

Die Klagebefugnis bei wettbewerbsrechtlichen Klagen gegen unionsrechtswidrige Beihilfemaßnahmen

Christian Koenig*/Mara Hellstern**

Wird eine Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV unter Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV gewährt, haben nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH in den Fällen Flughafen Frankfurt-Hahn (Az. I ZR 136/09) und Flughafen Lübeck (Az. I ZR 213/08) „von der Beihilfe Betroffene“ einen Anspruch gegen den Beihilfegeber auf Auskunft, Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz aus §§ 9, 8, 3, 4 Nr. 11 UWG sowie aus § 823 Abs. 2 BGB jeweils i. V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV. Der vorlie-

* Univ.-Prof. Dr. jur., LL.M. (LSE), Geschäftsführender Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn.

** Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn.

gende Beitrag widmet sich der Frage, wer „von der Beihilfe Betroffener“ ist und damit im Rahmen von wettbewerbs- und deliktsrechtlichen Klagen gegen unionsrechtswidrige Beihilfemaßnahmen vor nationalen Gerichten klagebefugt sowie aktivlegitimiert ist.

I. Beihilfetatbestand und -kontrolle

Art. 107 Abs. 1 AEUV verbietet „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, ... soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Unionsrechtswidrig sind Beihilfen i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, die nicht mit den Binnenmarktanforderungen nach Art. 107 Abs. 2 und 3 sowie Art. 106 Abs. 2 AEUV vereinbar sind (materielle Unionsrechtswidrigkeit) oder entgegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV vor Erlass einer positiven Kommissionsentscheidung über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt durchgeführt werden (formelle Unionsrechtswidrigkeit). Während die Prüfung von materiellen Verstößen gegen das EU-Beihilferecht, also die Vereinbarkeit einer Beihilfemaßnahme mit den Ausnahmetatbeständen (Rechtfertigungsgründen) nach Art. 107 Abs. 2 und 3 sowie Art. 106 Abs. 2 AEUV, unionsrechtlich der Kommission vorbehalten ist, wachen auch die nationalen Gerichte über die Durchsetzung des unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen Durchführungsverbots des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV¹ und müssen hierzu – denkbare – in zentraler – die Erfüllung des vorgelagerten Beihilfetatbestands nach Art. 107 Abs. 1 AEUV prüfen.

II. „Private Enforcement“ des EU-Beihilferechts

1. Stärkung des „Private Enforcement“ durch BGH-Urteile in den Flughafenfällen

Am 10. Februar 2011 hat der BGH zwei Urteile erlassen, mit denen er das „Private Enforcement“ des EU-Beihilferechts stärkt. Unter „Private Enforcement“ des EU-Beihilferechts versteht man die Durchsetzung des EU-Beihilferechts durch Privatpersonen im Wege von Konkurrentenklagen auf Beseitigung und Unterlassung unionsrechtswidriger Beihilfen sowie auf Schadensersatz. Mit den Urteilen vom 10. Februar 2011 in den Fällen *Flughafen Lübeck*² und *Flughafen Frankfurt-Hahn*³ hat der BGH nunmehr ausdrücklich anerkannt, dass das unionsrechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nicht nur ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB ist, sondern auch ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB sowie eine Marktverhaltensregelung i. S. d. § 4 Nr. 11 UWG⁴. Daher können von der konkreten Beihilfemaßnahme mittelbar oder unmittelbar Betroffene wie Wettbewerber des Beihilfeempfängers auf Grundlage dieser Vorschriften Auskunft, Beseitigung (insbesondere Rückforderung der Beihilfe), Unterlassung und Schadensersatz fordern⁵. Durch diese Möglichkeit des „Private Enforcement“ des EU-Beihilferechts wird die Kontrolle des EU-beihilferechtlichen Durchführungsverbots durch nationale Gerichte und damit der Anreiz zur Vermeidung von unionsrechtswidrigen Beihilfen forciert. Denn es sind, wie der BGH in den Flughafenfällen zutreffend festhält, gerade Wettbewerber des Beihilfeempfängers, die Interesse an der Durchsetzung des unionsrechtlichen Durchführungsverbots haben:

„Beihilfeempfänger, Beihilfegeber und von der Beihilfe nicht betroffene Wirtschaftsteilnehmer haben in der Regel kein eigenes Interesse, über die Einhaltung des

Durchführungsverbots zu wachen. Demgegenüber können die wirtschaftlichen Interessen von Wettbewerbern schwer beeinträchtigt werden, wenn sie sich am Markt gegen Beihilfeempfänger behaupten müssen. Es werden somit in erster Linie Wettbewerber bereit sein, das Verbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV durchzusetzen.“⁶

2. Klagebefugter Personenkreis vom BGH nur unbestimmt umrissen

Die Flughafenentscheidungen des BGH sind im Hinblick auf die damit erreichte Klarstellung des Bestehens materiellrechtlicher Ansprüche der Wettbewerber von Beihilfeempfängern, mit denen diese sich gegen EU-beihilferechtswidrige Begünstigungen ihrer Konkurrenten zur Wehr setzen können, zu begrüßen. Der BGH hat es jedoch leider versäumt, die Flughafenfälle zu nutzen, um auch den Kreis der Inhaber dieser materiellrechtlichen Ansprüche genau zu definieren und damit die Frage des klagebefugten Personenkreises vollständig zu klären.

III. Sachverhalt der Flughafenfälle

Gegenstand der Entscheidungen *Flughafen Lübeck* und *Flughafen Frankfurt-Hahn* des BGH waren Klagen privater Fluggesellschaften gegen Flughafenbetreiber (den Betreiber des Flughafens Lübeck-Blankensee bzw. des Flughafens Frankfurt-Hahn) auf Auskunft über sowie Rückforderung und künftige Unterlassung von Beihilfen, die die – jedenfalls im Zeitpunkt der Beihilfegewährung in der öffentlichen Hand stehenden – Flughafenbetreiber der Fluggesellschaft Ryanair in Form von Rabatten, Zahlungen sowie Leistungen gewährten.

IV. Klagebefugnis in den Flughafenfällen

Zu Recht stellt der BGH im Hinblick auf Konkurrentenklagen wegen Verstoßes gegen das unionsrechtliche Durchführungsverbot (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) in den Flughafenfällen klar, dass „die in den Schutzzweck des Durchführungsverbots einbezogenen Wettbewerber des Beihilfeempfängers zur Einleitung einer solchen Prüfung befugt sein [müssen]. Andernfalls wäre im Hinblick auf die beihilfetypische Interessenlage der Beteiligten der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz verletzt, weil Verstöße gegen Art. 108 Abs. [3] AEUV regelmäßig sanktionslos blieben“⁷. In den Flughafenfällen zählte der BGH deshalb die Klägerinnen als Wettbewerberinnen der Beihilfeempfängerin „zum Kreis der von der – hier zu unterscheidenden – Beihilfe Betroffenen“⁸, und zwar unabhängig

1) EuGH, Urte. v. 21.10.2003, verb. Rs. C-261/01 und C-262/01, Slg. 2003, S. I-12249, Rdnr. 75 – *van Calster*; Urte. v. 18.7.2007, Rs. C-119/05, Slg. 2008, S. I-6199, Rdnr. 50-52 – *Lucchini*; Urte. v. 12.02.2008, Rs. C-199/06, Slg. 2008, S. I-469, Rdnr. 38 – *CELF I*; BGH, Urte. v. 10.2.2011, I ZR 136/09, Rdnr. 25 – *Flughafen Frankfurt-Hahn*; I ZR 213/08, Rdnr. 23, 31 – *Flughafen Lübeck*.

2) BGH, Urte. v. 10.2.2011, I ZR 213/08 – *Flughafen Lübeck*.

3) BGH, Urte. v. 10.2.2011, I ZR 136/09 – *Flughafen Frankfurt-Hahn*.

4) BGH, Urte. v. 10.2.2011, I ZR 136/09, Rdnr. 18 f., 53 – *Flughafen Frankfurt-Hahn*; I ZR 213/08, Rdnr. 24 f. – *Flughafen Lübeck*; *Karpenstein/Klein*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), VerVO Anh. zu Art. 14, Rdnr. 110.

5) BGH, Urte. v. 10.2.2011, I ZR 136/09, Rdnr. 23, 60 – *Flughafen Frankfurt-Hahn*; I ZR 213/08, Rdnr. 20, 29 – *Flughafen Lübeck*.

6) BGH, Urte. v. 10.2.2011, I ZR 136/09, Rdnr. 26 – *Flughafen Frankfurt-Hahn*.

7) BGH, Urte. v. 10.2.2011, I ZR 136/09, Rdnr. 26 – *Flughafen Frankfurt-Hahn*.

8) BGH, Urte. v. 10.2.2011, I ZR 213/08, Rdnr. 43 – *Flughafen Lübeck*; ebenso BGH, Urte. v. 10.2.2011, I ZR 136/09, Rdnr. 37 – *Flughafen Frankfurt-Hahn*.

davon, „ob sich die Klägerin auch für eine Nutzung des Flughafens der Beklagten interessiert“⁹. Denn die Klägerinnen fliegen jeweils Flughäfen an, die im jeweiligen Einzugsbereich des Flughafens Lübeck bzw. des Flughafens Frankfurt-Hahn liegen, so dass die „angebotenen Flugverbindungen aus der Sicht der Passagiere zumindest für Ferienreiseziele in erheblichem Maß austauschbar sind“¹⁰. Der BGH stellt also in den Flughafenfällen auf die Substituierbarkeit der Flugleistungen der Klägerinnen und der Beihilfeempfängerin aus Sicht der Nachfrager ab, um das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen ihnen zu begründen. Aus der damit festgestellten Wettbewerberstellung der Klägerinnen zur Beihilfeempfängerin folgert er die Beihilfebetroffenheit der Klägerinnen. Eben dieser „Kreis der von der ... Beihilfe Betroffenen“ stelle wiederum den klagebefugten Personenkreis dar¹¹. Abgesehen von dem in den Flughafenfällen entschiedenen Fall der Klage von Unternehmen, die aus Nachfragesicht mit dem Produkt des Beihilfeempfängers substituierbare Produkte anbieten, lässt der BGH allerdings offen, wie weit der Kreis der „von der Beihilfe Betroffenen“ zu ziehen ist. Unter welchen Voraussetzungen ist z. B. ein privates Unternehmen als ein „von der Beihilfemaßnahme betroffenes Unternehmen“ anzusehen? Ist hierfür stets die Substituierbarkeit der von Kläger und Beihilfeempfänger angebotenen Leistungen aus Sicht der Nachfrager erforderlich?

V. Der Kreis der Klagebefugten nach dem UWG und nach § 823 Abs. 2 BGB

Der BGH stützt die Auskunfts-, Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche von der Beihilfe Betroffener auf §§ 9, 8, 3, 4 Nr. 11 UWG sowie auf § 823 Abs. 2 BGB jeweils i. V. m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV. Klagebefugt sind also alle nach diesen Vorschriften auch nur potentiell Anspruchsberechtigten. Da es gerade der Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ist, der zu den Ansprüchen aus §§ 9, 8, 3, 4 Nr. 11 UWG und § 823 Abs. 2 BGB führt, sind somit alle vom Schutzzweck des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV erfassten Personen klagebefugt¹² – unabhängig von der Frage, ob insofern überhaupt die Prozessführungsbefugnis (Klagebefugnis) betroffen ist oder ob es sich nicht vielmehr um eine Frage der Aktivlegitimation (Sachbefugnis) handelt.

1. Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG

Nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG stehen jedem „Mitbewerber“ die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG zu. Der Begriff „Mitbewerber“ wird in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG legaldefiniert als „jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht“. An das Bestehen „konkreter Wettbewerbsverhältnisse“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) sind im Interesse eines wirksamen Individualrechtsschutzes keine hohen Anforderungen zu stellen¹³. Bei der Auslegung des Mitbewerberbegriffs ist der Zweck der jeweils verletzten Verhaltensnorm, hier des EU-beihilferechtlichen Durchführungsverbots nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, zu berücksichtigen¹⁴. Da Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV eine unionsrechtliche Schutzvorschrift darstellt, ist aufgrund des Gebots der unionsrechtsfreundlichen Auslegung der EU-(beihilfe)rechtliche Wettbewerberbegriff zugrunde zu legen¹⁵. Dies hat auch der BGH in den Flughafenfällen zutreffend erkannt, indem er den in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG legaldefinierten Begriff des Mitbewerbers überhaupt nicht erwähnt, sondern auf den Begriff des Wettbewerbers abstellt, um die Klagebefugnis bzw. Aktiv-

legitimation zu begründen. Wörtlich hat der BGH ausgeführt:

„Nach Unionsrecht müssen die in den Schutzzweck des Durchführungsverbots einbezogenen Wettbewerber des Beihilfeempfängers zur Einleitung einer solchen Prüfung befugt sein. Andernfalls wäre im Hinblick auf die beihilfetypische Interessenlage der Beteiligten der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz verletzt, weil Verstöße gegen Art. 108 Abs. [3] AEUV regelmäßig sanktionslos blieben“¹⁶.

2. Erfordernis der Einbeziehung in den Schutzzweck des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV

Liegt das mit der Klage angegriffene unlautere Verhalten des Beklagten in einem Verstoß gegen das unionsrechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, hängt die Anspruchsberechtigung und damit die Klagebefugnis des Klägers also allein davon ab, ob er ein „in den Schutzzweck des Durchführungsverbots einbezogene[r] Wettbewerber des Beihilfeempfängers“ ist. Nichts anderes gilt auch für die Klagebefugnis im Hinblick auf den deliktsrechtlichen Anspruch eines Klägers nach § 823 Abs. 2 BGB. Auch diesen Anspruch muss ein Kläger gerichtlich geltend machen können, wenn und weil er vom Schutzzweck des Schutzgesetzes i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB, hier also vom Schutzzweck des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, erfasst wird.

3. Unionsrechtskonformer (funktionaler) Wettbewerberbegriff

a. Erfassung sowohl tatsächlicher als auch potentieller Wettbewerber

In den Schutzzweck des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV einbezogene Wettbewerber sind alle tatsächlich oder potentiell auf dem gleichen sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt tätigen Unternehmen¹⁷ bzw. solche Unternehmen, die in einem tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerb zum (vermeintlich) beihilfebegünstigten Unternehmen stehen¹⁸. Das EU-Beihilferecht schützt nämlich sowohl den funktionierenden (unverfälschten) Wettbewerb *im* Markt als auch den Wettbewerb *um* den Markt¹⁹. Wettbewerber im unionsrechtskonformen Sinn sind daher – potentiell – gerade auch solche Unternehmen, die gegenwärtig noch auf einem benachbarten sachlich und räumlich relevanten Markt tätig sind, die aber – ohne eine unionsrechtswidrige Begünstigung des auf dem Nachbarmarkt tätigen Beihilfeempfängers – genau auf diesen Nachbarmarkt vorstoßen könnten, wenn nur die Angebotswechselkosten in einem beihilfefreien (unverzerrten)

9) BGH, Urt. v. 10.2.2011, I ZR 213/08, Rdnr. 43 – Flughafen Lübeck; ebenso BGH, Urt. v. 10.2.2011, I ZR 136/09, Rdnr. 37 – Flughafen Frankfurt-Hahn.

10) BGH, Urt. v. 10.2.2011, I ZR 213/08, Rdnr. 43 – Flughafen Lübeck.

11) BGH, Urt. v. 10.2.2011, I ZR 213/08, Rdnr. 30, 43 – Flughafen Lübeck; ebenso BGH, Urt. v. 10.2.2011, I ZR 136/09, Rdnr. 24, 37 – Flughafen Frankfurt-Hahn.

12) BGH, Urt. v. 10.2.2011, I ZR 136/09, Rdnr. 26 – Flughafen Frankfurt-Hahn; I ZR 213/08, Rdnr. 32 – Flughafen Lübeck.

13) Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl. 2011, § 2, Rdnr. 95.

14) Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl. 2011, § 2, Rdnr. 91, 95.

15) Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl. 2011, § 2, Rdnr. 91.

16) BGH, Urt. v. 10.2.2011, I ZR 136/09, Rdnr. 26 – Flughafen Frankfurt-Hahn.

17) Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl. 2011, § 2, Rdnr. 96 f., 98.

18) BGH, GRUR 2002, 828, 829.

19) V. Wallenberg, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 87 EGV, Rdnr. 52, 54.

Wettbewerb durch die erzielbaren Leistungspreise mittel- und langfristig refinanziert werden können. Erhält dagegen der Beihilfeempfänger einen unlauteren wirtschaftlichen Refinanzierungsvorteil (die Beihilfe), der ihm so niedrige Angebotspreise ermöglicht, dass seine Wettbewerber im Wettbewerb unterliegen oder gar nicht erst mitbieten, ist deren Wettbewerbsstellung unmittelbar beeinträchtigt.

b. Beispiel

Ein die Klagebefugnis begründendes Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Unternehmen ist z. B. dann zu bejahen, wenn ein Unternehmen Schwimmgas im kontinentalen Format herstellt, seine Produktion jedoch aufgrund der technisch nahezu identischen Produktion der verschiedenen, für die Endverbraucher nicht austauschbaren Glasformate rasch und ohne übermäßige Kosten auf die Herstellung von Schwimmgas im britischen Format umstellen kann²⁰ und dies nur unterlässt, weil ein staatlich bezuschusstes Unternehmen, das bereits Schwimmgas im britischen Format herstellt, dieses aufgrund der erhaltenen staatlichen Beihilfe zu so niedrigen Preisen anbietet, dass die Produktions- und Vertriebsumstellungskosten des gegenwärtig Schwimmgas im Kontinentalformat herstellenden Unternehmens mittel- und langfristig nicht refinanziert werden können.

c. Funktionale Auslegung

Gerade in Anbetracht der funktionalen (wirkungsorientierten) Auslegung²¹ des Beihilfebegriffs des Art. 107 Abs. 1 AEUV kann es für die Bestimmung der vom Schutzzweck des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV erfassten Wettbewerber nicht auf eine aktuell fixierte sachliche und räumliche Wettbewerbsstellung auf dem gleichen relevanten Markt ankommen. Stattdessen ist der Blick gerade auch auf benachbarte dynamische Märkte, also potentielle Wettbewerbsverhältnisse, zu richten. Daher ist es auch unerheblich, ob sich der Kundenkreis und das Angebot von Waren und Dienstleistungen des Klägers und des Beihilfeempfängers völlig oder nur teilweise decken²². Dies hat auch der BGH in seinem Urteil *Flughafen Frankfurt-Hahn* vom 10. Februar 2011 deutlich gemacht, indem er ausführt:

„Auch Beihilfeempfänger, Beihilfegeber und von der Beihilfe nicht betroffene Wirtschaftsteilnehmer haben in der Regel kein eigenes Interesse, über die Einhaltung des Durchführungsverbots zu wachen. Demgegenüber können die wirtschaftlichen Interessen von Wettbewerbern schwer beeinträchtigt werden, wenn sie sich am Markt gegen Beihilfeempfänger behaupten müssen. Es werden somit in erster Linie Wettbewerber bereit sein, das Verbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV durchzusetzen. ... Damit wäre es ... nicht zu vereinbaren, die Eigenschaft als Schutzgesetz mit der Begründung abzulehnen, dass das Durchführungsverbot nicht ausdrücklich die Wettbewerber schützt. ... Die Klägerin ... gehört ... als Wettbewerberin von Ryanair [= Beihilfeempfängerin] zum Kreis der von der – hier zu unterstellenden – Beihilfe Betroffenen (a. A. OLG Brandenburg, Urteil vom 21. Juli 2009 – Kart U 1/07, juris Rdnr. 109 f.). Es kommt unter diesen Umständen nicht mehr darauf an, ob sich die Klägerin auch für eine Nutzung des Flughafens der Beklagten interessiert“²³.

4. Merkmal der Betroffenheit

Mit seinen soeben zitierten Feststellungen erteilt der BGH zugleich der Ansicht des OLG Brandenburg²⁴, wonach nur unmittelbar individuell betroffene Wettbewerber

anspruchsberechtigt (andere Wettbewerber aber durchaus klagebefugt) seien, ausdrücklich eine deutliche Absage. Anspruchsberechtigt sind demnach sowohl unmittelbar als auch mittelbar von der Beihilfe Betroffene.

VI. Fazit

1. Das unionsrechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ist sowohl eine Marktverhaltensregelung i. S. d. § 4 Nr. 11 UWG als auch ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB. Wird eine Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV unter Verstoß gegen das unionsrechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV gewährt, haben daher von der Beihilfe mittelbar oder unmittelbar Betroffene einen Anspruch gegen den Beihilfegeber auf Auskunft, Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz aus §§ 9, 8, 3, 4 Nr. 11 UWG sowie aus § 823 Abs. 2 BGB jeweils i. V. m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV. Von der Beihilfe Betroffene sind z. B. tatsächliche oder potentielle Wettbewerber des Beihilfeempfängers. Deren wirtschaftliche Interessen und ihre wettbewerbliche Stellung werden durch die rechtswidrige, wettbewerbsverzerrende Begünstigung des Beihilfeempfängers beeinträchtigt.

2. Ein Unternehmen ist Wettbewerber des Beihilfeempfängers i. S. d. §§ 9, 8, 3, 4 Nr. 11 UWG sowie des § 823 Abs. 2 BGB jeweils i. V. m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV und damit klagebefugt bzw. aktivlegitimiert, wenn es tatsächlich oder auch nur potentiell auf demselben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt tätig ist wie der Beihilfeempfänger. Als Leitlinie für die Bestimmung des relevanten Markts zur Prüfung der Frage, ob ein die Klagebefugnis begründendes Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Unternehmen vorliegt, können die im Wettbewerbsrecht der Union entwickelten Grundsätze zur Marktabgrenzung²⁵ dienen²⁶, da es im Rahmen EU-beihilferechtlicher Konkurrentenklagen vor nationalen Gerichten trotz deren nationalrechtlicher Verfahrenseinkleidung um die effektive Durchsetzung von Unionsrecht geht, das in Form des Durchführungsverbots des EU-Beihilferechts verletzt wurde. Demnach liegt ein vom Schutzzweck des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV erfasstes Wettbewerbsverhältnis zwischen Kläger und Beihilfeempfänger z. B. dann vor, wenn deren Leistungen oder einzelne ihrer Leistungen aus Sicht der Nachfrager substituierbar sind, selbst wenn sie nicht am selben, sondern an benachbarten Orten angeboten werden oder es sich lediglich um gleichartige, nicht gleiche Produkte handelt.

3. Ein Unternehmen kann selbst dann klagebefugter, nämlich *potentieller* Wettbewerber des Beihilfeempfängers sein, wenn es gegenwärtig (noch) nicht auf dem relevanten Markt tätig ist, aber genau auf diesen Markt vor-

20) Zur Angebotssubstituierbarkeit von Schwimmgas verschiedener Formate siehe EuG, Rs. T-65/96, Slg. 2000, S. II-1885, Rdnr. 68 f. – *Kish Glass*.

21) EuGH, Urt. v. 24.2.1987, Rs. 310/85, Slg. 1987, S. 901, Rdnr. 8 – *Deufil; Ehrliche*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, 4. Aufl. 2007, Art. 87 Abs. 1 EGV, Rdnr. 39.

22) *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, 29. Aufl. 2011, § 2, Rdnr. 98.

23) BGH, Urt. v. 10.2.2011, I ZR 136/09, Rdnr. 26, 37 – *Flughafen Frankfurt-Hahn*; ebenso BGH, Urt. v. 10.2.2011, I ZR 213/08, Rdnr. 43 – *Flughafen Lübeck*.

24) OLG Brandenburg, Urt. v. 21.7.2009, Kart U 1/07, Rdnr. 109, 112.

25) Siehe z. B. *Kommission*, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG 1997 Nr. C 372, S. 5, die im Beihilferecht jedoch nicht direkt anwendbar ist.

26) V. *Wallenberg*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 87 EGV, Rdnr. 53.

stoßen könnte, wenn der Beihilfeempfänger nicht aufgrund seines unlauteren wirtschaftlichen Vorteils aus der Beihilfe so niedrige Angebotspreise vorgeben würde, dass mögliche Wettbewerber deshalb im Wettbewerb unterliegen würden und daher gar nicht erst mitbieten. Gerade diesen Wettbewerbern bietet das „Private Enforcement“ des EU-Beihilferechts die Möglichkeit, gegen durch unlautere – da beihilferechtswidrige – Refinanzierungsmöglichkeiten eines Unternehmens bedingte Marktzugangsbeschränkungen vorzugehen und damit zu einer Öffnung der Märkte auf dem EU-Binnenmarkt beizutragen. Auch wenn Unternehmen durch EU-beihilferechtliche Konkurrentenklagen vornehmlich ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen schützen möchten, fördern sie damit auch den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt und ermöglichen den nationalen Gerichten die Kontrolle der Einhaltung des unionsrechtlichen Durchführungsverbots. Andernfalls müsste die EU-Kommission dessen Einhaltung alleine überwachen, was in Anbetracht der Vielzahl an EU-beihilferechtlich zu überprüfenden Fällen wohl kaum zu leisten sein dürfte.