



Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. November 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, Prof. Dr. Koch und Feddersen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Streithelferin der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 8. April 2015 aufgehoben, soweit die Berufung der Beklagten gegen das am 28. Juli 2006 verkündete Teilurteil der Kammer für Handelssachen I des Landgerichts Kiel zurückgewiesen worden ist.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Teilurteil auch insoweit aufgehoben, als das Landgericht dem Auskunftsantrag der Klägerin stattgegeben und die Klägerin diesen Antrag in der Berufungsinstanz nicht hinsichtlich "sonstiger Zahlungen oder Leistungen" zurückgenommen hat.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten von Berufung und Revision, an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte ist Rechtsnachfolgerin der früheren Beklagten, der Flughafen Lübeck GmbH, die bis zum 1. Januar 2013 Betreiberin des Verkehrsflughafens Lübeck-Blankensee war. Alleinige Gesellschafterin der Flughafen Lübeck GmbH war zunächst die Beklagte, die aufgrund eines Unterschussdeckungsvertrags die in der Jahresrechnung der Beklagten ausgewiesenen Verluste nach Maßgabe des städtischen Haushaltsplans auszugleichen hatte. Rückwirkend zum 1. Januar 2005 übernahm ein privater Investor, die I. Ltd., 90% der Anteile der Flughafen Lübeck GmbH.
- 2 Seit dem Jahr 2000 führte die Streithelferin der Beklagten (nachfolgend: Streithelferin) Flüge von und zum Flughafen Lübeck-Blankensee durch und unterhielt dort einen Stützpunkt.
- 3 Die Klägerin, die Fluggesellschaft Air Berlin, hat behauptet, die Flughafen Lübeck GmbH habe der Streithelferin aufgrund einer Vereinbarung vom 29. Mai 2000 in den Jahren 2000 bis 2004 Beihilfen in Form von Rabatten, Zahlungen sowie anderen Leistungen gewährt und damit gegen das Unionsrecht verstoßen. Insbesondere sei Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV verletzt worden, nach dem die Mitgliedstaaten keine Beihilfemaßnahmen durchführen dürften, bevor die Kommission abschließend über deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt entschieden habe.
- 4 Die Klägerin hat die Beklagte, soweit für die Revision von Bedeutung, im Wege der Stufenklage auf Auskunft über die an die Streithelferin gewährten, näher bezeichneten Zahlungen und Leistungen, auf deren Rückforderung in nach Erteilung der Auskunft zu bestimmender Höhe sowie auf Unterlassung solcher Zahlungen und Leistungen in Anspruch genommen.

5 Das Landgericht hat dem Auskunftsantrag durch Teilurteil stattgegeben und die Beklagte verurteilt,

der Klägerin Auskunft zu erteilen über die Art, den Umfang, die Höhe und den Zeitpunkt der in den Jahren 2000 bis 2004 von der Beklagten an die Streithelferin gezahlten Beträge und erbrachten Leistungen in Form von

- "Marketing Support",
- einmaligen Anreizzahlungen für die Aufnahme von neuen Flugverbindungen,
- Bereitstellung/Gewährung von bevorzugten Leistungen/Diensten im Zusammenhang mit der Flugdurchführung/-abfertigung und -abwicklung, Verkauf, Administration, Nutzung von Flughafeneinrichtungen,
- Beteiligungen an Kosten für
  - Anschaffung von Ausstattung,
  - Hotel und Verpflegung für das Personal der Streithelferin,
  - Einstellung und Ausbildung der Piloten und Besatzungen der Streithelferin,
- weiteren Ermäßigungen der regulären Flughafenentgelte gegenüber der Entgeltordnung der Beklagten vom 1. Oktober 2002.

6 Nach Verkündung dieses Urteils hat die Europäische Kommission mit Schreiben vom 10. Juli 2007 ein förmliches Prüfverfahren zu möglichen staatlichen Beihilfen zugunsten der Flughafen Lübeck GmbH und der Streithelferin eröffnet (ABl. EU 2007 Nr. C 295, S. 29- nachfolgend: Eröffnungsbeschluss).

7 Das Berufungsgericht hat die Klage in seinem ersten Berufungsurteil mit der Begründung abgewiesen, es gebe für die Begehren der Klägerin keine Anspruchsgrundlage (OLG Schleswig, EWS 2008, 470). Auf die Revision der Klägerin hat der Senat dieses Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 213/08, juris).

8 Im wiedereröffneten Berufungsverfahren hat das Berufungsgericht die Europäische Kommission um eine Stellungnahme unter anderem zu der Frage gebeten, ob es sich bei den von der Kommission im Eröffnungsbeschluss genannten Maßnahmen um Beihilfen im Sinne von Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV

handele. Die Kommission hat darauf mit Schreiben vom 8. März 2012 unter Verweis auf die Rn. 110 bis 138 des Eröffnungsbeschlusses geantwortet, die am 29. Mai 2000 zwischen der Streithelferin und der Flughafen Lübeck GmbH getroffene Vereinbarung stelle "prima facie" eine Beihilfe dar. Eine "selbständige beihilferechtliche Würdigung" durch das Berufungsgericht sei daher entbehrlich.

9 Mit Beschluss vom 14. Januar 2013 hat das Berufungsgericht dem Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt (OLG Schleswig, SchlHA 2013, 415):

1. Muss ein nationales Gericht, welches über eine Klage auf Rückforderung von Leistungen und auf Unterlassung künftiger Leistungen zu entscheiden hat, dann davon ausgehen, dass diese Leistungen Maßnahmen darstellen, die nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV vor Erlass eines abschließenden Beschlusses der Kommission nicht durchgeführt werden dürfen, wenn die Kommission mit einer nicht angefochtenen Entscheidung wegen dieser Leistungen ein förmliches Beihilfeprüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV eingeleitet und in den Gründen dieser Entscheidung sinngemäß u.a. erklärt hat, die Leistungen seien wahrscheinlich staatliche Beihilfen?
2. Falls die Frage 1 bejaht wird:  
  
Gilt dies auch dann, wenn die Kommission in den Gründen ihrer Entscheidung außerdem sinngemäß erklärt hat, sie sei nicht in der Lage zu ermitteln, ob der Leistende wie ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber gehandelt habe, als er sich zu diesen Leistungen verpflichtete?
3. Falls die Frage 1 oder die Frage 2 verneint werden:  
  
Darf das nationale Gericht in dieser Situation sein Verfahren bis zur Erledigung des förmlichen Beihilfeprüfverfahrens aussetzen?
4. Falls die Frage 3 bejaht wird:  
  
Muss das nationale Gericht in dieser Situation sein Verfahren bis zur Erledigung des förmlichen Beihilfeprüfverfahrens aussetzen?

10 Mit Beschluss vom 4. April 2014 (C-27/13 - Flughafen Lübeck/Air Berlin, juris) hat der Gerichtshof der Europäischen Union auf die erste und zweite Frage wie folgt geantwortet:

Wenn die Europäische Kommission in Anwendung von Art. 108 Abs. 3 AEUV das in Absatz 2 dieses Artikels vorgesehene förmliche Prüfverfahren hinsichtlich einer in der Durchführung begriffenen nicht angemeldeten Maßnahme eröffnet hat, ist ein mit einem Antrag auf Unterlassung der Durchführung dieser Maßnahme und auf Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen befasstes nationales Gericht verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen die Pflicht zur Aussetzung der Durchführung dieser Maßnahme zu ziehen.

Zu diesem Zweck kann das nationale Gericht beschließen, die Durchführung der in Rede stehenden Maßnahme auszusetzen und die Rückforderung der bereits gezahlten Beträge anzuordnen. Es kann auch beschließen, einstweilige Maßnahmen zu erlassen, um zum einen die Interessen der beteiligten Parteien und zum anderen die praktische Wirksamkeit der Entscheidung der Kommission, das förmliche Prüfverfahren zu eröffnen, zu wahren.

11 Auf die dritte und vierte Frage hat der Gerichtshof der Europäischen Union geantwortet, dass ein nationales Gericht in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren das Verfahren nicht bis zum Abschluss des förmlichen Prüfverfahrens aussetzen könne.

12 In seinem zweiten Berufungsurteil hat das Berufungsgericht die gegen das Teilurteil des Landgerichts gerichtete Berufung der Beklagten mit bestimmten Maßgaben, die für das vorliegende Revisionsverfahren keine Bedeutung haben, zurückgewiesen (OLG Schleswig, Urteil vom 8. April 2015 - 6 U 54/06, juris). Dagegen wendet sich die Streithelferin der Beklagten mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt.

Entscheidungsgründe:

13           A. Das Berufungsgericht hat den Auskunftsantrag als begründet angesehen. Dazu hat es ausgeführt:

14           Die Klägerin könne nach §§ 242, 823 Abs. 2, § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV die begehrte Auskunft verlangen. Die Flughafen Lübeck GmbH habe der Streithelferin in den Jahren 2000 bis 2004 abweichend von der seinerzeit geltenden Entgeltordnung Sonderkonditionen für die Nutzung des Flughafens eingeräumt, über deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt die Kommission bis heute nicht abschließend entschieden habe. Nach dem Beschluss des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 4. April 2014 sei derzeit davon auszugehen, dass es sich bei den der Streithelferin gewährten Sonderkonditionen um Beihilfen handele. Es müsse daher ohne weitere Prüfung des umfangreichen Vortrags der Parteien zu den Tatbestandsmerkmalen von Beihilfen angenommen werden, dass die Flughafen Lübeck GmbH mit der Gewährung der Sonderkonditionen zugunsten der Streithelferin in den Jahren 2000 bis 2004 Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV verletzt habe. Der Anregung der Klägerin, auch über die weiteren beim Landgericht anhängig gebliebenen Teile der Klage zu entscheiden, könne nicht entsprochen werden. Die Anträge auf Verurteilung der Beklagten zur Rückforderung und zur Unterlassung seien nicht reif, im Sinne der Klägerin beschieden zu werden. Es erscheine zudem ausreichend, der Klägerin zur Vorbereitung der Geltendmachung eines Rückforderungsanspruchs den Auskunftsanspruch zuzusprechen.

15           B. Die Revision der Streithelferin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

16 I. Die allein von der Streithelferin eingelegte Revision ist zulässig.

17 1. Nach § 67 ZPO ist der Nebenintervenient berechtigt, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen, soweit seine Erklärungen und Handlungen nicht mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen. Danach ist es dem Streithelfer unbenommen, das der Hauptpartei zustehende Rechtsmittel einzulegen, auch wenn die Hauptpartei hiervon absieht. Das Rechtsmittel ist nur unzulässig, wenn die Hauptpartei der Einlegung der Revision widerspricht (BGH, Urteil vom 16. Januar 1997 - I ZR 208/94, NJW 1997, 2385, 2386).

18 2. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung liegt ein solcher Widerspruch der Hauptpartei im Streitfall nicht darin, dass die Beklagte mit Schreiben vom 5. Mai 2015 die nach dem zweiten Berufungsurteil geschuldete Auskunft - wenngleich nach Auffassung der Klägerin unvollständig - erteilt hat.

19 Allerdings muss der Widerspruch nicht ausdrücklich erklärt werden. Er kann vielmehr auch durch schlüssiges Verhalten der Hauptpartei zum Ausdruck gebracht werden (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1967 - II ZR 30/67, BGHZ 49, 183, 187), etwa durch Anerkennung des Klageanspruchs oder durch außergerichtlichen Vergleich (vgl. OLG Dresden, NJW-RR 1994, 1550; Weth in Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl., § 67 Rn. 9). Damit ist jedoch die Erfüllung des titulierten Anspruchs durch Erteilung der Auskunft im Streitfall nicht vergleichbar. Das Berufungsgericht hatte das angefochtene Urteil ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt. Daraufhin hat die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 17. April 2015 aufgefordert, die im Berufungsurteil angeordnete Auskunft bis zum 30. April 2015 vollständig zu erteilen. Wenn die Beklagte die Vollstreckung des Auskunftsanspruchs nicht durch Sicherheitsleistung in der vom Berufungsgericht angeordneten Höhe von 300.000 € abwendet, sondern die Auskunft erteilt, erfüllt sie die im Urteil ausgesprochene Verpflichtung. Das



steht einem freiwilligen Anerkenntnis oder einer vergleichweisen Einigung über den Anspruch nicht gleich.

20 Unerheblich ist dabei, ob in der Aufforderung zur Abgabe der Auskunft die Zwangsvollstreckung ausdrücklich angedroht wurde, ob die Auskunft ausdrücklich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erteilt worden ist oder ob die auf Auskunft in Anspruch genommene Partei grundsätzlich in der Lage wäre, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Ebenso wenig ist es erheblich, dass eine einmal erteilte Auskunft naturgemäß nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Maßgeblich ist vielmehr allein, dass der Nebenintervenient Prozesshandlungen so lange vornehmen darf, wie sich kein entgegenstehender Wille der Hauptpartei feststellen lässt. Im Zweifel bleibt die Handlung des Nebenintervenienten wirksam (RGZ 147, 125, 127; BGH, Urteil vom 28. März 1985 - VII ZR 317/84, NJW 1985, 2480). Erteilt die Hauptpartei die Auskunft, zu der sie verurteilt worden ist, liegt darin regelmäßig kein Widerspruch gegen die Einlegung eines Rechtsmittels durch die Streithelferin.

21 Im Streitfall kommt hinzu, dass die Beklagte am Flughafen Lübeck nach dessen vollständiger Privatisierung nicht mehr beteiligt ist. Aus einem dadurch etwa verminderten Interesse der Beklagten am Ausgang des Rechtsstreits und einer erhöhten Bereitschaft zur Auskunftserteilung, kann nicht auf eine Missbilligung der Einlegung der Revision durch die Streithelferin geschlossen werden.

22 II. Zu Recht rügt die Revision, das Landgericht habe unter Verstoß gegen § 301 ZPO ein Teilurteil erlassen. Das Berufungsgericht hätte entweder über den in erster Instanz noch anhängigen Teil des Rechtsstreits ebenfalls entscheiden oder die Sache an das Landgericht zurückverweisen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2000 - I ZR 220/97, GRUR 2001, 54, 55 = WRP 2000, 1296 - SUBWAY/Subwear).

23           1. Ein Teilurteil darf nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur erlassen werden, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen ist; dabei ist auch die Möglichkeit einer abweichenden Entscheidung durch ein Rechtsmittelgericht zu berücksichtigen. Ein Teilurteil ist daher unzulässig, wenn es eine Frage entscheidet, die sich im weiteren Verfahren über die anderen Ansprüche noch einmal stellt (BGH, GRUR 2001, 54, 55 - SUBWAY/Subwear; BGH, Urteil vom 21. August 2014 - VII ZR 24/12, NJW-RR 2014, 1298 Rn. 9; Urteil vom 23. September 2015 - I ZR 78/14, GRUR 2015, 1201 Rn. 26 = WRP 2015, 1487 - Sparkassen-Rot/Santander-Rot; Urteil vom 12. April 2016 - XI ZR 305/14, NJW 2016, 2662 Rn. 26, 28 f.).

24           2. Das ist vorliegend der Fall.

25           a) Zwar stehen der von den Vorinstanzen der Klägerin zugesprochene Auskunftsanspruch und der auf Rückforderung von Beihilfen nach Erteilung der Auskunft gerichtete Leistungsanspruch in einem Stufenverhältnis gemäß § 254 ZPO, so dass insoweit über den Auskunftsanspruch durch Teilurteil entschieden und die Entscheidung über den Leistungsanspruch dem Schlussurteil vorbehalten werden konnte. Ein solches Stufenverhältnis besteht aber nicht zwischen dem Auskunftsanspruch und den noch beim Landgericht anhängigen Unterlassungsanträgen der Klägerin (Klageanträge 5 und 6). Für den Unterlassungsanspruch ist eine vorherige Erteilung der Auskunft ohne Belang. Anders als der auf Rückforderung gerichtete Klageantrag 4 nehmen die Unterlassungsanträge 5 und 6 dementsprechend auch nicht auf die vorher erteilte Auskunft Bezug.

26           b) Es ist nicht ausgeschlossen, dass der durch Teilurteil beschiedene Auskunftsanspruch und die noch in erster Instanz anhängigen Unterlassungsansprüche von gemeinsamen Vorfragen abhängen. Sowohl der Auskunftsanspruch als auch die Unterlassungsanträge sind nur begründet, wenn der Streit-

helferin Beihilfen im Sinne von Art. 107 AEUV gewährt wurden oder das erkennende Gericht infolge der Eröffnungsentscheidung der Kommission vom 10. Juli 2007 von einer Beihilfegewährung auszugehen hat. Das Teilurteil des Landgerichts allein über den Auskunftsanspruch ohne gleichzeitige Entscheidung über den Unterlassungsanspruch war daher unzulässig (vgl. BGH, GRUR 2001, 54, 55 - SUBWAY/Subwear).

27           3. Eine Zulässigkeit des Teilurteils folgt auch nicht daraus, dass die weiter in erster Instanz anhängigen Unterlassungsansprüche wegen eines zwischenzeitlichen Wegfalls der Begehungsgefahr offensichtlich unbegründet geworden wären. Zwar hat das Berufungsgericht einen Wegfall der Wiederholungsgefahr erwogen, weil die frühere Beklagte, die Flughafen Lübeck GmbH, den Flughafen Lübeck seit dem 1. Januar 2013 nicht mehr betreibt und nicht festgestellt ist, dass die (neue) Beklagte Beihilfen an die Streithelferin geleistet hat. Abschließende Feststellungen zum Vorliegen einer Begehungsgefahr sind jedoch von den Vorinstanzen nicht getroffen. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass es bei der Entscheidung über die Unterlassungsanträge auf die beihilferechtlichen Fragen ankommt, von deren Beantwortung die Entscheidung über den Auskunftsantrag abhängt.

28           4. Die Annahme, das Teilurteil des Landgerichts sei unzulässig, steht nicht in Widerspruch zum ersten Revisionsurteil des Senats. Das Berufungsgericht hatte in seinem ersten Berufungsurteil über die Klage insgesamt entschieden und sie vollständig abgewiesen. Die Frage der Zulässigkeit des Teilurteils des Landgerichts stellt sich im ersten Revisionsverfahren daher nicht.

29           5. Die Unzulässigkeit des erstinstanzlichen Teilurteils hatte das Berufungsgericht von Amts wegen zu berücksichtigen. Es hätte daher das erstinstanzliche Urteil gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 7 ZPO aufheben oder über den noch in erster Instanz anhängigen Teil ebenfalls entscheiden müssen. Der Erlass eines unzulässigen Teilurteils stellt einen wesentlichen Verfahrensmangel dar,

der auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu berücksichtigen ist (BGH, Urteil vom 11. Mai 2011 - VIII ZR 42/10, BGHZ 189, 356 Rn. 19, 27; Urteil vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 342/09, NJW 2011, 2800 Rn. 31).

30           6. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben. Hat das Berufungsgericht eine an sich gebotene Zurückverweisung an die erste Instanz unterlassen, so ist diese Entscheidung - auch ohne entsprechenden Antrag - grundsätzlich in der Revisionsinstanz nachzuholen (BGH, GRUR 2001, 54, 55 - SUBWAY/Subwear). Im Streitfall sind keine Gründe der Prozesswirtschaftlichkeit ersichtlich, die dafür sprechen, dass der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen wird und dieses ausnahmsweise den noch im ersten Rechtszug anhängigen Teil an sich zieht. Der Sachverhalt ist nicht geklärt. Auch liegt kein Einverständnis der Parteien mit einer Entscheidung des gesamten Streitgegenstands durch das Berufungsgericht vor (vgl. BGH, GRUR 2001, 54, 55 - SUBWAY/Subwear).

31           C. Der Senat hat unmittelbar vor der Verkündung dieses Urteils Kenntnis von einer Pressemitteilung erhalten, wonach die Kommission am 7. Februar 2017 entschieden hat, die im Jahr 2000 zwischen der Rechtsvorgängerin der Beklagten und ihrer Streithelferin abgeschlossene Vereinbarung über Flughafengebühren und Marketing enthalte keine Beihilfen. Diese Entscheidung ist bisher nicht veröffentlicht worden und kann im vorliegenden Revisionsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Insbesondere ist unklar, ob sie alle im Streitverfahren anhängigen Ansprüche erfasst. Darüber hinaus müssen die Parteien rechtliches Gehör zu der Kommissionsentscheidung und ihren Auswirkungen auf den Rechtsstreit erhalten. Sollte sich erweisen, dass nach der Entscheidung der Kommission keine der von der Klägerin beanstandeten Maßnahmen eine Beihilfe darstellt, käme ein Verstoß gegen die Notifizierungspflicht nicht in Betracht. Die Gewährung der vertraglich vereinbarten Leistungen an die Streithel-

ferin der Beklagten wäre dann von Anfang an mit dem formellen und materiellen Beihilferecht der Union vereinbar gewesen.

32 D. Da Inhalt und Reichweite der Entscheidung der Kommission nach gegenwärtigem Verfahrensstand nicht abschließend beurteilt werden können, weist der Senat auf Folgendes hin:

33 I. Ausgangspunkt für die Beurteilung der für die Begründetheit der Klageanträge maßgeblichen Frage, ob die von der Klägerin beanstandeten Maßnahmen im vorliegenden Verfahren als Beihilfen anzusehen sind, sind die nach dem ersten Revisionsurteil ergangenen Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union. Danach sind die in dem Eröffnungsbeschluss der Kommission vorgenommenen Bewertungen zwar vorläufig. Doch bedeutet dies nicht, dass dieser Beschluss keine Rechtswirkungen hat (EuGH, Urteil vom 21. November 2013 - C-284/12, NJW 2013, 3771 Rn. 37 - Deutsche Lufthansa; Beschluss vom 4. April 2014 - C-27/13 Rn. 20 - Flughafen Lübeck/Air Berlin, juris). Um die praktische Wirksamkeit des Beihilfekontrollsystems gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV zu gewährleisten, sind die nationalen Gerichte verpflichtet, die Durchführung einer Maßnahme auszusetzen, bis die Kommission über deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt entschieden hat, wenn die Kommission aufgrund einer vorläufigen Bewertung in der Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens angenommen hat, diese Maßnahme weise Beihilfeelemente auf (EuGH, NJW 2013, 3771 Rn. 38 bis 40 - Deutsche Lufthansa; EuGH, Beschluss vom 4. April 2014 - C-27/13 Rn. 22 f. - Flughafen Lübeck/Air Berlin, juris). Im Rahmen ihrer Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit mit der Kommission und den Unionsgerichten (vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV) müssen die nationalen Gerichte nach der Entscheidungspraxis des Gerichtshofs der Europäischen Union alle zur Erfüllung der unionsrechtlichen Verpflichtungen geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art treffen und alle Maßnahmen unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele des Vertrags ge-

fährden könnten. Insbesondere müssen es die nationalen Gerichte unterlassen, Entscheidungen zu treffen, die einer Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen, auch wenn sie nur vorläufigen Charakter haben (EuGH, NJW 2013, 3771 Rn. 41 - Deutsche Lufthansa; Beschluss vom 4. April 2014 - C-27/13 Rn. 24 - Flughafen Lübeck/Air Berlin, juris).

34           Darüber hinaus sind die nationalen Gerichte, wenn die Kommission das förmliche Prüfverfahren hinsichtlich einer in der Durchführung begriffenen Maßnahme eröffnet hat, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen die Pflicht zur Aussetzung der Durchführung dieser Maßnahme zu ziehen. Zu diesem Zweck können sie die Durchführung der in Rede stehenden Maßnahme aussetzen und die Rückforderung der bereits gezahlten Beträge anordnen. Sie können auch einstweilige Maßnahmen erlassen, um zum einen die Interessen der beteiligten Parteien und zum anderen die praktische Wirksamkeit der Entscheidung der Kommission, das förmliche Prüfverfahren zu eröffnen, zu wahren (EuGH, NJW 2013, 3771 Rn. 42 f. - Deutsche Lufthansa; Beschluss vom 4. April 2014 - C-27/13 Rn. 25 f. - Flughafen Lübeck/Air Berlin, juris).

35           II. Die Aussage des Senats im ersten Revisionsurteil, im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot obliege es den nationalen Gerichten, den Begriff der Beihilfe auszulegen, solange die Kommission keine verfahrensabschließende Entscheidung nach Art. 108 Abs. 2 AEUV getroffen hat (BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 213/08, Rn. 31, juris), stand im Einklang mit der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl. EuGH, Urteil vom 21. November 1991 - C-354/90, Slg. 1991, I-5505 = NJW 1993, 49 Rn. 10 - FNCE). Im Hinblick auf dessen nach Erlass des ersten Revisionsurteils des Senats ergangene Rechtsprechung (Rn. 33) kann daran nur noch für die Zeit bis zu einem Eröffnungsbeschluss der

Kommission festgehalten werden. Nach Erlass des Eröffnungsbeschlusses dürfen die nationalen Gerichte - mit den nachfolgend unter D IV erläuterten Einschränkungen - nicht von der vorläufigen Beurteilung des Beihilfecharakters durch die Kommission abweichen.

36 III. Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich aus dem Umfang der Antworten und bestimmten Einzelheiten der Formulierung in dem auf die Vorlage des Berufungsgerichts ergangenen Beschluss des Gerichtshofs der Europäischen Union kein engeres Verständnis von der Wirkung des Eröffnungsbeschlusses der Kommission.

37 1. Nach der Fragestellung des Berufungsgerichts im Vorlagebeschluss waren die Fragen 3 und 4 nur zu beantworten, wenn die Frage 1 oder 2 vom Gerichtshof der Europäischen Union verneint wurde, also das nationale Gericht nicht bereits aufgrund der vorläufigen Bewertung der Kommission im Eröffnungsbeschluss vom Beihilfecharakter der Maßnahmen auszugehen hat. Unabhängig von der Fragestellung des Berufungsgerichts hat es der Gerichtshof der Europäischen Union aber für zweckmäßig gehalten, auch die dritte und vierte Frage zu beantworten. Dieser Umstand führt indes zu keiner Einschränkung der in den Antworten auf die ersten beiden Fragen getroffenen Aussagen. Es gibt auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Antworten zu den Fragen 1 und 2 nur deshalb relativiert werden müssten, weil der Gerichtshof der Europäischen Union auch die Fragen 3 und 4 beantwortet hat.

38 2. Ohne Erfolg wendet die Revision ein, nach der vom Gerichtshof der Europäischen Union gewählten Formulierung seien die nationalen Gerichte verpflichtet, die Konsequenzen aus einem "eventuellen" und nicht aus einem "zu unterstellenden" Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zu ziehen (vgl. EuGH, NJW 2013, 3771 Rn. 42 - Deutsche

Lufthansa; EuGH, Beschluss vom 4. April 2014 - C-27/13 Rn. 25 - Flughafen Lübeck/Air Berlin, juris). Mit dieser Formulierung bringt der Gerichtshof der Europäischen Union lediglich den vorläufigen Charakter der beihilferechtlichen Beurteilung der Kommission im Eröffnungsbeschluss zum Ausdruck. Die dem Beschluss beigemessene Rechtswirkung wird dadurch nicht in Frage gestellt.

39 IV. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Gerichtshof der Europäischen Union den nationalen Gerichten aber nicht verboten, die Ansicht zu vertreten, eine Maßnahme mit Beihilfeelementen, wegen der die Europäische Kommission ein förmliches Prüfverfahren eröffnet habe, stelle gleichwohl keine Beihilfe dar. Eine mit der Unabhängigkeit nationaler Gerichte schwerlich vereinbare Bindung an die vorläufige Auffassung einer - wenn auch auf Unionsebene errichteten - Verwaltungsbehörde ist der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht zu entnehmen (BVerwG, Urteil vom 26. Oktober 2016 - 10 C 3/15 Rn. 18 ff., juris; kritisch zu einer solchen Bindungswirkung etwa auch Rennert, DVBl 2014, 669, 674; Engel, EnWZ 2014, 22, 23; Giesberts/Kleve, NVwZ 2014, 643, 645; Traupel/Jennert, EWS 2014, 1, 3; Sonder, ZEuS 2014, 361, 371).

40 1. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat allerdings sinngemäß ausgeführt, die nationalen Gerichte dürften nicht die Ansicht vertreten, eine Maßnahme stelle keine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV dar, wenn die Kommission in ihrer Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens aufgrund vorläufiger Bewertung festgestellt habe, dass die Maßnahme Beihilfeelemente aufweise (vgl. EuGH, NJW 2013, 3771 Rn. 38 f. - Deutsche Lufthansa; Beschluss vom 4. April 2014 - C 27/13 Rn. 21 f. - Flughafen Lübeck/Air Berlin, juris). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat jedoch klargestellt, dass nationale Gerichte bei Zweifeln am Beihilfecharakter einer Maßnahme oder an der Gültigkeit oder Auslegung der Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens zum einen die Kommission



um Erläuterung bitten können, und zum anderen gemäß Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV den Gerichtshof der Europäischen Union im Vorabentscheidungsverfahren anrufen können oder müssen (EuGH, NJW 2013, 3771 Rn. 44 - Deutsche Lufthansa).

41           Danach besteht keine absolute und unbedingte Verpflichtung des nationalen Gerichts, der vorläufigen Beurteilung der Kommission ohne Weiteres zu folgen (EuG, Beschluss vom 3. März 2015 - T-251/13, EuZW 2015, 524 Rn. 46 - Gemeinde Nijmegen). Die Befugnis, an der vorläufigen beihilferechtlichen Beurteilung durch die Kommission zu zweifeln, ergibt sich ohne weiteres bereits aus der Funktion der nationalen Gerichte, deren Verpflichtung zur unabhängigen Rechtsanwendung und Rechtsprechung nicht mit Bindungswirkung durch vorläufige Bewertungen der als Verwaltungsbehörde handelnden Kommission beschränkt werden kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Oktober 2016 - 10 C 3/15 Rn. 30, juris). Zwar hat das Berufungsgericht bereits eine Anfrage an die Kommission gerichtet und ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV gestellt. Das schließt aber weitere Fragen an die Kommission (vgl. Art. 29 Abs. 1 der Verordnung [EU] 2015/1589 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 108 AEUV, ABl. 2015, L 248/9 - nachfolgend: VO 2015/1589) oder den Gerichtshof der Europäischen Union nicht aus.

42           2. Darüber hinaus können die Parteien auch nach einem Eröffnungsbeschluss der Kommission vor dem nationalen Gericht in dem nach dessen Verfahrensrecht zulässigen Umfang zum Beihilfecharakter der fraglichen Maßnahmen vortragen. Sollten sich aus diesem Vortrag Umstände ergeben, die die vorläufige Beurteilung der Kommission in Frage stellen, es handele sich um Beihilfen, und die nicht erkennbar von der Kommission im Eröffnungsbeschluss berücksichtigt wurden, so ist das Gericht nicht verpflichtet, auf der Grundlage der vorläufigen Beurteilung der Kommission ohne weiteres vom Beihilfecharakter

der Maßnahmen auszugehen. Vielmehr besteht dann Anlass, bei der Kommission eine Stellungnahme einzuholen, ob diese Umstände eine gegenüber dem Eröffnungsbeschluss abweichende beihilferechtliche Beurteilung erlauben (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Oktober 2016 - 10 C 3/15 Rn. 37, juris; Kamann, ZWeR 2014, 60, 78).

43 a) Im Hinblick auf das durch Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 47 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-Grundrechtecharta) gewährleistete Recht auf effektiven Rechtsschutz muss den eine Förderung gewährenden Stellen und den Begünstigten ermöglicht werden, vor dem nationalen Gericht zum Beihilfecharakter einer Maßnahme auch nach einem Eröffnungsbeschluss der Kommission vorzutragen.

44 aa) Dafür spricht, dass den die Förderung gewährenden Stellen und den Begünstigten vor dem Eröffnungsbeschluss im Beihilfeprüfverfahren der Kommission keine verfahrensrechtlich gesicherten Mitwirkungsrechte zustehen (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Mai 1993 - C-198/91, Slg. 1993, I-2522 Rn. 22 - Cook/Kommission; Urteil vom 9. Juli 2009 - C-319/07 P, Slg. 2009, I-5963 Rn. 30 - 3F/Kommission). Wird dem Eröffnungsbeschluss der Kommission durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union eine weitreichende Rechtswirkung beigemessen, so ist bereits zweifelhaft, ob die nicht vorgesehene Beteiligung von Beihilfegebern und begünstigten Unternehmen im Vorprüfungsverfahren, das dem Eröffnungsbeschluss vorhergeht, mit dem Recht auf Anhörung vor Erlass einer nachteiligen Verwaltungsentscheidung gemäß Art. 41 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta in Einklang steht (vgl. Soltész, NJW 2013, 3771, 3774; Kamann, ZWeR 2014, 60, 74 f.; Rennert, DVBl 2014, 669, 672). Insoweit dürfte es nicht ausreichen, wenn Beihilfegeber und Begünstigte rein faktisch und ohne unionsrechtlich gesicherte Beteiligungsrechte in mehr oder weniger großem Umfang durch die Mitgliedstaaten schon vor dem Eröffnungsbeschluss beteiligt werden (aA Martin-Ehlers, EuZW 2014, 247, 251; zur unter-

bliebenen Beteiligung im Vorprüfungsverfahren vgl. BVerfG [Kammer], Beschluss vom 23. November 2011 - 1 BvR 2682/11, juris).

45           bb) Ausreichender Rechtsschutz wird den betroffenen Wirtschaftsunternehmen nicht schon durch die Möglichkeit gewährt, den Eröffnungsbeschluss der Kommission mit einer Nichtigkeitsklage beim Gericht der Europäischen Union anzufechten (vgl. EuG, Urteil vom 25. März 2009 - T-332/06 Rn. 35 bis 43 - Alcoa Trasformazioni). Eine umfassende Überprüfung der beihilferechtlichen Würdigung im Eröffnungsbeschluss erfolgt dabei nicht. Zum einen ist der Eröffnungsbeschluss bereits rechtmäßig, solange auch nur Zweifel hinsichtlich der Beihilfequalität der in Rede stehenden Maßnahme des Mitgliedstaats bestehen. Es kommt also nicht darauf an, ob tatsächlich eine Beihilfe vorliegt. Zum anderen ist die Nachprüfung durch die Unionsgerichte darauf beschränkt, ob der Kommission offenkundige Beurteilungsfehler unterlaufen sind (EuGH, Urteil vom 21. Juli 2011 - 5-134/09 P, Slg. 2011, I-6344 Rn. 61 - Alcoa Trasformazioni; vgl. Rennert, DVBl 2014, 669, 672).

46           b) Bestehen danach im Vorprüfungsverfahren keine ausreichend gesicherten Anhörungsrechte der von einer möglichen Beihilfe begünstigten Unternehmen, so können diese im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 47 EU-Grundrechtecharta nicht daran gehindert sein, die sie belastende, vorläufige beihilferechtliche Beurteilung der Kommission jedenfalls so lange vor den nationalen Gerichten in Zweifel zu ziehen, wie die Kommission noch keine abschließende und anfechtbare Entscheidung getroffen hat. Vermittelt Vortrag der Parteien, der von der Kommission im Eröffnungsbeschluss nicht erkennbar berücksichtigt worden ist, dem Gericht die Überzeugung, dass erhebliche Gründe für eine von der vorläufigen Ansicht der Kommission abweichende Beurteilung sprechen, darf es bei seiner Entscheidung der vorläufigen Beurteilung der Kommission nicht folgen. Vielmehr hat es die Kommission unter Darlegung seiner Bedenken um eine Stellungnahme zu bitten. Hält die Kommission weiter an

ihrer Auffassung fest, erscheinen dem Gericht die dafür angeführten Gründe jedoch nicht überzeugend, so hat das Gericht den Gerichtshof der Europäischen Union um eine Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV zu ersuchen (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Oktober 2016 - 10 C 3/15 Rn. 26, juris; Kamann, ZWeR 2014, 60, 78 f.).

47 c) Dieses Verfahren ist geeignet, die Rechte der Betroffenen und die Unabhängigkeit der Gerichte unter Einhaltung der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten einerseits und der Kommission und den Unionsgerichten andererseits (Art. 4 Abs. 3 EUV) zu wahren.

48 V. Entgegen der vom Landgericht im Urteil vom 28. Juli 2006 vertretenen Ansicht ist für den Beihilfecharakter im Streitfall von Bedeutung, ob die Flughafen Lübeck GmbH sich mit der am 29. Mai 2000 mit der Streithelferin abgeschlossenen Vereinbarung wie ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber verhalten hat ("Private-Investor-Test"; vgl. Eröffnungsbeschluss, Rn. 121). Der Umstand, dass nur der Streithelferin diese Sonderkonditionen gewährt worden sind (Selektivität der Maßnahme), schließt ein solches marktwirtschaftliches Handeln für sich allein noch nicht aus. Ebenso wenig kommt es insoweit darauf an, ob es sich um eine für Wettbewerber intransparente Maßnahme handelte.

49 VI. Sollte das Gericht unter Beachtung dieser Grundsätze bis zu einer endgültigen Entscheidung durch die Kommission vorläufig von der Beihilfequalität der beanstandeten Maßnahmen auszugehen haben, folgt daraus allein noch nicht die Begründetheit des Auskunfts- und Rückforderungsanspruchs.

50 1. Liegt eine nicht genehmigte Beihilfe vor, können die nationalen Gerichte die Rückforderung der bereits gezahlten Beträge anordnen oder beschließen, einstweilige Maßnahmen zu erlassen, um zum einen die Interessen der beteiligten Parteien und zum anderen die praktische Wirksamkeit des Eröffnungsbe-

schlusses zu wahren (EuGH, NJW 2013, 3771 Rn. 43 - Deutsche Lufthansa; Beschluss vom 4. April 2014 - C-27/13 Rn. 26 - Flughafen Lübeck/Air Berlin, juris). Im Streitfall stehen keine einstweiligen Maßnahmen wie etwa eine Aussetzung der Beihilfemaßnahme, sondern allein ein Rückforderungsanspruch und der ihn vorbereitende Auskunftsanspruch in Rede. Eine Pflicht des nationalen Gerichts, diese Ansprüche allein aufgrund eines Eröffnungsbeschlusses der Kommission für begründet zu erachten, besteht jedenfalls bei abgeschlossenen Maßnahmen nicht (vgl. EuG, Urteil vom 16. Oktober 2014 - T-517/12 Rn. 40, juris; Urteil vom 16. Oktober 2014 - T-129/13, EuZW 2015, 150 Rn. 40 - Alpiq). Vielmehr hat das Gericht über ihre Begründetheit unter Beachtung des Gebots, dem Eröffnungsbeschluss der Kommission zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen, aber auch unter Wahrung der Interessen der beteiligten Parteien und gegebenenfalls unter Berücksichtigung der außergewöhnlichen Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Die Anordnung der Rückforderung vor einer endgültigen Entscheidung der Kommission muss insbesondere mit dem unionsrechtlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 EUV; zum Gebot der Verhältnismäßigkeit im Beihilfeprüfverfahren der Kommission vgl. auch EuG, Urteil vom 9. Juni 2016 - T-162/13, SpuRt 2016, 202 Rn. 148) vereinbar sein.

51            2. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kommission selbst unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV gewährte rechtswidrige Beihilfen vor der Entscheidung über ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt nur dann einstweilig zurückfordern kann, wenn nach geltender Praxis keinerlei Zweifel am Beihilfecharakter der betreffenden Maßnahme bestehen, ein Tätigwerden dringend geboten ist und ein erheblicher und nicht wiedergutzumachender Schaden für einen Konkurrenten ernsthaft zu befürchten ist (Art. 13 Abs. 2 VO 2015/1589; gleichlautend Art. 11 Abs. 2 der bis 13. Oktober 2015 geltenden Verordnung (EG) Nr. 659/1999, nachfolgend VO 659/1999). Im Zusammenhang mit Art. 108 Abs. 3 AEUV hat der Gerichtshof der Europäischen Union in ähnlicher Weise ausgeführt, eine Verpflichtung zum

Erlaß von Schutzmaßnahmen wie etwa der Anordnung der Rückzahlung der Beihilfen bestehe nur, wenn die Qualifizierung als staatliche Beihilfe nicht zweifelhaft sei, wenn die Durchführung der Beihilfe unmittelbar bevorstehe oder die Beihilfe durchgeführt worden sei und wenn keine außergewöhnlichen Umstände festgestellt worden seien, die eine Rückforderung unangemessen erscheinen ließen (EuGH, Urteil vom 11. März 2010 - C-1/09, Slg. 2010, I-2099 = EuZW 2010, 587 Rn. 36 - CELF II).

52                    3. Soweit der Gerichtshof der Europäischen Union annimmt, die Rückforderung einer zu Unrecht gewährten staatlichen Beihilfe könne grundsätzlich nicht unverhältnismäßig sein (vgl. etwa EuGH, Urteil vom 17. Juni 1999 - C-75/97, Slg. 1999, I-3571 = EuZW 1999, 534 Rn. 68 - Belgien/Kommission), betrifft diese Rechtsprechung allein den Fall eines Rückforderungsgebots an den Mitgliedstaat, das in einer endgültigen Entscheidung der Kommission enthalten ist, mit der eine Beihilfe für unvereinbar mit dem Binnenmarkt erklärt worden ist. In dieser Situation steht die Rückforderungspflicht zur Wiederherstellung der früheren Lage außer Frage. Damit ist die Situation nach dem Eröffnungsbeschluss, aber vor der endgültigen Entscheidung der Kommission nicht vergleichbar. Die ihm vorhergehende Vorprüfungsphase gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV dient lediglich dazu, der Kommission eine ausreichende Überlegungs- und Untersuchungsfrist zu verschaffen, um ihr eine erste Meinungsbildung über die Beihilfequalität und Vertragskonformität einer staatlichen oder aus staatlichen Mitteln finanzierten Maßnahme zu ermöglichen (vgl. EuG, Urteil vom 9. Juni 2016 - T-162/13 Rn. 135).

53                    4. Vor diesem Hintergrund kann sich die Rückforderung einer Förderung auf der Grundlage einer nur vorläufigen Einstufung als Beihilfemaßnahme durch die Kommission für das nationale Gericht aus unterschiedlichen Gründen als unverhältnismäßig erweisen. So liegt es etwa, wenn eine Beihilfe vorliegt, die mit hoher Wahrscheinlichkeit nach der Kommissionspraxis gemäß Art. 107

Abs. 2 oder 3 AEUV und den dazu ergangenen Durchführungsvorschriften für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären ist, und deren Rückforderung die Existenz des davon betroffenen Unternehmens ernsthaft bedroht. Keiner Entscheidung bedarf im Streitfall die Frage, ob und unter welchen Umständen eine Unverhältnismäßigkeit der Rückforderung weitergehend schon deswegen anzunehmen wäre, weil durch eine vorläufige Regelung vor der endgültigen Entscheidung der Kommission - auch im Hinblick auf die Belange betroffener Arbeitnehmer - generell keine vollendeten Tatsachen in Form der Insolvenz eines begünstigten Unternehmens geschaffen werden dürften.

54 Für die Frage, ob Auskunft und Rückforderung (noch) erforderlich und damit verhältnismäßig sind, um dem Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV praktische Wirksamkeit zu verleihen, wird auch zu berücksichtigen sein, dass nach einer abschließenden Entscheidung der Kommission, die das Vorliegen mit dem Binnenmarkt unvereinbarer Beihilfen bejaht, eine Rückforderung zuzüglich angemessener Zinsen für die Dauer der rechtswidrigen Nutzung erfolgen kann und muss, um den Beihilfevorteil vollständig auch für die Vergangenheit zu entziehen (vgl. Kamann, ZWeR 2014, 61, 76). Das kommt grundsätzlich als milderer Mittel in Betracht, dessen Eignung im Vergleich zur sofortigen Rückforderung allerdings von den Umständen, insbesondere der im Entscheidungszeitpunkt noch bestehenden oder nachwirkenden wettbewerbsverzerrenden Wirkung der konkreten Beihilfen abhängt.

55 5. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Rückforderung im Einzelfall obliegt den mit einem Rückforderungsbegehren befassten Gerichten der Mitgliedstaaten. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze könnte es aufgrund der folgenden besonderen Umstände im Streitfall nicht fernliegend erscheinen, eine vorläufige Rückforderung allein aufgrund des Eröffnungsbeschlusses der Kommission als unverhältnismäßig anzusehen:

56 Die Kommission hat das Hauptprüfverfahren am 10. Juli 2007 eröffnet, bis zum Zeitpunkt der mündlichen Revisionsverhandlung jedoch noch nicht abgeschlossen. Sie hat sich darüber hinaus auf eine entsprechende Frage des Berufungsgerichts im März 2012 nicht in der Lage gesehen, Angaben zur voraussichtlichen weiteren Dauer des Hauptprüfverfahrens zu machen. Zwischenzeitlich betreibt die Beklagte keinen Flughafen mehr und die Streithelferin hat den Flugverkehr zum Flughafen Lübeck eingestellt. Eine noch bestehende wettbewerbsverzerrende Wirkung durch in den Jahren 2000 bis 2004 an die Streithelferin für Flugverbindungen zum Flughafen Lübeck gezahlte Beihilfen erscheint danach fraglich (vgl. Kamann, ZWeR 2014, 60, 81).

57 6. Mit dem Gebot der loyalen Zusammenarbeit zwischen Kommission und nationalen Gerichten erschiene es schwerlich vereinbar, dass die Kommission in einem beihilferechtlichen Hauptprüfverfahren auf unbestimmte Zeit keine Entscheidung trifft, während entgegen der von den Unionsverträgen bestimmten Zuständigkeitsverteilung anstelle der Kommission die nationalen Gerichte de facto eine endgültige Regelung treffen müssten, indem sie eine auf die Verletzung des Durchführungsverbots (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) gestützte Rückforderung anordneten. Die Kommission könnte so durch Hinausschieben der Entscheidung lediglich vorläufig als Beihilfen eingestufte Maßnahmen einem von nationalen Gerichten durchzusetzenden Rückzahlungsgebot unterwerfen, ohne an die für sie selbst geltenden Voraussetzungen einer Rückforderung gemäß Art. 13 VO 2015/1589 gebunden zu sein. Eine solche Funktionsverschiebung bei der Durchsetzung des Beihilferechts von der Kommission zu den nationalen Gerichten durch die Kombination fehlender Anwendung des Art. 13 VO 2015/1589 mit sehr langen Prüfverfahren bei der Kommission entspricht nicht dem Kooperationsmodell des Unionsrechts (vgl. Giesberts/Kleve, NVwZ 2014, 643, 646; von Bonin/Wittenberg, EuZW 2014, 65, 69).



58 Die Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit bindet auch die Organe der Union (Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV; EuGH, Urteil vom 26. November 2002 - C-275/00, Slg. 2002, I-10943 = EuZW 2003, 54 Rn. 49 - First und Franex; Urteil vom 16. Oktober 2003 - C-339/00, Slg. 2003, I-11757 Rn. 71 - Irland/Kommission; von Bogdandy/Schill in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand September 2013, Art. 4 EUV Rn. 111; Rennert, DVBl 2014, 669, 675). Danach ist die Kommission verpflichtet, ein Verwaltungsverfahren innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu beenden, wobei

als angemessen nicht ohne weiteres jeder Zeitraum gelten kann, den die Kommission tatsächlich in Anspruch nimmt. Zwar gilt die regelmäßige Prüfungsfrist von 18 Monaten nach Eröffnung des Prüfverfahrens für die Kommission nur bei angemeldeten Beihilfen (vgl. Art. 9 Abs. 6, Art. 15 Abs. 2 VO 2015/1589 sowie gleichlautend Art. 7 Abs. 6, Art. 13 Abs. 2 VO 659/1999). Dennoch kann eine Verlängerung der Prüfungsdauer um ein beliebiges Vielfaches dieser Frist kaum mehr angemessen erscheinen.

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Koch

Feddersen

Vorinstanzen:

LG Kiel, Entscheidung vom 28.07.2006 - 14 O Kart. 176/04 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 08.04.2015 - 6 U 54/06 -