichts Berlin vom 25. November 2008 – 91 O 76/05 – und das Urteil des Landgerichts Berlin vom 5. Oktober 2010 – 16 O 152/09 Kart. - abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufungen zurückzuweisen.

B.

Die Berufungen sind unbegründet.

Die Klage ist zulässig. Ob es sich bei der Ausübung des der Klägerin gemäß § 315 BGB zustehenden Ermessens auf der Grundlage der einschlägigen Daten des Flughafensystems einerseits und der einschlägigen Daten der Einzelflughäfen andererseits um zwei unterschiedliche Streitgegenstände handelt (vgl. dazu KG, Urteil vom 19. Oktober 2006 - 2 U 169/03 -) kann für die Zulässigkeitsprüfung offen bleiben. Denn die Klägerin hat klaggestellt, dass sie für den Fall, dass der erkennende Senat eine Klagehäufung annimmt, den Anspruch in erster Linie auf die Einzelbetrachtung der Flughäfen [REDACTED] und nur hilfsweise auf eine Gesamtbetrachtung des Flughafensystems stützt. Ferner ist der Klageantrag hinreichend bestimmt. Auf die Ausführungen in dem Urteil des Landgerichts zu 91 O 76/05 wird verwiesen. Sonstige Bedenken gegen die Zulässigkeit bestehen nicht.

Die Klage ist auch begründet. Die Klägerin hat aus Vertrag i. V. m. § 315 BGB einen Entgeltanspruch in geltend gemachter Höhe. Die in der Entgeltordnung vom 1. April 2002 festgesetzten ZI-Entgelte, die in der Entgeltordnung vom 1. August 2003 in Teil I „Aviation“ festgesetzten Start- und Landeentgelte und die Passagierentgelte sowie die in den Entgeltordnungen 1. Juli 2005 für [REDACTED] festgesetzten Entgelte entsprechen der Billigkeit. Ein Schadenersatzanspruch, mit dem sie gegen die Klageforderung aufrechnen könnte, steht der Beklagten nicht zu. Der erbetene Hinweis (Seite 48 der Berufungsbegründung im früheren Verfahren KG 2 U 2/09 = Bd. VI, Bl. 76 d. A.) erübrigt sich daher.

I. Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2007 – III ZR 277/06 = BGHZ 174, 48 ff Juris Rz 11 f und 19 m. w. N.; vorhergehend Urteil des Senats vom 19. Oktober 2006) ist Anspruchsgrundlage ein privatrechtlicher Vertrag, der durch die Benutzung des Flughafens zustande kommt. Der Flugplatzunternehmer hat das Recht, von den Nutzern für die von ihm zur Verfügung gestellten Leistungen ein durch Allgemeine Geschäftsbedingungen bestimmtes Entgelt zu verlangen, dessen Höhe unbeschadet einer behördlichen Genehmigung der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB unterliegt. Auf den Streit um die Genehmigungsbedürftigkeit von Entgelten kommt es demnach nicht an.

Der BGH hat in der zitierten Entscheidung eingehend dazu Stellung genommen, dass die Regelung des § 6 Abs. 3 Satz 2 Bodenabfertigungsdienstverordnung - BADV – nur das Verhältnis zwischen dem Flugplatzunternehmer und den Bodenabfertigungsdienstleistern/ Selbstabfertigern betrifft und die Erhebung eines Entgelts von den Fluggesellschaften durch die Regelung nicht

ausgeschlossen ist. Die hiergegen vorgebrachten Argumente der Beklagten haben keinen Erfolg.

Aus dem Umstand, dass die Fluggesellschaften als Nutzer gemäß § 2 Ziff. 3 BADV (Art. 2 Buchst. d BAD-Richtlinie) über den gemäß § 5 BADV (Art. 5 BAD-Richtlinie) einzurichtenden Nutzerausschuss in vielfacher Hinsicht an den nach der Verordnung zu treffenden Entscheidungen zu beteiligen sind, folgt nicht, dass auch die materiellen Regelungen auf sie anwendbar sind. Die Fluggesellschaften sind in jedem Fall mittelbar von den Entgelten betroffen, die von den Bodenabfertigungsdienstleistern/ Selbstabfertigern erhoben werden, weil diese sie wiederum an sie weiterleiten. Der Schluss allein von der formellen Beteiligung eines mittelbar Betroffenen auf den persönlichen Anwendungsbereich der materiellen Regelung ist aber nicht gerechtfertigt.

Nach § 10 Abs. 1 BADV – der insoweit über Art. 15 BAD-Richtlinie hinausgeht - sind zwar auch die Nutzer und nicht nur die Bodenabfertigungsdienstleister/Selbstabfertiger verpflichtet, den ordnungsgemäßen Betriebsablauf nicht zu stören. Hierbei handelt es sich aber nur um die Wiederholung einer Selbstverständlichkeit, wobei bei Verstößen der Fluggesellschaften in ihrer Eigenschaft als Nutzer des Flughafens das allgemeine zivilrechtliche Instrumentarium und die Maßnahmen der Luftaufsicht (vgl. die Klarstellung in § 10 Abs. 3 BADV) zur Verfügung stehen. Dagegen betreffen die Regelungen in § 10 Abs. 2 und 4 BADV dem eindeutigen Wortlaut nach nur die Bodenabfertigungsdienstleister/Selbstabfertiger. Sie erklären sich durch das Bestreben, die Marktöffnung in diesem Bereich sicherzustellen.

Es ist auch keine Umgehung der nach der Rechtsprechung des BGH nur für Bodenabfertigungsdienstleister/Selbstabfertiger geltenden Bestimmungen der BADV, wenn der Flugplatzunternehmer von den Fluggesellschaften Entgelte für die Nutzung der ZI-Einrichtungen verlangt. Der BGH hat dargestellt, dass die Marktöffnung durch die BAD-Richtlinie nicht vollständig ist, weil nach Art. 8 Abs. 1 BAD-Richtlinie die Verwaltung und der Betrieb bestimmter zentraler Infrastruktureinrichtungen zur Bodenabfertigung, die aufgrund ihrer Komplexität sowie aus Kosten- oder Umweltschutzgründen nicht geteilt oder nur einmal vorgehalten werden können, dem Flugplatzunternehmer vorbehalten bleiben kann und dieser den Bodenabfertigungsdienstleistern/Selbstabfertigern die Nutzung vorschreiben kann. Die mit der BAD-Richtlinie gemäß Erwägungsgrund 5 (Senkung der Betriebskosten der Fluggesellschaften und Qualitätssteigerung zugunsten der Nutzer) verfolgten Ziele treten demgemäß für diesen Bereich zurück. Nur in dem so eingegrenzten Umfang profitieren die Fluggesellschaften von der Marktöffnung.

Die Anwendbarkeit der Bestimmungen der BADV auf Fluggesellschaften folgt auch nicht aus der Regelung, wonach der Flughafenunternehmer einer bestimmten Anzahl von Selbstabfertigern und

– unabhängigen - Bodenabfertigungsdienstleistern die Tätigkeit auf dem Flugplatz ermöglichen muss (Art. 6 Abs. 4 BAD-Richtlinie; § 3 Abs. 2 und 3 BADV). Die Regelung dient nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck allein der Sicherstellung der angestrebten Marktöffnung.

Macht der Flugplatzunternehmer von der ihm nach § 6 Abs. 2 und 3 BADV (Art. 8 Abs. 1 BAD-Richtlinie) eröffneten Möglichkeit Gebrauch, kann er nach §§ 6 Abs. 3 Satz 2, 9 Abs. 3 BADV (Art. 16 Abs. 3 BAD-Richtlinie) von den Bodenabfertigungsdienstleistern/Selbstabfertigern ein Entgelt für die Nutzung der ZI-Einrichtungen verlangen. Damit ist aber nichts darüber gesagt, inwieweit die ZI-Einrichtungen auch den Fluggesellschaften unmittelbar zugute kommen und von ihnen daher ein billiges Entgelt verlangt werden kann. Die Klägerin verweist hier beispielhaft auf das Gepäckfördersystem und führt zur Abgrenzung der Kosten aus, dass die Fluggesellschaften mit den Kosten des Systems und die Bodenabfertigungsdienstleister/ Selbstabfertiger mit den Kosten der unmittelbar und ausschließlich von ihnen genutzten Einrichtungen wie Gepäckkeller und Betriebsstraßen belastet würden. In solchen Fällen ist dann allerdings im Rahmen der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB die Abgrenzung im Einzelnen und der Ausschluss von Doppelberechnungen zu prüfen.

Zu Art. 8 Abs. 2 der BAD-Richtlinie und dem Regelungsgehalt von Art. 16 Abs. 3 BAD-Richtlinie hat der BGH ausführlich Stellung genommen. Der Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH trägt nicht, weil es dort nur darum geht, dass es dem Flughafenunternehmer nicht gestattet ist, ein Entgelt ohne Gegenleistung („Marktzugangsentgelt“) zu erheben (vgl. EuGH, Urteil vom 5. Juli 2007 – C-181706 Deutsche Lufthansa gegen ANA Juris Ziff. 24).

Der von der Beklagten angeregten Vorlage an den EuGH bedarf es nicht. Der BGH hat bereits dargestellt, dass die richtige Anwendung der BAD-Richtlinie in der Frage der Entgelterhebung von den Fluggesellschaften nicht zweifelhaft ist (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2007, Juris Rz 17). Soweit er hier auf den Vorschlag der Kommission vom 24. Januar 2007 Bezug nimmt, wird seine Argumentation durch die Richtlinie 2009/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2009 über Flughafenentgelte bestätigt. Sie beruht auf dem Vorschlag der Kommission. Aus Art. 1 Abs. 4 Flughafenentgeltrichtlinie ergibt sich der gegenüber der BAD-Richtlinie eigenständige Anwendungsbereich. Nach der Legaldefinition in Art. 2 Ziff. 4 Flughafenentgeltrichtlinie ist Flughafenentgelt „eine zugunsten des Flughafenleitungsorgans erhobene und von den Flughafenutzern gezahlte Abgabe für die Nutzung von Einrichtungen und Dienstleistungen, die ausschließlich vom Flughafenleistungsorgan bereitgestellt werden und mit Landung, Start, Beleuchtung und Abstellen von Luftfahrzeugen sowie mit der Abfertigung von Fluggästen und Fracht in Zusammenhang stehen“. Das hier in Rede stehende ZI-Entgelt erfüllt diese Voraussetzungen.

Im Hinblick auf das von der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit der Preisgestaltung für einzelne Fluggesellschaften auf dem Flughafen [REDACTED] eingeleitete Prüfverfahren ist eine Vorlage schon deshalb nicht erforderlich, weil – wie noch auszuführen sein wird – diese Sondervereinbarungen auf die Kalkulationen, die den Entgeltordnungen zugrunde lagen, keinen Einfluss haben.

Auf die Argumentation der Beklagten auf der Grundlage des Urteils des 23. ZS des KG vom 26. Juli 2010 – 23 U 4/09 – kommt es nicht an, weil – wie dargestellt – die BADV im Verhältnis zu den Fluggesellschaften keine Anwendung findet. Im Übrigen hat der BGH die Entscheidung mit Urteil vom 14. Juli 2011 – III ZR 200/10 – (MDR 2011, 1029 f) aufgehoben und die ordnungsgemäße Umsetzung von § 16 Abs. 3 BAD-Richtlinie durch § 9 Abs. 3 Satz 2 BADV bestätigt.

Abschließend ist anzumerken, dass die Beklagte wegen § 315 BGB nicht rechtlos ist, wenn §§ 6 Abs. 3 Satz 2, 9 Abs. 3 BADV auf die von den Fluggesellschaften erhobenen Entgelte keine Anwendung finden und dass nicht erkennbar ist, dass eine Prüfung nach § 315 BGB zu wesentlich anderen Ergebnissen führen kann. Gegenüber dem Bodenabfertigungsunternehmen kann sich die Beklagte, die keine Selbstabfertigerin ist, darauf berufen, dass das vom Flughafenunternehmer von den Bodenabfertigungsdienstleistern erhobene Entgelt gegen § 9 Abs. 3 BADV bzw. § 6 Abs. 3 BADV (Art. 16 Abs. 3 BAD-Richtlinie) verstoße und die Entgeltregelung deshalb nach § 134 BGB nichtig sei (vgl. BGH MDR 2011, 1029 f Juris Rz 17, 18).

II. Die Entgeltordnungen verstoßen nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Danach ist der Verwender gehalten, die Rechte und Pflichten des Vertragspartners möglichst klar, einfach und präzise darzustellen (Palandt/Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl. § 307 Rz 21 m. w. N.). Diesen Anforderungen genügt die Entgeltordnung. Anders als die Beklagte offenbar meint, muss die Klägerin in der Entgeltordnung nicht die Kalkulationsgrundlagen ausweisen, um dem Transparenzgebot zu genügen.

III. Die in den Entgeltordnungen 1. April 2002 festgesetzten ZI-Entgelte, die in der Entgeltordnung 1. August 2003 festgesetzten Start- und Landeentgelte sowie die Passagierentgelte und die Entgelte nach den Entgeltordnungen 1. Juli 2005 sind für die Beklagte verbindlich. Sie halten der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB stand.

1. Bei der richterlichen Billigkeitskontrolle sind die objektiven wirtschaftlichen Interessen beider Vertragspartner gegeneinander abzuwägen und der Vertragszweck umfassend zu würdigen.

Dabei geht es nicht um die Bestimmung des „gerechten Preises“, sondern um die Überprüfung, ob der Bestimmungsberechtigte sich in den Grenzen des § 315 BGB gehalten hat (zum Vorstehenden: BGH, Urteil vom 18. Oktober 2007, Juris Rz 20). In sachlicher Hinsicht hat sich der Flughafenbetreiber - ähnlich wie ein Unternehmen der Daseinsvorsorge - am Kostenbezug zu orientieren, wobei ihm auch ein Gewinn zusteht, aus dem er Rücklagen bilden und Investitionen tätigen kann (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2007, Juris Rz 39). In zeitlicher Hinsicht kommt es auf die Umstände bei Zugang der Leistungsbestimmung an (vgl. BGH WM 1975, 17 f Juris Rz 18; Staudinger/Rieble, BGB, 2009, § 315 Rz 338). Zusammengefasst ist maßgebend, ob die betriebswirtschaftliche Prognose des Bestimmungsberechtigten unter Berücksichtigung des unternehmerischen Entscheidungsspielraums nach den im Zeitpunkt der Festsetzung bestehenden Umständen aus damaliger Sicht vertretbar war (OLG Düsseldorf, Urteil vom 18. Juni 2003 – VI-U (Kart) 64/01 – Juris Rz 20 und vom 23. Juni 2003 – VI-U (Kart) 42/01 – Juris Rz 22). Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Umstände, die die Billigkeit rechtfertigen sollen, trägt derjenige, der zur Bestimmung der Leistung berechtigt ist (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2007, Juris Rz 29).

2. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Klage nicht schon deshalb unbegründet, weil die Leistungsbestimmungen auf der Grundlage der Daten des Flughafensystems unzulässig waren und die Klägerin ihr Recht „verbraucht“ hat, so dass sie die Billigkeit nicht mehr auf die Kosten- und Erlössituation des Einzelflughafens ■■■■ stützen kann.

a) Der BGH hat bereits dargestellt, dass eine Entgeltfestsetzung auf der Grundlage der Daten des Flughafensystems weder gegen Gemeinschaftsrecht (Art. 8 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates vom 23.7.1992 – EG-Streckenzugangsverordnung -) noch gegen § 1 Abs. 2 Satz 1 BADV verstößt (Urteil vom 18. Oktober 2007, Juris Rz 25 und 27). Die zwischenzeitliche Stilllegung des Flughafens ■■■■ per 31. Oktober 2008 steht der Annahme, es sei der Klägerin verwehrt, auf eine defizitäre Kosten- und Erlössituation mit einer Schließung des betreffenden Flughafens zu reagieren, nicht entgegen. Denn der Flughafenbetreiber unterliegt nach § 45 Abs. 1 Satz 1 LuftVZO einer Betriebs- und Unterhaltungspflicht und kann über die ihm erteilte Genehmigung, die nicht nur Unternehmerngenehmigung, sondern auch Planungsentscheidung ist, nicht disponieren (BVerwG, Beschluss vom 29. November 2007 – 4 B 22/07 -, UPR 2008, 114 ff Juris Rz 7 und 10). Die für die Stilllegung eines Flughafens erforderliche Änderungsgenehmigung nach § 6 Abs. 4 Satz 2 LuftVG, bedarf dementsprechend einer Abwägung, bei der Belange der Betroffenen und widerstreitende Interessen nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip auszugleichen sind (BVerwG a.a.O. Juris Rz 10). Im konkreten Fall kam der Planungsentscheidung für den Flughafen Berlin Brandenburg eine maßgebliche Bedeutung zu (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12. Februar 2007 – 12 A 2.05, Juris Rz 59 und 67). Das von der Klägerin mit dem

Betrieb von [REDACTED] erwirtschaftete Defizit war bei der Entscheidung nur eines der abwägungserheblichen Kriterien.

b) Die Klägerin kalkulierte die ab 1. April 2002 und 1. August 2003 geltenden Entgelte zwar auf der Basis des Flughafensystems und stellte dies auch nach außen so dar. Sie hat aber auch klargestellt, dass die Betriebsabrechnungen für den hier einschlägigen Bereich Aviation zunächst für jeden einzelnen Standort erfolgt und erst anschließend zur Betriebsabrechnung des Flughafensystems zusammengeführt worden seien. Die Erhebung der Daten der Einzelflughäfen wird bestätigt durch ihren weiteren, mit Unterlagen belegten Vortrag.

Jedenfalls bei dieser Sachlage ist die Begründung der Leistungsbestimmung auch mit den Daten der Einzelflughäfen [REDACTED] in prozessualer Hinsicht kein anderer Streitgegenstand (zur Problematik vgl. Urteil des Senats vom 19. Oktober 2006, Seite 9). Vielmehr stützt sich die Klägerin auf einen einzigen Lebenssachverhalt, nämlich der Leistungsbestimmung anhand von Daten, die in mehreren Schritten gewonnen wurden.

In materiell-rechtlicher Hinsicht liegt keine Auswechslung der „tragenden Gründe der Entscheidung“ im Sinne einer erstmaligen Ausübung des Ermessens vor. Welche Auswirkungen dies auf die Billigkeit der Leistungsbestimmung hätte, kann daher offen bleiben (vgl. dazu Staudinger/Rieble a.a.O. Rz 347). Im vorliegenden Fall handelt es sich bei dem Vortrag zu den Daten des Einzelflughafens nur um eine Konkretisierung der Begründung im Sinne einer Klarstellung der bereits bei der Leistungsbestimmung vorhandenen und in die Entscheidung eingeflossenen Umstände. Solche, für die erforderliche umfassende Abwägung maßgeblichen Umstände können „nachgeschoben“ werden, um die Leistungsbestimmung zu rechtfertigen (Staudinger/Rieble a.a.O. Rz 346; zur fehlenden Bindung an die Berechnungsgrundlage der Leistungsbestimmung vgl. auch BGH LM Nr. 6 zu § 315 BGB Juris Rz 18).

Die von der Beklagten zitierten Entscheidungen stehen dem nicht entgegen. Die Entscheidung vom 20. Juni 1983 – II ZR 224/82 - (BGH WM 1983, 1006) verhält sich lediglich dazu, dass der allein maßgebliche Grund für die unterschiedliche Preisfestsetzung (gekündigte oder ungekündigte Rechtsbeziehung) nicht mehr im Rahmen von § 315 BGB lag. Entsprechendes gilt für die Entscheidung vom 29. November 1965 – VIII ZR 265/63 - (BGH LM Nr. 6 zu § 315 BGB = NJW 1966, 539 f), soweit es um den vom dortigen Kläger und Leistungsbestimmungsberechtigten zuletzt herangezogenen Maßstab für das billige Entgelt geht (a.a.O. Juris Rz 21 ff). Die Entscheidung vom 27. Januar 1971 – VIII ZR 151/69 - (BGHZ 55, 248 ff) befasst sich mit der Unwirksamkeit einer Regelung nach § 317 Abs. 1 BGB aufgrund der Lückenhaftigkeit der vertraglichen Regelung und nicht mit der Frage der Billigkeit einer Leistungsbestimmung. In der

Entscheidung vom 21. Januar 1976 – VIII ZR 113/74 – (BB 1976, 385 ff) ging es im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung um die Kriterien für die Bestimmung des billigen Entgelts.

3. Die Einwände der Beklagten gegen die nicht allein nach der Kosten- und Erlössituation des Flughafensystems, sondern auch nach der Kosten- und Erlössituation der Flughäfen [REDACTED] getroffenen Leistungsbestimmungen sind ohne Erfolg. Die Klägerin hat ihre Kalkulationen dargestellt. Es ist danach nicht erkennbar, dass ihre Leistungsbestimmungen die von § 315 BGB gezogenen Grenzen nicht einhalten, etwa weil – wie die Beklagte in mehrfacher Hinsicht geltend macht – die Ausgangsdaten der Kalkulationen falsch, unvollständig oder nicht sachgerecht waren oder die Systematik, nach der sie behandelt wurden, zu beanstanden ist, und/oder sich eine nicht mehr gerechtfertigte Kostenüberdeckung ergibt.

Zum Umfang der Darlegungslast des Bestimmungsberechtigten hat der BGH in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung ausgeführt, dass es eine Überspannung der Darlegungslast darstelle, wenn verlangt würde, dass das festgesetzte Entgelt genau dem Wert der Nutzung entsprechen und nach den Kriterien der Sachgerechtigkeit, Objektivität, Transparenz und Nichtdiskriminierung bestimmt sein müsse (Urteil vom 18. Oktober 2007, Juris Rz 31). Im Übrigen hängt das Maß der Substanziierung davon ab, wie substanziiert der bestreitende Gegner vorgetragen hat (Urteil vom 18. Oktober 2007, Juris Rz 33). Zwar hat die Beklagte eine Reihe von betriebswirtschaftlichen Stellungnahmen der BSL Management Consultants (BSL) / Civity Management Consultants (civity) eingereicht. Daraus ergeben sich aber keine Fehler bei der Leistungsbestimmung, die die Billigkeit der Entgelte in Frage stellen. Wie der Senat in dem Urteil vom 19. Oktober 2006 (Seite 23) bereits dargestellt hat, ist die Leistungsbestimmung nicht bereits dann unbillig, wenn sich aus dem Vortrag der Klägerin zu vernachlässigende Lücken im Vortrag zu einzelnen Kostenpositionen ergeben. Denn die Billigkeitsprüfung besteht nicht in einer detaillierten, betriebswirtschaftlichen Nachkalkulation des konkret festgesetzten Entgelts, wie daraus folgt, dass § 315 BGB einen Entscheidungsspielraum eröffnet.

4. ZI-Entgelte – Entgeltordnung 1. April 2002

Das nach der Entgeltordnung 1. April 2002 geschuldete ZI-Entgelt entspricht der Billigkeit. Die Klägerin hat dargetan, dass sich sowohl für das Flughafensystem als auch für die Einzelflughäfen [REDACTED] für 2001 und prognostisch für 2002 Kostenunterdeckungen in diesem Bereich ergeben (vgl. Anlagen K 21 und K 103 im früheren Verfahren KG 2 U 2/09). Für die von der Beklagten angeführte Quersubventionierung des Flughafens [REDACTED] durch die Erhebung unbillig überhöhter Entgelte für die Nutzung des Flughafens [REDACTED] bestehen keine Anhaltspunkte.

a) Für die Festsetzung der ZI-Entgelte in der Entgeltordnung 1. April 2002 kommt es auf das

Betriebsergebnis 2001 und die Prognose 2002 an. Überdeckungen in ■■■, die sich nach der Ist-Abrechnung ergeben, bilden allenfalls ein (unterstützendes) Indiz für die Fehlerhaftigkeit der Prognose, begründen aber nicht unmittelbar die Unwirksamkeit der Leistungsbestimmung.

aa) Die von der Beklagten vorgetragene entgeltrelevanten Sondervereinbarungen mit diversen Fluggesellschaften betrafen allein den Flughafen ■■■ und sind daher für die Kosten-/Erlösrechnung der Flughäfen ■■■ nicht von Bedeutung. Außerdem datieren sie sämtlichst aus den Jahren 2003 und später (vgl. Anlage B 32 im früheren Verfahren KG 2 U 2/09) und sind für die Festsetzung der Entgelte mit Wirkung ab dem 1. April 2002 – ebenso wie für die Festsetzung der Entgelte mit Wirkung ab dem 1. August 2003, für die es auf das Betriebsergebnis des Jahres 2002 ankommt - auch deshalb nicht von Bedeutung. Die Einzelheiten – Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV (vgl. dazu auch BGH GRUR-RR 2012, 157 ff; vorhergehend OLG Brandenburg Kart U 1/07), Verfahrenseinleitung durch die Europäische Kommission, Gründe für die Sondervereinbarungen - können daher dahinstehen.

bb) Die von der Beklagten angeführten reduzierten Erhebungen der Entgelterhöhungen gemäß den Entgeltordnungen 1. April 2002 und 1. August 2003 von anderen Fluggesellschaften (Gesellschaften des Lufthansa-Konzerns, Air Berlin) für den Zeitraum 1. April 2002 bis 31. Mai 2005 sind ebenfalls nicht von Bedeutung. Die Leistungsbestimmung wird nicht dadurch unbillig, dass sie gegenüber einzelnen Vertragspartnern nicht in vollem Umfang durchgesetzt wird.

Auf die Kalkulationsgrundlagen für die Erhöhung der ZI-Entgelte ab 1. April 2002 können die Reduzierungen rein zeitlich keinen Einfluss haben. Des weiteren ist nach der auf Einzelentgelte bezogenen Kalkulation der Klägerin nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht dargestellt, dass die Erhebung reduzierter ZI-Entgelte maßgeblichen Einfluss auf die Daten hat, die für die Bestimmung der per 1. August 2003 erhöhten Entgelte maßgeblich sind. Abgesehen davon hat die Klägerin dargestellt, dass sie die geschuldeten Entgelte in ihre Kalkulation eingestellt habe, ohne dass die Beklagte in tatsächlicher Hinsicht Anhaltspunkte für das Gegenteil aufgezeigt hat.

b) Die Klägerin hat vorgetragen, dass sie die Leistungsbestimmung anhand einer Deckungsbeitragsrechnung getroffen habe, deren Systematik sie im Detail erläutert hat. Die Anwendung des Prinzips der Deckungsbeitragsrechnung ist nicht zu beanstanden (vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2007, Juris Rz 39; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. Juni 2006 – VI-U (Kart) 42/01 Juris Rz 27). Die Kalkulation für das Flughafensystem hat die Klägerin ebenso dargetan wie diejenige für die Einzelflughäfen ■■■.

Die einzelnen ZI-Entgelttatbestände bezeichnet auch die Beklagte als betriebswirtschaftlich sinnvolle Abbildung. Bereits an dieser Stelle ist zum Entgelttatbestand „Vorfeldbus“ darauf hinzuweisen, dass die Herausnahme der Kalkulation dieser Position aus der Kalkulation für die ZI-Entgelte weder für die Kosten-/Erlössituation des Vorfeldbusdienstes noch für diejenige der übrigen ZI-Entgelte sachlich relevant ist. Für die Höhe des Entgelts ist es nicht von Bedeutung, ob es Teil des ZI-Entgelts oder ein eigenständiges Entgelt ist. Die hierauf basierenden Einwände der Beklagten gehen deshalb fehl. Die Herausrechnung der Kosten sieht dagegen auch die Beklagte als unproblematisch an. Konkrete Einwendungen gegen die Kosten des Vorfeldbusses, die über diejenigen hinausgehen, die sie gegen die ZI-Entgelte allgemein erhebt, macht sie nicht geltend.

c) Die Ausgangszahlen der Berechnung der Klägerin sind zutreffend. Die Beklagte hat sich den Inhalt der im früheren Verfahren KG 2 U 2/09 als Anlage B 47 eingereichten Stellungnahme der BSL ausdrücklich zu eigen gemacht. Danach ist unstreitig, dass die Überleitung der Zahlen der GuV-Rechnung in dem geprüften Jahresabschluss 2001 der Klägerin zu den GuV-Darstellungen in SAP nachgewiesen ist. Demgemäß ist auf Seite 6 der Anlage B 47 ausgeführt, dass von der Richtigkeit all derjenigen Kosten ausgegangen werden könne, deren Form und Höhe in der GuV-Rechnung und in der Kosten- und Leistungsrechnung gleich ist. In der im o. a. Verfahren als Anlage B 44 eingereichten Stellungnahme der BSL ist ergänzend ausgeführt, dass die Herausrechnung der planmäßigen handelsrechtlichen Abschreibungen, des Finanzergebnisses und des neutralen Ergebnisses aus den Zahlen nach der GuV-Rechnung nicht zu beanstanden ist. Eine Fälschung der Ausgangszahlen für die Kalkulation der Klägerin steht nach alledem nicht im Raum. Einer Überleitung der SAP-Daten auf Betriebsabrechnungsbögen für die einzelnen Entgelttatbestände bedarf es nicht. Denn die Billigkeitsprüfung besteht – wie bereits dargestellt – nicht in einer detaillierten Nachkalkulation.

Einwände erhebt die Beklagte gegen diejenigen Kostenpositionen, die für die betriebliche Kostenrechnung in Ansatz zu bringen sind und nicht Bestandteil der GuV-Rechnung sind. Konkret handelt es sich um die kalkulatorischen Abschreibungen, die kalkulatorischen Zinsen und die Ein- und Ausgliederungen. Außerdem wendet sie sich gegen die kalkulatorische Abgrenzung von Positionsentgelt und Abstellentgelt, in mehrfacher Hinsicht gegen die Umlagesystematik und gegen den Vortrag der Klägerin zum Mengengerüst.

d) zu den Einwänden im Einzelnen:

aa) kalkulatorische Abschreibungen, kalkulatorische Zinsen, Verteilung der kalkulatorischen Abschreibungen und der kalkulatorischen Zinsen auf die Bereiche Aviation und Non-Aviation

(1) Die Klägerin hat im früheren Verfahren KG 2 U 2/09 als Anlage K 119 eine Stellungnahme von

Ernst & Young eingereicht, in der die Ermittlung des betriebsnotwendigen Kapitals nach dem Konzernabschluss 2001, 2002 und 2003 als Ausgangsgröße für die Berechnung von kalkulatorischen Abschreibungen und kalkulatorischen Zinsen dargestellt ist. Damit ist den Bedenken der Beklagten gegen die im Jahr 2001 nach den Passiva vorgenommene Ermittlung Rechnung getragen. Die systematische und rechnerische Richtigkeit der Darstellung in der Anlage K 119 - die im übrigen zu einem höheren Ergebnis kommt, als die Klägerin der Kalkulation zugrunde legte - räumt die Beklagte ein.

Der nicht durch konkreten Vortrag unterlegte Einwand der Beklagten, die Betriebsnotwendigkeit der Sachanlagen sei nicht nachgewiesen, ist unerheblich. Wie bereits dargestellt, muss die Klägerin ihre Kalkulation nicht bis ins Detail transparent machen und belegen. Sie hat vorgetragen, dass sie über keine Vermögensgegenstände verfüge, die für die Erreichung des Betriebszwecks nicht erforderlich seien. Hierfür spricht beim Anlagevermögen bereits die Bilanzierung (§ 247 Abs. 2 HGB). Der Beklagten ist zuzugeben, dass sich aus der Anlage K 114 im früheren Verfahren KG 2 U 2/09, Seite 5 die von der Klägerin angeführte Korrektur der kalkulatorischen Abschreibungen um 684 Tsd. EUR wegen im Jahr 2001 nicht mehr genutzter Anlagen nicht für ■■■■, sondern für ■■■■ ergibt. Wenn die Klägerin diesen Betrag trotzdem für ■■■■ berücksichtigte, führt dieser der Beklagten günstige Umstand allerdings nicht zur Unbilligkeit der Entgeltbestimmung.

(2) Für die kalkulatorischen Abschreibungen gilt, dass die betriebswirtschaftlich vertretbaren Regeln, Grundsätze und Methoden richtig angewandt sein müssen (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2007, Juris Rz 40). Die Beklagte hat gegen den Vortrag der Klägerin, sie nehme die kalkulatorischen Abschreibungen gemäß den Vorgaben der Arbeitsgemeinschaft Deutscher Verkehrsflughäfen (ADV) ausgehend von den Anschaffungswerten nach der voraussichtlichen betrieblichen Nutzungsdauer bzw. bei Gebäuden nach den Wiederbeschaffungskosten vor, keine Einwände erhoben. Soweit die Klägerin die Güter im Fall überplanmäßiger Nutzung über die gesamte tatsächliche Nutzungsdauer abschreibt, begegnet dies ebenfalls keinen Bedenken (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2007, Juris Rz 40).

(3) Die von der Klägerin im Jahr 2001 für die kalkulatorischen Zinsen in Ansatz gebrachten Zinssätze von 6,5 % für Fremdkapital und 10 % für Eigenkapital rügt die Beklagte ebenfalls nicht. Der von ihr immer wieder angeführte doppelte Ansatz von Zinsen erfolgte nicht. Die Klägerin hat dargestellt, dass sie für 2001 die systemseitige Verzinsung in Höhe von 4 % aus den SAP-Daten heraus gerechnet habe und die Werte in einer Nebenrechnung neu ermittelt habe. Sie hat den Vortrag belegt durch die Zahlen der Nebenrechnung für den Bereich Aviation (Anlage K 36 im früheren Verfahren KG 2 U 2/09) und die Zahlen der systemseitigen Verzinsung für ZI-Einrichtungen sowie Positions- und Abstellentgelt (Anlage K 40 im früheren Verfahren KG 2 U

2/09). Des weiteren hat sie den Betrag für die in ■■■ eingesetzten Vorfelddbusse, der herausgerechnet wurde, da es sich zwar um eine entgeltpflichtige Leistung, nicht aber um eine ZI-Einrichtung handelt, beziffert (Anlage K 41 im früheren Verfahren KG 2 U 2/09). Schließlich hat sie dargestellt, dass in der „Betriebsabrechnung Aviation ■■■- Zentrale Infrastruktur -“ (Anlage K 21 im früheren Verfahren KG 2 U 2/09) demgemäß nur der aus der Nebenrechnung ersichtliche Betrag enthalten sein kann.

Der Hinweis der Beklagten auf die betreffenden Beträge in der Anlage K 114 im früheren Verfahren KG 2 U 2/09 trägt nicht, weil sich die dortigen Zahlen zur kalkulatorischen Verzinsung auf das gesamte Profit-Center Verkehr der Einzelflughäfen beziehen. Dass die Anlage K 82 im früheren Verfahren KG 2 U 2/09 die in der Nebenrechnung ermittelten Zinsen und die systemseitige Verzinsung enthält, hat die Klägerin eingeräumt. Die Anlage wurde aber in anderem Zusammenhang erstellt und ist für die Entgeltberechnung nicht maßgeblich gewesen, was die Beklagte nicht in Abrede stellt. Abgesehen davon lässt der Vortrag der Beklagten eine Auseinandersetzung mit dem Umstand vermissen, dass auch nach ihrem Vortrag ein negatives Betriebsergebnis von erheblicher Größe verbleibt und sich zudem bei Ermittlung des betriebsnotwendigen Kapitals nach den Aktiva ein größerer Ausgangswert ergibt.

(4) Entgegen dem Vorbringen der Beklagten ist die Verteilung der kalkulatorischen Zinsen auf den Bereich Aviation zu 70 % und den Bereich Non-Aviation zu 30 % nicht zu beanstanden. Soweit die Ermittlung der Sätze anhand des Personalbedarfs der beiden Bereiche auf Konzernebene in betriebswirtschaftlicher Hinsicht Bedenken begegnen könnte, hat die Klägerin mit der Stellungnahme von Ernst & Young dargestellt, dass sich für ■■■ bei der auch von der Beklagten als sachgerecht angesehenen Berechnung auf Basis der kalkulatorischen Abschreibungen die gleichen Sätze ergeben.

Gegen die Zuordnung der Vermögensgegenstände auf die beiden Positionen nach dem Verursachungsprinzip erhebt die Beklagte keine Einwände. Die Klägerin hat in diesem Zusammenhang klargestellt, dass die vermieteten Flächen im Bereich Aviation in die Berechnung nicht einbezogen werden. Soweit die Beklagte die Verteilung nach dem Umsatz (Tragfähigkeitsprinzip) mit dem Argument rügt, dass höhere Entgelte auch zu höheren Umsätzen führten, ist angesichts des Umstands, dass in ■■■ nur 7 % der kalkulatorischen Abschreibungen auf diese Weise zugeordnet wurden, nicht ersichtlich, dass hierin eine Unbilligkeit der Entgelte begründet sein könnte. Außerdem zeigt auch die sachverständig beratene Beklagte - die an anderer Stelle das Tragfähigkeitsprinzip im Übrigen als eine gängige Methode bezeichnet - keine Alternative zu dieser Vorgehensweise auf. Ansonsten fordert die Beklagte abermals eine „Präzisierung“ einzelner Daten, was aber auch hier zur unzulässigen Überspannung der

Darlegungslast der Klägerin führte.

bb) Vorfeldschlüssel

Die Klägerin hat dargestellt, mit welchen Kosten sie die Fluggesellschaften, mit welchen Kosten sie die Bodenabfertigungsdienstleister/Selbstabfertiger und mit welchen Kosten sie beide Nutzergruppen belastet sowie dass sie auch schon 2001/2002 so vorging. Eine Doppelberechnung ist danach ausgeschlossen. Die Beklagte ist dem in systematischer Hinsicht nicht entgegengetreten. Die Relevanz ihrer Beanstandung der Zuordnung der Umsatzabgaben der Bodenabfertigungsdienstleister/Selbstabfertiger zum Bereich Non-Aviation für das von den Fluggesellschaften erhobene Entgelt erschließt sich nicht.

Auch der Einwand wegen der Belastung der Kosten des Vorfeldes gemäß den in Anspruch genommenen Flächen zu 25 % an die Bodenabfertigungsdienstleister/Selbstabfertiger und zu 75 % an die Fluggesellschaften ist unerheblich. Der Senat hat bereits in dem Urteil vom 19. Oktober 2006 dargestellt, dass dieser Verteilungsschlüssel nicht erkennen lasse, dass die Klägerin damit ihren unternehmerischen Gestaltungsspielraum verlassen habe, was der BGH bestätigt hat (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2007, Juris Rz 36). Im vorliegenden Verfahren hat die Klägerin ihre Vorgehensweise bei der Ermittlung der Vorfeldschlüssel weiter konkretisiert. Soweit die Beklagte hier rügt, die Klägerin habe die den Fluggesellschaften zuzuordnenden Flächen falsch berechnet, führt ihre eigene Berechnung zu einem für sie ungünstigeren Ergebnis (vgl. Seite 7 der im früheren Verfahren KG 2 U 2/09 als Anlage BK 6 eingereichten Stellungnahme der civity). Die Beanstandungen der Aufteilung der Flächen für Bodenabfertigungsdienste sind für die Frage der Billigkeit der von den Fluggesellschaften erhobenen Entgelte nicht von Bedeutung.

cc) Ein- und Ausgliederungen (periodisierte Instandhaltungsaufwendungen)

Auch diese Position begegnet keinen Bedenken. Die Beklagte beanstandet die Verteilung der Kosten von Instandhaltungsmaßnahmen über 50.000,00 EUR durch Ein- und Ausgliederungen auf mehrere Jahre nicht grundsätzlich. Vielmehr verlangt sie erneut einen Nachweis, dass die Zahlen der Klägerin zutreffend sind und das Jahr 2001 nicht überproportional belastet wurde. Abgesehen davon, dass sich dies für ■■■■■ bereits anhand der Anlagen K 117 und K 118 im früheren Verfahren KG 2 U 2/09 ausschließen lässt, gilt wiederum, dass die Darlegungslast der Klägerin nicht überspannt werden darf. Der Wunsch der Beklagten nach lückenlosem Nachweis ist nicht maßgeblich.

dd) Umlagen (Overheadkosten - allgemeine Verwaltungskosten und Konzernumlage, Winterdienst)

Die Umlagen sind nicht zu beanstanden. Die Klägerin hat die Umlagesystematik allgemein

dargestellt. Die Beklagte hat konkret die Umlage der Kosten für Overhead, Winterdienst, Gebäudenutzung und Versorgungsleistungen gerügt, wobei sie die Rüge wegen der Umlage für Gebäudenutzung bereits in erster Instanz fallen gelassen hat. Gegen die Ausführungen des Landgerichts in dem Urteil vom 25. November 2008 zur Umlage der Kosten für Versorgungsleistungen wendet sie sich nicht mehr (vgl. die im früheren Verfahren KG 2 U 2/09 als Anlage BK 1 eingereichte Stellungnahme der BSL).

Die Umlage der Overheadkosten hat die Klägerin näher erläutert. Auch die Beklagte bezeichnet die Verteilung nach dem Tragfähigkeitsprinzip als sachgerecht. Anhand der von der Klägerin vorgelegten Unterlagen ist sie außerdem in der Lage, die Zahlen im Einzelnen nachzuvollziehen, wie ihre eigenen Berechnungen zur Konzernumlage und zur Verwaltungsumlage zeigen. Soweit die von ihr angestellte Kontrollrechnung zu Ergebnissen führt, die von den Ausgangszahlen der Klägerin abweichen, hat diese klargestellt, dass die maßgebliche Anlage K 83 im früheren Verfahren KG 2 U 2/09 im Jahre 2007 erstellt wurde und Änderungen nicht berücksichtigt waren. Mit den korrigierten Daten der Anlage BB 8 im früheren Verfahren KG 2 U 2/09 hat die Beklagte sich nicht mehr auseinandergesetzt. Stattdessen führt sie aus, dass Konzernumlage und Verwaltungsumlage nur 2,5 % des Gesamtentgeltbedarfs ausmachen, womit sie auf das Problem hinweist, dass sich die Relevanz ihres Vorbringens für die Billigkeit der Leistungsbestimmung nicht erschließt.

Die Umlage der Kosten des Winterdienstes ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Dass die Beklagte eine kostenrechtlich abgegrenzte Darstellung außerhalb von Sammelkostenstellen für wünschenswert hält, ist für die Billigkeitsprüfung ohne Belang. Denn die Entscheidung über die Art der Erfassung liegt im unternehmerischen Ermessen der Klägerin. Ansonsten sind die Kosten des Winterdienstes für die Beklagte nachvollziehbar. Anhaltspunkte für die Unbilligkeit des Verbleibs von 90 % der Kosten bei den ZI-Einrichtungen und der Entlastung von 10 % auf den Bereich Non-Aviation (Immobilienmanagement) hat die Beklagte auch im vorliegenden Verfahren nicht aufgezeigt (vgl. dazu bereits Urteil des Senats vom 19. Oktober 2006, Seite 20). Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die Klägerin die Entlastung der Kostenstellen und -objekte der Feuerwehr ausschließlich auf den Bereich Aviation (Start- und Landebetrieb) damit begründet hat, dass Einrichtung und Unterhaltung allein durch den Flugbetrieb begründet sind. Dass sie damit ihren unternehmerischen Entscheidungsspielraum überschritten hat, ist nicht ersichtlich.

ee) Positions- und Abstellentgelte

Die Beklagte räumt ein, dass die beiden Entgelttatbestände auf dieselben Kostenpositionen zurückgreifen und wendet sich auch nicht gegen die Berechnungsweise des Entgelts. Anders als

die Beklagte meint, ist die Aufteilung in Positionsentgelt und Abstellentgelt ebenfalls nicht zu beanstanden. Die Tarifgestaltung der Klägerin ist degressiv (höheres Positionsentgelt bei Verweildauer bis zu drei Stunden und niedrigeres Abstellentgelt bei Verweildauer über drei Stunden hinaus). Sie liegt nach den von der Klägerin erhobenen Daten vor allem im Interesse der Fluggesellschaften, wenn sie wegen des Nachtflugverbots den Flugbetrieb erst am Folgetag fortsetzen können. Dieser Gesichtspunkt ist im Grundsatz nicht zu beanstanden, was die Beklagte einräumt. Entgegen ihrem Vorbringen war die Klägerin nicht gehalten, die Gewichtung der beiden Entgelttatbestände nach der Entgeltordnung 1999 unverändert zu übernehmen. Dem Vorwurf, die Spanne zwischen Positions- und Abstellentgelt sei zu groß, ist die Klägerin außerdem mit einer Beispielrechnung entgegengetreten, mit der sich die Beklagte nicht mehr auseinandergesetzt hat.

Auf die Kosten für die Enteisierung und die Lärmschutzkabine kommt es nicht an, da die Beklagte hinnimmt, dass es sich um durchlaufende Posten handelt, die an die Globe Ground GmbH weiter verrechnet werden. Soweit Erlöse für Enteisierung bei der Klägerin verbleiben, handelt sich um Aufschläge, die im Fall der Enteisierung erhoben werden und das ansonsten anfallende Positionsentgelt ersetzen, was nicht zu beanstanden ist.

ff) Mengengerüst, Prognose

Die Klägerin hat unter Vorlage diverser Unterlagen dargestellt, dass und wie sie die eine ereignisbezogene Entgeltkalkulation im Vorfeld der Entgeltordnung 1. April 2002 – und im Vorfeld der Entgeltordnung 1. August 2003 - durchführte, wobei sie die Ist-Daten nach der Verkehrsstatistik und die Prognose-Daten nach der Flugplankoordination „FLUKO“ errechnete.

Konkrete Einwände gegen die Datenbanken als Grundlage der Berechnungen erhebt die Beklagte nicht. Auch ansonsten bestehen keine Anhaltspunkte, dass sachgerechtere Alternativen bestehen. Die Forderung der Beklagten nach der Vorlage sämtlicher einschlägiger Daten zum Mengengerüst und nach dem Nachweis, dass die Zahlen aus den jeweiligen Datenbanken stammen, stellt jedenfalls solange eine Überspannung der Darlegungslast der Klägerin dar, solange keine konkreten Anhaltspunkt für Manipulationen bestehen. Die von der Klägerin im früheren Verfahren KG 2 U 2/09 als Anlage K 121 eingereichte Beispielrechnung nach den Daten für ■■■ im Zeitraum 01/2001 kann die Beklagte nachvollziehen. Soweit ihr zuzugeben ist, dass sich daraus nur 82 Flugpaare statt der in der Auswertung genannten 106 Flugpaare ergeben, folgt allein aus diesem Fehler in einer nur für den Prozess erstellten Unterlage noch nicht, dass die Klägerin bei der Kalkulation insgesamt von unzutreffenden Daten ausging. Soweit die Beklagte darstellt, dass die durchschnittliche Verweilzeit in ihrem Fall höher lag, als die allgemeine durchschnittliche Verweilzeit, ist nicht ersichtlich, inwieweit dies die Unbilligkeit der Leistungsbestimmung begründen kann.

e) Die von der Beklagten angeführten, nach ihrer Darstellung erheblichen Steigerungen bei einzelnen Bestandteilen des ZI-Entgelts beruhen im wesentlichen darauf, dass die Klägerin die variablen Entgelte stärker erhöhte als die fixen Entgelte. Der Senat hat bereits im Urteil vom 19. Oktober 2006 dargestellt, dass dies nicht zu beanstanden ist.

Die von der Klägerin in ihrem Schreiben vom 1. Februar 2002 genannte Steigerung des ZI-Entgelts um ca. 1,24 EUR/Passagier ist für die Billigkeitsprüfung ohne Bedeutung. Es handelt sich erkennbar nur um eine Veranschaulichung der Auswirkungen, denn bis auf die Nutzung der Fluggastbrücken ist die Anzahl der Passagiere kein Faktor der Entgeltbestimmung. Entsprechendes gilt für die Erhöhung um 1,00 EUR/Passagier mit der Entgeltordnung 1. August 2003.

5. Passagierentgelte - Entgeltordnung 1. August 2003

Die Start- und Landeentgelte und das Passagierentgelt entsprechen ebenfalls der Billigkeit.

a) Die Klägerin hat ihre Kalkulation dargelegt, indem sie die Betriebsabrechnungen Aviation – Entgelte gemäß § 43 LuftVZO - für 2001 und 2002 nebst SAP-Berichten eingereicht hat. Wie bereits dargestellt, sind die Daten des Vorjahres maßgeblich. Im Jahr 2002 bestand für die Start- und Landeentgelte eine Kostendeckung von 100,9 % und für die Passagierabfertigung eine Kostendeckung von 79,3 %, was einer Gesamtkostendeckung von 87,3 % entspricht. Zur Darlegung der Prognose hat die Klägerin den Wirtschaftsplan 2003 vorgelegt. Gestützt wird der Vortrag der Klägerin insoweit, als aus dem Genehmigungsbescheid der zuständigen Behörde vom 25. Juni 2003 hervorgeht, dass im Bereich der Passagierabfertigung die Entgelterhöhungen zur Beseitigung der Kostenunterdeckung nicht ausreichen.

Die Beklagte hat gegen die Kosten- und Erlössituation im Bereich der Entgelte gemäß § 43 LuftVZO, wie sie sich aus den von der Klägerin eingereichten Unterlagen ergibt, in vielfacher Hinsicht eingewandt, dass die Zahlen nicht plausibel seien. Auf die nachvollziehbaren Erläuterungen der Klägerin hat sie nicht mehr erwidert. Dass die Ausgangsdaten der Klägerin belastbar sind und die Systematik der Berechnung von Kosten und Erlösen im Rahmen der Billigkeitsprüfung keinen Bedenken begegnet, ergibt sich aus den Ausführungen zu den ZI-Entgelten, auf die verwiesen wird. Soweit die Klägerin im Jahr 2002 bei der kalkulatorischen Verzinsung für Eigenkapital und Fremdkapital einen einheitlichen Zinssatz von 8 % ansetzte, führt dies nicht zur Unbilligkeit der Leistungsbestimmung. Denn nach der Stellungnahme von Ernst & Young (Anlage K 119 im früheren Verfahren KG 2 U 2/09) ergibt die kalkulatorische Verzinsung mit 8 % 35.500 TEUR und diejenige mit 10 % sowie 6,5 % 35.053 TEUR. Es ist nicht ersichtlich, dass dieser Unterschied zu einer die Billigkeitsgrenze überschreitenden Kostendeckung führt.

b) Als Unternehmen, das seiner Funktion nach Aufgaben der staatlichen Daseinsvorsorge erbringt, darf die Klägerin bei ihrer Leistungsbestimmung keine willkürlichen Differenzierungen vornehmen (vgl. BGH MDR 1978, 910 Juris Rz 35; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1920 ff Juris Rz 44). Soweit im Vortrag der Beklagten anklings, dass sie auch die Unterschiede beim Passagierentgelt in Abhängigkeit vom Landeort des Flugzeugs beanstanden will, hat die Klägerin vorgetragen, dass die Fluggäste die Terminals je nach Bestimmungsort in unterschiedlichem Maß in Anspruch nehmen. Das Landgericht hat in dem Urteil vom 5. Oktober 2010 dementsprechend ausgeführt, dass die Unterscheidung zwischen „Schengen“ und „non-Schengen“ durch die Entstehung unterschiedlicher Kosten sachlich gerechtfertigt ist. Im Berufungsverfahren hat die Beklagte sich damit nicht mehr auseinandergesetzt.

c) Gegen die Billigkeit der Start- und Landeentgelte hat die Beklagte keine besonderen Einwendungen erhoben.

4. Entgeltordnung 1. Juli 2005 ■■■■ Entgeltordnung 1. Juli 2005 ■■■■

Schließlich entsprechen die in den Entgeltordnungen 1. Juli 2005 für ■■■■■■■■■■ festgesetzten Entgelte der Billigkeit.

a) Mit Schriftsatz vom 30. Juni 2010 hat die Klägerin für ■■■■ ihre Kalkulation einschließlich der Auswirkungen der Umstrukturierung unter Vorlage einschlägiger Unterlagen dargestellt. Soweit die Beklagte, die die Ansicht vertritt, die vorherigen Entgelterhöhungen seien in den Entgeltordnungen 1. Juli 2005 unverändert enthalten (gemeint wohl: Gang der Kalkulation), auf ihre Einwendungen gegen die Entgeltordnungen 1. April 2002 und 1. August 2003 verweist, gelten die vorstehenden Ausführungen. Für ■■■■ geht auch die Beklagte von einem insgesamt defizitären Betrieb aus, wie sich aus ihren Ausführungen zu dessen Schließung ergibt.

Der pauschale Verweis der Beklagten auf die Anlage B 33 trägt nicht. Es handelt sich um die Stellungnahme der BSL zu der von der Klägerin als Anlage K 104 vorgelegten Stellungnahme von Ernst & Young zur Entgeltbestimmung für die Bodenabfertigungsdienste 2005. Demgemäß befasst sich die Anlage B 33 zum ganz überwiegenden Teil nicht mit Problematiken, die im vorliegenden Verfahren einschlägig sind. Soweit sie ohne weiteren Vortrag der Beklagten der Kalkulation der hier umstrittenen Entgelte zuzuordnen sind und gegenüber den bereits abgehandelten Einwänden neu sind, gilt Folgendes: Nachdem die Beklagte die Rüge wegen der Umlage der Versorgungsleistungen fallen gelassen hat, ist unklar, was sie insoweit gegen die Entgeltordnungen 1. Juli 2005 erinnern will. Dass die Beteiligung der Klägerin an der GlobeGround GmbH als betriebsnotwendig einzuordnen ist, bedarf keiner näheren Darstellung. Konkrete

Gründe, warum dies anders sein sollte, trägt die Beklagte nicht vor.

Die Rüge, der von der Klägerin einheitlich für Eigen- und Fremdkapital in Ansatz gebrachte Zinssatz von 8 % sei ebenso zu hoch wie die in der Alternativrechnung von Ernst & Young in Ansatz gebrachten 10 % für Eigenkapital und 6,5 % für Fremdkapital, greift nicht. Denn die Klägerin kommt mit dem ggf. überhöhten Zinssatz im Jahr 2004 für die Bereiche Passagierentgelt und Vorfeldfläche – Position – zwar zu einer Überdeckung (K 100 und K 101), die sich aber noch aus den Erlösen nach der Entgeltordnung 1. August 2003 ergibt. Die Prognose für 2005 und 2006 endet indessen unter Berücksichtigung der Umstrukturierung der Entgelte für die drei „großen“ Bereiche Start- und Landeentgelt, Passagierentgelt sowie Positions- und Abstellentgelt durchgängig mit einer nicht ganz unerheblichen Kostenunterdeckung (vgl. K 99 bis K 101). Angesichts dessen hätte die Beklagte näher zu dem ihrer Ansicht nach in Ansatz zu bringenden Zinssatz vortragen und jedenfalls im Ansatz darstellen müssen, dass sich in diesem Fall eine nicht mehr gerechtfertigte Kostenüberdeckung ergibt. Bei dem Vergleich mit den Umlaufrenditen für börsennotierte Bundeswertpapiere übersieht sie, dass die Klägerin weder Wagnis noch Unternehmerlohn gesondert in Ansatz brachte. Das Vorbringen zur Fremdkapitalverzinsung krankt daran, dass sich der Zinsaufwand gemäß Seite 35 der Anlage K 104 auf 3.312 TUR beläuft.

b) Die Einwände der Beklagten gegen den Wachstums- und Destinations-Förderbetrag und den Volumen-Förderbetrag haben keinen Erfolg. Wie bereits das Landgericht in dem Urteil vom 5. Oktober 2010 dargestellt hat, ist die Förderung des Flugverkehrsaufkommens in [REDACTED] durch den Wachstums- und Destinations-Förderbetrag ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung von Fluggesellschaften. Sachlich gerechtfertigt ist ferner der Volumen-Förderbetrag. Denn der Erhalt des erreichten Verkehrsaufkommens ist ebenfalls ein anerkanntes unternehmerisches Ziel.

Auch mit der konkreten Ausgestaltung der Förderbeträge verlässt die Klägerin den unternehmerischen Gestaltungsspielraum nicht. Der Wachstums- und Destinations-Förderbetrag ist auf fünf Jahre begrenzt und enthält jeweils Regelungen zur Sicherung gegen einen Wegfall des Fördertatbestandes während dieser Zeit. Der Wachstums-Förderbetrag sieht Sonderregelungen für Fluggesellschaften mit mindestens 100 Flugbewegungen/Jahr vor, die unterhalb des Eingangswertes der Rabattstaffel liegen, so dass auch kleinere Unternehmen in den Genuss der Förderung kommen können. Der Destinations-Förderbetrag bezieht sich auf das gesamte Flughafensystem, weshalb Missbrauch durch Verlagerung innerhalb des Systems ausgeschlossen ist. Zum Volumen-Förderbetrag hat die Klägerin vorgerechnet, dass sie mit der Rabattierung 85 % des Marktanteils erreicht. Da auf die maßgeblichen Umstände bei der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts abzustellen ist, ist es nicht ausreichend, wenn die Beklagte lediglich

moniert, dass die Anlage K 79 die Planwerte für 2006 darstellt und aktuelle Zahlen fehlen.

Dass Fluggesellschaften mit hohen Passagierzahlen auch in größerem Umfang in der Genuss des Volumen-Förderbetrages kommen, liegt im Wesen eines Mengenrabatts und reicht allein nicht aus, um die Regelung zu beanstanden (vgl. EuGH, Urteil vom 29. März 2001 – C-163/99 - Portugal/Kommission Ziff. 5). Umstände, die im konkreten Fall eine Diskriminierung begründen, zeigt die Beklagte nicht auf. Es besteht kein Anlass für die Annahme, dass die Rabatte so zugeschnitten sind, dass sie nur besonders bedeutenden Fluggesellschaften zugute kommen, oder dass ihre Staffelung zu unbilligen Ergebnissen führt (vgl. dazu EuGH a.a.O.). Andere Kriterien folgen aus den von der Beklagten zitierten Entscheidungen der Kommission vom 28. Juni 1995 – 95/364/EG – Britisch Midland/Flughafen Brüssel-National (vgl. Ziff. 13), vom 10. Februar 1999 (ABl. 1999 L 69, S. 31 ff Ziff. 26 f – portugiesische Flughäfen) und vom 26. Juli 2000 (ABl. 2000 L 208, S. 36 ff Ziff. 47, 49 – AENA/spanische Flughäfen) nicht.

IV. Nach den vorstehenden Ausführungen bedarf es keiner Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Leistungsbestimmungen der Klägerin wegen eines Verstoßes gegen europäisches oder nationales Wettbewerbsrecht nach § 134 BGB nichtig sind.

V. Der Beklagten steht kein Anspruch nach § 33 Abs. 1 und 3 GWB i. V. m. Art. 102 AEUV (Art. 82 EGV) bzw. §§ 19, 20 GWB zu.

1. Der Anspruch scheidet bereits daran, dass die Beklagte die beherrschende Stellung der Klägerin auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt nicht hinreichend dargetan hat.

Da die Klägerin 2001/2002 100 %-ige Tochter ██████████ bzw. ab 2003 100 %-ige Tochter ██████████ und damit Teil eines Konzerns war, kommt es auf das Flughafensystem ██████████ an. In sachlicher Hinsicht ist der Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für Start und Landung von Verkehrsflugzeugen entscheidend. Der Ansatz der Beklagten, der sachlich relevante Markt sei derjenige für Bodenabfertigungsdienste, ist dagegen unzutreffend. Verkehrsflughäfen haben auf dem sachlich relevanten Markt nicht ohne weiteres eine beherrschende Stellung innerhalb ihres Einzugsbereichs. Vielmehr ist in räumlicher Hinsicht auch nach den von der Beklagten zitierten Entscheidungen der Kommission darauf abzustellen, ob es aus Sicht der Nachfrager – hier der Fluggesellschaften, die nationale und internationale Flüge anbieten - an einem hinreichenden Grad der Austauschbarkeit fehlt (Entscheidungen der Kommission vom 10. Februar 1999, ABl. 1999, L 69, S. 24 ff Ziff. 29 – finnische Flughäfen; vom 10. Februar 1999, ABl. 1999, L 69, S. 31 ff Ziff. 17 – portugiesische Flughäfen; vom 14. Januar 1998, ABl. 1998, L 72 S. 30 ff Ziff. 56 – Flughafen Frankfurt/Main; vom 28. Juni 1995, ABl. 1995, L 216 S. 8 Ziff. 8 –

Flughafen Brüssel; vgl. auch Immenga/Mestmäcker/Fuchs/Möschel, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Art. 102 AEUV, Rz 65, 49, 50). Dies hat die Beklagte, die auf den Hinweis der Klägerin zu den Flughäfen Dresden und Leipzig (Entfernung jeweils ca. 150 km) sowie Hannover (Entfernung ca. 240 km) und Hamburg (Entfernung ca. 255 km) nicht erwidert hat, nicht hinreichend dargetan.

Voraussetzung der Anwendbarkeit europäischen Kartellrechts ist zudem die Feststellung, dass das Flughafensystem einen wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes darstellt. Dies hängt von weiteren Kriterien ab, wie etwa dem Verkehrsaufkommen (vgl. Entscheidungen der Kommission vom 14. Januar 1998 a.a.O. Ziff. 57 - Flughafen Frankfurt/Main und vom 28. Juni 1995 a.a.O. Ziff. 10 – Flughafen Brüssel). Dazu hat die Beklagte nicht vorgetragen.

2. Der Anspruch scheidet außerdem daran, dass die Beklagte einen ihr entstandenen Schaden nicht dargetan hat. Anders als sie meint, besteht er nicht in ihrer Belastung mit einer Forderung gemäß den verbindlichen und billigen Entgeltordnungen, sondern in den Vermögensnachteilen, die sie dadurch erlitten hat, dass andere Fluggesellschaften einen Wettbewerbsvorteil hatten, weil sie nur einen Teil der nach den Entgeltordnungen geschuldeten Entgelte zahlen mussten. Einen so begründeten Vermögensnachteil hat sie nicht dargetan.

VI. Wegen des Zinsanspruchs wird auf die Ausführungen in den angefochtenen Entscheidungen verwiesen, gegen die die Beklagte keine Einwände erhoben hat.

C.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus § 92 Abs. 1 ZPO sowie §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind durch das Urteil des BGH vom 18. Oktober 2007 geklärt.

Dr. Hawickhorst

Franck

Lang