

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE), Mara Hellstern, Bonn\*

## Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach dem UWG gegen Empfänger von EU-rechtswidrigen Beihilfen – Die Stufenklage gegen Quersubventionspraktiken

Nach den Urteilen des BGH vom 10. 2. 2011 in den Verfahren I ZR 213/08 (Flughafen Lübeck) und I ZR 136/09 (Flughafen Frankfurt-Hahn) stehen Wettbewerbern von Beihilfeempfängern Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG sowie nach § 823 Abs. 2 BGB jeweils i. V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zu. Häufig werden wettbewerbswidrige Beihilfen in Form von Quersubventionen, insbesondere im Rahmen von Rekommunalisierungsstrategien gewährt. Quersubventionen – also die verursachungsunabhängige Kostenverteilung zwischen Unternehmensbereichen desselben Unternehmens oder zwischen Unternehmen derselben Unternehmensgruppe – können zu wettbewerbswidrigen Vorteilen des Quersubventionsempfängers und damit zu einer Wettbewerbsverfälschung führen. Der vorliegende Beitrag untersucht die Möglichkeiten, zivilgerichtlich gegen durch privatrechtlichen

Vertrag gewährte Quersubventionen innerhalb öffentlicher Unternehmen vorzugehen, wenn diese gegen das unionsrechtliche Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV verstoßen.

### I. Beihilferechtswidrigkeit von Quersubventionen

Auf vielen Märkten (z.B. der Abfallentsorgung) stehen private Unternehmen sowohl im Wettbewerb zueinander als auch im Wettbewerb mit Unternehmen der öffentlichen Hand. Dieser Wettbewerb kann durch Quersubven-

\* Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M., ist Geschäftsführender Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Mara Hellstern ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am ZEI. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. IV.

tionen<sup>1</sup> innerhalb eines öffentlichen Unternehmens oder innerhalb einer öffentlichen Unternehmensgruppe verzerrt werden.<sup>2</sup> Das EU-Wettbewerbsrecht stellt mit Art. 102 AEUV (Verbot von Marktmachtmissbrauch) und Art. 107 Abs. 1 AEUV (Verbot staatlicher Beihilfen) zwei Instrumente zur Verfügung, um wettbewerbswidrige Quersubventionen zu sanktionieren.<sup>3</sup>

## 1. Voraussetzungen

Zwar sind Quersubventionen grundsätzlich rechtlich zulässig.<sup>4</sup> Sie verstoßen jedoch gegen das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV, wenn der Quersubventionsempfänger aufgrund der empfangenen Quersubventionen seine Leistungen zu günstigeren – oder sogar unter Kosten liegenden – Konditionen anbietet, als dies unter marktüblichen, nicht öffentlich subventionierten Geschäftsbedingungen agierenden Wettbewerbern möglich ist.<sup>5</sup> Eine Beihilfe i. S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt also vor, wenn die öffentliche Hand einen wettbewerbswidrigen Verdrängungs- und Preiswettbewerb des Quersubventionsempfängers quersubventioniert.

Ein solcher Verdrängungswettbewerb geht nicht nur zulasten von Wettbewerbern des Quersubventionsempfängers, also zulasten eines funktionierenden Wettbewerbs auf dem Markt des quersubventionierten Produkts, sondern auch zulasten des Wettbewerbs auf nachgelagerten Märkten. Werden z. B. die Tiefbauarbeiten für die Breitbandkabelverlegung durch kommunale Stadtwerke buchhalterisch systemwidrig dem Elektrizitäts-Verteilnetz-Geschäftsbereich desselben Stadtwerkkonzerns zugeschlüsselt, kann der Telekommunikations-/Breitbandgeschäftsbereich des Stadtwerks Dienstleistungsangebote auf dem Infrastrukturmarkt nachgelagerten Dienstleistungsmärkten unterhalb des sonst marktüblichen Gemeinkostenansatzes im Rahmen der Preisbildung anbieten. Damit wird der Quersubventionsempfänger aufgrund der Quersubventionierung zu Konditionen tätig, zu denen dies auf dem Markt unter Zugrundelegung der marktüblichen (nicht öffentlich quersubventionierten) Bedingungen nicht möglich wäre.

Indirekt begünstigt die Quersubventionierung dann auch Dritte, die den Zugang zu der so geschaffenen vergünstigten Leistung des Quersubventionsempfängers zu Konditionen erhalten, die ohne den Eingriff der öffentlichen Hand – die Quersubvention – nicht erhältlich wären.<sup>6</sup> Durch die Quersubventionierung innerhalb öffentlicher Unternehmen können also nachgelagert auch die Nutzer der quersubventionierten Produkte beihilferechtswidrig begünstigt werden.<sup>7</sup>

## 2. Formen (z. B. Shared Services)

Beihilferechtswidrige Quersubventionen können dabei in den verschiedensten Formen erfolgen: z. B. durch – jeweils ohne angemessene Kompensation gewährte – Rabatte, Zahlungen, Darlehen, Zuschüsse zur Unterschussdeckung oder andere Leistungen des Quersubventionsgebers an den Empfänger oder in Form von sog. „Shared Services“. „Shared Services“ sind von Quersubventionsgeber und -empfänger gemeinsam genutzte Infrastrukturen und Kapazitäten (z. B. gemeinsame Räumlichkeiten, Personal, Fuhrpark und Verwaltung wie IT, Rechnungsstellung).<sup>8</sup> Entscheidend für das Vorliegen einer Beihilfe i. S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist jeweils, dass der Empfänger aus staatlichen Mitteln i. S. des Unionsrechts einen Vorteil – die Quersubvention – ohne oder ohne angemessene Kompensation erhält.<sup>9</sup> Bei gemeinsam genutzten Infrastrukturen ist das der Fall, wenn deren

Kosten dem Quersubventionsgeber und -empfänger nicht verursachungsgerecht zugeschlüsselt werden.<sup>10</sup>

EU-beihilferechtlich ist eine Quersubventionierung im öffentlichen Unternehmensverbund jedenfalls dann dem Mitgliedstaat zurechenbar, wenn deren Initiative (ggf. über gesellschaftsrechtliche Schachtelkonstruktionen) auf Entscheidungen von Stellen der öffentlichen Gebietskörperschaften z. B. in Verfolgung von Rekommunalisierungsstrategien zurückzuführen ist.<sup>11</sup>

## II. Geltendmachung der Beihilferechtswidrigkeit

Stellt eine Quersubvention eine Beihilfe i. S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar, verstößt ihre Durchführung (z. B. die tatsächliche kompensationslose Nutzung gemeinsamer Infrastrukturen durch den Quersubventionsempfänger) gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, wenn sie die beihilferechtliche De-minimis-Schwelle<sup>12</sup> überschreitet. Das Durchführungsverbot stellt unmittelbar anwendbares Unionsrecht dar.<sup>13</sup>

### 1. Rückforderungs- bzw. Ausgleichsanspruch des Beihilfegebers

Im Falle der Beihilfegewährung durch privatrechtlichen Vertrag führt seine Verletzung daher zur Nichtigkeit des beihilfegewährenden Vertrags nach § 134 BGB i. V. m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV.<sup>14</sup> Mangels (wirksamen) Vertrags besteht kein rechtlicher Behaltensgrund des Quersubventionsempfängers in Bezug auf die gewährte Quersubvention. Infolge der Nichtigkeit des beihilfegewährenden Vertrags hat der Beihilfegeber also einen bereicherungsrechtlichen

- 1 Zum Begriff der Quersubvention s. Kommissionsbekanntmachung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor, ABl. EG 1998 C 39, S. 2, Rdnr. 3.1.
- 2 Vgl. Koenig/Busch, GewArch 2011, 181 ff.
- 3 Vgl. Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 43, Rdnr. 35.
- 4 Koenig/Busch, GewArch 2011, 181.
- 5 Koenig/Busch, GewArch 2011, 181 ff.; ähnlich Mestmäcker/Schweitzer (Fn. 3) § 43, Rdnrn. 35–38; ebenso zum Missbrauchstatbestand (Art. 102 AEUV) Lübbig, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 82 EGV, Rdnr. 180.
- 6 Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl. EU 2009 C 235, S. 7, Rdnr. 14.
- 7 Kommission, Entscheidung vom 25. 11. 1998, ABl. EG 1999 L 260, S. 1, Kommission, Entscheidung vom 22. 12. 1999, ABl. EG 2000 L 145, S. 27, Staatliche Beihilfe Deutschland Nr. C 48/06 (ex N 227/06) an DHL und den Flughafen Leipzig, ABl. EU 2007 C 48, S. 7, Rdnr. 47; Heidenhain, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 4, Rdnr. 16.
- 8 Vgl. Koenig/Busch, GewArch 2011, 181, 182.
- 9 Vgl. Koenig/Schreiber, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2010, Kap. 8 III 1.; Mestmäcker/Schweitzer (Fn. 3) § 43, Rdnr. 35.
- 10 Ausführlich hierzu Koenig/Busch, GewArch 2011, 181, 182.
- 11 EuGH, 21. 3. 1991 – Rs. C-303/88, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1433, Rdnrn. 11–14; EuGH, 16. 5. 2002 – Rs. C-482/99, Frankreich/Kommission, Slg. 2002, I-4397, RIW 2002, 704, EWS 2002, 370, Rdnr. 52 ff.; EuGH, 15. 7. 2004 – Rs. C-345/02, Pearle u. a., Slg. 2004, I-7139, EWS 2004, 358, Rdnr. 36 f.; EuG, 20. 9. 2007 – Rs. T-136/05, EARL/Kommission, Slg. 2007, II-4063, Rdnr. 139 ff., insb. 163–165.
- 12 S. Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. 12. 2006 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf De-minimis-Beihilfen.
- 13 BGH, 4. 4. 2003 – V ZR 314/02, EuZW 2003, 444, 445, RIW 2003, 802; BGH, 20. 1. 2004 – XI ZR 53/03, Rdnr. 16; BGH, 5. 7. 2007 – IX ZR 256/06, RIW 2008, 302, Rdnr. 33.
- 14 BGH V ZR 314/02 (Fn. 13); BGH XI ZR 53/03 (Fn. 13), Rdnr. 17 f.; BGH IX ZR 256/06 (Fn. 13), Rdnrn. 33, 34; BGH, 10. 2. 2011 – I ZR 136/09, Rdnr. 40.

Anspruch auf Rückzahlung bzw. Wertausgleich der durchgeführten Quersubvention.<sup>15</sup> Diesen Rückforderungs- bzw. Ausgleichsanspruch kann er vor den Zivilgerichten einklagen.

## 2. Flughafenfälle: Enge Verflechtung von Beihilfeempfänger und -geber

Häufig hat der Beihilfegeber jedoch kein Interesse an einer Rückforderung der gewährten Quersubvention. Vielmehr wird er regelmäßig „aus den Gründen, auf denen die Gewährung der Beihilfe beruht, typischerweise daran interessiert sein (...), den Beihilfeempfänger möglichst wenig zu belasten“.<sup>16</sup> Denkbare Gründe dafür sind z.B. die enge Verflechtung des Beihilfegebers und -empfängers durch ihre Zugehörigkeit zu demselben Unternehmen oder derselben Unternehmensgruppe oder dadurch, dass der Beihilfeempfänger der wichtigste Kunde des Beihilfegebers ist. Letztere Konstellation lag den BGH-Urteilen vom 10. 2. 2011 zugrunde. Gegenstand dieser Entscheidungen waren Beihilfen in Form von Rabatten, Zahlungen sowie Leistungen, die die – jedenfalls im Zeitpunkt der Beihilfegewährung in der öffentlichen Hand stehenden – Flughafenbetreiber der Fluggesellschaft Ryanair gewährten. Da Ryanair der wichtigste Kunde der beihilfegewährenden Flughafenbetreiber war, hielt es der BGH für „naheliegend“, „auf dessen Interessen Rücksicht zu nehmen“.<sup>17</sup>

Der Beihilfegeber wird seine Rückforderungsansprüche gegen den Beihilfeempfänger also häufig nicht geltend machen, wenn er nicht durch Dritte (gerichtlich) hierzu gezwungen werden kann. Eine effektive Durchsetzung des Durchführungsverbots des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV auf nationaler Ebene verlangt daher nach materiell-rechtlichen Ansprüchen Dritter gegen beihilferechtswidrige Begünstigungspraktiken sowie nach prozessualen Instrumenten zur Durchsetzung dieser materiell-rechtlichen Ansprüche. Beihilfegewährungen finden z.B. häufig in Form von Quersubventionen statt und werden hier als Instrument für Rekommunalisierungsstrategien eingesetzt.

## III. Zivilrechtliche Instrumente Dritter

### 1. Anspruchsgrundlagen

Das deutsche Recht stellt Dritten mit § 823 Abs. 2 BGB und §§ 8 Abs. 1, 3, 4 Nr. 11 UWG gleich zwei Anspruchsgrundlagen zur Geltendmachung eines Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zur Verfügung.<sup>18</sup> Diese Vorschriften begründen jeweils i. V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nebeneinander<sup>19</sup> bestehende Ansprüche der Wettbewerber des Quersubventionsempfängers gegen den Quersubventionsgeber auf Schadensersatz, Unterlassung, Auskunft und Beseitigung der Beeinträchtigung (also der Quersubvention), wenn die Gewährung der Quersubvention gegen das Durchführungsverbot verstößt.<sup>20</sup> Denn Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV stellt sowohl ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB als auch eine Marktverhaltensregelung i. S. des § 4 Nr. 11 UWG dar:

a) § 823 Abs. 2 BGB i. V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV

„Eine Rechtsnorm ist Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB, wenn sie nach Zweck und Inhalt zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise ge-

gen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes zu schützen. (...) Das Durchführungsverbot hat nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union aber gerade die Funktion, die Interessen derjenigen zu schützen, die von der Wettbewerbsverzerrung betroffen sind, die durch die Gewährung der – schon allein wegen Verletzung des Durchführungsverbots – rechtswidrigen Beihilfe hervorgerufen wurde (...). Es soll verhindern, dass durch unangemeldete Beihilfen Benachteiligungen im Wettbewerb entstehen, die sanktionslos bleiben (...).“<sup>21</sup>

b) §§ 8 Abs. 1, 3, 4 Nr. 11 UWG i. V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV

„Das beihilferechtliche Durchführungsverbot (...) ist auch eine Marktverhaltensregelung i. S. des § 4 Nr. 11 UWG (...). Wie sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ergibt, (...) hat Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV jedenfalls auch die Funktion, gleiche Voraussetzungen für die auf einem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen. [Ihm] (...) ist ferner eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion eigen, weil es die im Binnenmarkt tätigen Unternehmen gerade vor Wettbewerbsverfälschungen schützen soll. Die Voraussetzung des Marktbezugs ist im Streitfall ebenfalls erfüllt. Denn die (angebliche) Beihilfe wird über ein am Markt auftretendes öffentliches Unternehmen gewährt.“<sup>22</sup>

### 2. Klagebefugnis der Wettbewerber (Konkurrentenklage)

Klagebefugt sind allerdings regelmäßig nur Wettbewerber des Quersubventionsempfängers. In der Regel gehören nur sie zu dem durch die Quersubvention betroffenen und damit durch § 823 Abs. 2 BGB bzw. § 4 Nr. 11 i. V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV geschützten Personenkreis.<sup>23</sup> Nach den allgemeinen Beweisregeln obliegt es grundsätzlich ihnen als Klägern, das Vorliegen einer Beihilfe sowie eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot als ihren Anspruch begründende Tatsachen zu beweisen.<sup>24</sup> Im Falle von unternehmensinternen Quersubventionen führt diese Beweislastverteilung regelmäßig zu Beweisschwierigkeiten, da der klagende Wettbewerber in der Regel keinen Einblick in unternehmensinterne Vorgänge seines Wettbewerbers bzw. des Beihilfegebers hat. Daher hat er regelmäßig auch keinen Zugriff auf die erforderlichen Beweismittel.<sup>25</sup>

### 3. Beweiserleichterungen

Um die klageweise Geltendmachung der Ansprüche des in seiner wettbewerblichen Stellung beeinträchtigten Wettbewerbers nicht an solchen Beweisschwierigkeiten scheitern zu lassen, sind ihm folgende Beweiserleichterungen im weiteren Sinne zu gewähren:

15 BGH I ZR 136/09 (Fn. 14), Rdnr. 40.

16 BGH, 10. 2. 2011 – I ZR 213/08, Rdnr. 13.

17 BGH I ZR 213/08 (Fn. 16), Rdnr. 13.

18 BGH I ZR 136/09 (Fn. 14); BGH I ZR 213/08 (Fn. 16).

19 BGH I ZR 136/09 (Fn. 14), Rdnr. 54.

20 Vgl. BGH I ZR 136/09 (Fn. 14), Rdnrn. 53 ff.; BGH I ZR 213/08 (Fn. 16), Rdnrn. 23 ff.

21 BGH I ZR 136/09 (Fn. 14), Rdnrn. 18, 19 m. w. N.; vgl. a. *Karpenstein/Klein*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), VerVO Anh. zu Art. 14 Rdnr. 110.

22 BGH I ZR 136/09 (Fn. 14), Rdnr. 53.

23 Vgl. BGH I ZR 136/09 (Fn. 14), Rdnr. 36 f.; BGH I ZR 213/08 (Fn. 16), Rdnr. 42 f.

24 *Foerste*, in: Musielak, ZPO, 8. Aufl. 2011, § 286, Rdnr. 35.

25 *Koenig/Busch*, GewArch 2011, 181, 186.

### a) Klageart: Stufenklage

Die Ansprüche des Wettbewerbers gegen den Beihilfegeber aus §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG sowie aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB jeweils i. V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV können im Wege der Stufenklage (§ 254 ZPO) geltend gemacht werden.<sup>26</sup> Der Wettbewerber kann also von dem Beihilfegeber zunächst – auf der ersten Klagestufe – Auskunft verlangen, um danach – auf der zweiten Klagestufe – auf der Grundlage der erhaltenen Auskünfte seine Schadensersatz-, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geltend zu machen.<sup>27</sup> Denn er hat einen (unerfüllten) Anspruch gegen den Beihilfegeber auf Auskunftserteilung jedenfalls aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB i. V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV und § 242 BGB.<sup>28</sup> Vor Erfüllung dieses Auskunftsanspruchs kann er nur einen unbestimmten Klageantrag in Bezug auf seine Schadensersatz-, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche stellen. Isoliert gestellt wäre ein solcher Antrag jedoch wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsanfordernis (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) unzulässig. Das Auskunftsbegehren des klagenden Wettbewerbers dient daher gerade der Erlangung der erforderlichen Informationen über Art und Höhe der wettbewerbswidrigen Maßnahmen, um sein Klagebegehren sodann hinreichend bestimmt benennen zu können.

Allerdings müssen alle Klageanträge gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt sein. Dies gilt insbesondere für das Auskunftsbegehren.<sup>29</sup> Der Kläger darf also keine auslegungsbedürftigen Begriffe zur Umschreibung seines Auskunftsbegehrens verwenden. Vielmehr muss der Sinngehalt der verwendeten Begriffe feststehen. Nur dann sind Inhalt und Umfang der begehrten Auskünfte für den Anspruchsgegner eindeutig erkennbar.<sup>30</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Auskunftsbegehren nicht auf die Erteilung mengenmäßig vieler Informationen gerichtet sein darf. Unzulässig ist gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO lediglich ein unbestimmter, nicht dagegen ein umfangreicher Klageantrag. Eine Einschränkung des Umfangs des Antrags ist in der Regel weder möglich noch rechtlich geboten. Andernfalls kann der Wettbewerber die vollständige Erfüllung des Rückforderungsanspruchs nicht überprüfen. Eben dies soll ihm jedoch nach der Rechtsprechung des BGH durch die im Rahmen der Konkurrentenklage erteilten Auskünfte ermöglicht werden.<sup>31</sup>

Der klagende Wettbewerber hat ein berechtigtes Interesse daran, „die vollständige Erfüllung dieses Anspruchs zu überprüfen. Das setzt die Kenntnis der konkreten Rückforderungshöhe voraus. Die Notwendigkeit, die Erfüllung des Rückzahlungsanspruchs konkret überprüfen zu können, besteht bei der beihilferechtlichen Konkurrentenklage in besonderem Maße, weil der Beihilfegeber aus den Gründen, auf denen die Gewährung der Beihilfe beruht, typischerweise daran interessiert sein wird, den Beihilfempfangern möglichst wenig zu belasten.“<sup>32</sup> Der Klageantrag ist also hinreichend bestimmt i. S. des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn aus der Formulierung des Klagebegehrens weder für den Beklagten noch für ein etwaiges nachfolgendes Vollstreckungsverfahren Unsicherheiten über Umfang und Inhalt der Ansprüche folgen.<sup>33</sup> Denn dann wird die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit der Maßnahmen des Beklagten weder in das Vollstreckungsverfahren verlagert noch bestehen für den Beklagten Unklarheiten über die Reichweite der ihm auferlegten Pflichten.<sup>34</sup>

### b) Auskunftsanspruch

Aufgrund des Bestimmtheitsanfordernisses des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ermöglicht dem klagenden Wettbewerber erst die Erteilung der begehrten Auskünfte die Geltendmachung seiner dem Grunde nach bereits bestehenden Ansprüche gegen den Beihilfegeber. Sowohl §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG als auch §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB jeweils i. V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV und § 242 BGB begründen einen solchen Auskunftsanspruch des klagenden Wettbewerbers.<sup>35</sup> Zur Begründung dieses Auskunftsanspruchs kann man eine Parallele zur Anerkennung eines gewohnheitsrechtlichen Auskunftsanspruchs durch den BGH ziehen: „In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch dann bestehen kann, wenn der Kl. in entschuldbarer Weise nicht nur über den Umfang, sondern auch über das Bestehen seines Rechts im Ungewissen ist, er sich die zur Vorbereitung und Durchführung seines Zahlungsanspruchs notwendigen Auskünfte nicht auf zumutbare Weise selbst beschaffen kann und der Verpflichtete sie unschwer, d. h. ohne unbillig belastet zu sein, zu geben vermag (...). Voraussetzung ist allerdings, daß zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten eine besondere rechtliche Beziehung besteht, wobei ein gesetzliches Schuldverhältnis, z. B. aus unerlaubter Handlung, genügt.“<sup>36</sup>

Mit den Schadensersatz-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen des klagenden Wettbewerbers gegen den Quersubventionsgeber aus §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG sowie aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB jeweils i. V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV liegt diese vom BGH geforderte besondere Rechtsbeziehung vor. Auch kann sich der klagende Wettbewerber die von ihm mit dem Klageantrag begehrten Auskünfte regelmäßig nicht selbst beschaffen und dem Gericht vorlegen, da er keinen Zugriff auf innerbetriebliche Vorgänge und Kalkulationen des Beklagten hat. Daher hat er einen Auskunftsanspruch aus §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG sowie aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB jeweils i. V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV und § 242 BGB.

### c) Beweislastumkehr

Der klagende Wettbewerber ist mangels Einblicks in die innerbetrieblichen Vorgänge des Quersubventionsgebers und -empfängers regelmäßig nicht in der Lage, nähere Angaben zur Rechnungsstellung und Buchführung derselben zu machen, um damit das Vorliegen einer unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährten Beihilfe zu beweisen. Es reicht jedoch aus, wenn er dem Gericht konkrete Anhaltspunkte hierfür vorlegt. Denn in Bezug auf Nachweise innerbetrieblicher Vorgänge trifft nach der – auf § 242 BGB beruhenden – Rechtsprechung des BGH ausnahmsweise den Be-

26 Vgl. BGH I ZR 136/09 (Fn. 14); BGH I ZR 213/08 (Fn. 16).

27 Vgl. BGH I ZR 136/09 (Fn. 14), Rdnr. 5; BGH I ZR 213/08 (Fn. 16), Rdnr. 4.

28 Vgl. BGH I ZR 136/09 (Fn. 14), Rdnr. 60; BGH I ZR 213/08 (Fn. 16), Rdnr. 9.

29 Vgl. BGH I ZR 213/08 (Fn. 16), Rdnr. 18.

30 Vgl. BGH, 9. 4. 1992 – I ZR 171/90, GRUR 1992, 561, 562.

31 BGH I ZR 213/08 (Fn. 16), Rdnr. 13.

32 BGH I ZR 213/08 (Fn. 16), Rdnr. 13.

33 Vgl. BGH I ZR 171/90 (Fn. 30).

34 Vgl. BGH I ZR 171/90 (Fn. 30).

35 BGH I ZR 213/08 (Fn. 16), insb. Rdnr. 9; BGH I ZR 136/09 (Fn. 14), insb. Rdnr. 60.

36 BGH, 5. 6. 1985 – I ZR 53/83, NJW 1986, 1244, 1245; BGH, 26. 2. 1986 – IVa ZR 87/84, NJW 1986, 1755; BGH, 19. 3. 1987 – I ZR 98/85, NJW-RR 1987, 1521.

klagen die Beweislast: Zwar obliege es „bei einer Klage aus § 3 UWG (...) grundsätzlich dem Kl. (...), die (...) Anspruchsvoraussetzung (...) substantiiert darzulegen und zu beweisen. (...) dieser Grundsatz [bedarf jedoch] nach feststehender Rechtsprechung insbesondere für solche Fälle einer Einschränkung (...), in denen der Kl. außerhalb des Geschehensablaufs steht und den Sachverhalt nicht von sich aus ermitteln kann, während dem Bekl. die erforderliche tatsächliche Aufklärung ohne weiteres möglich und auch zuzumuten ist. In Fällen dieser Art würde es dem Gedanken von Treu und Glauben, der auch das Prozeßrecht beherrscht (...), widersprechen, wollte man den Kl. an der für ihn grundsätzlich bestehenden vollen Darlegungs- und Beweispflicht festhalten; es ist vielmehr (...) hinsichtlich derjenigen tatsächlichen Umstände, deren Aufklärung nach Lage der Sache vom Kl. billigerweise nicht erwartet werden kann, eine Darlegungs- und Beweispflicht des Bekl. anzunehmen.“<sup>37</sup>

Zwar ist es denkbar, dass der Beklagte an den für seine dementsprechende Beweisführung erforderlichen Informationen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat, so dass ihre Vorlage unzumutbar erscheint. In diesem Fall ist ihm im Rahmen der Beweisaufnahme jedoch aufzugeben, diese Informationen einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen vorzulegen (§ 144 Abs. 1 Satz 2 ZPO).<sup>38</sup> Der Sachverständige kann sich dann auf die Beantwortung der Frage beschränken, ob und in welchem Umfang eine Quersubventionierung zwischen dem potentiellen Quersubventionsempfänger und -geber stattfindet.<sup>39</sup>

Nur diese – bereits nach nationalem Recht gebotene – Verlagerung der Beweislast auf den Beklagten steht im Einklang mit dem Unionsrecht. Denn das Unionsrecht verlangt nach Ziffer 2.4.4. Rdnr. 76 der Kommissionsbekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte,<sup>40</sup> dass der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz auch bei der Frage der Beweislastverteilung berücksichtigt wird: „Der Effektivitätsgrundsatz kann sich auch auf die Beweiserlangung auswirken. Macht es beispielsweise die Beweislast für einen bestimmten Anspruch dem Kläger unmöglich oder übermäßig schwierig, die erforderlichen Beweise für seine Klage beizubringen (zum Beispiel weil sich die betreffenden Unterlagen nicht in seinem Besitz befinden), so muss das einzelstaatliche Gericht alle nach einzelstaatlichem Verfahrensrecht zur Verfügung stehenden Mittel nutzen, um dem Kläger Zugang zu diesen Be-

weisen zu verschaffen. Dies kann je nach einzelstaatlichem Recht auch die Verpflichtung des einzelstaatlichen Gerichts umfassen, dem Beklagten oder einem Dritten aufzuerlegen, dem Kläger die erforderlichen Dokumente zugänglich zu machen.“ Stehen also – wie im deutschen Recht – mit Stufenklage (§ 254 ZPO), Auskunftsanspruch und Beweislastumkehr verfahrensrechtliche Instrumente zur Verfügung, um dem Kläger die für ihn nicht oder nur mit unzumutbarem Aufwand erreichbaren notwendigen Beweise zu verschaffen, verlangt der Effektivitätsgrundsatz des Unionsrechts deren Gewährung durch die nationalen Gerichte.

#### IV. Fazit

Wurde eine EU-beihilferechtswidrige Quersubvention unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) gewährt, stehen Wettbewerbern des Quersubventionsempfängers, die durch dessen Quersubventionierung in ihrer wettbewerblichen Stellung beeinträchtigt werden, Schadensersatz-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche aus §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG sowie aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB jeweils i. V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zu.<sup>41</sup> Diese können sie gerichtlich im Wege der Stufenklage (§ 254 ZPO) geltend machen.

Aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes des Unionsrechts sind ihnen dabei „Beweiserleichterungen“ in Form von Auskunftsansprüchen gegen den Beklagten aus §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG sowie aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB jeweils i. V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV und § 242 BGB sowie in Form einer Beweislastumkehr in Bezug auf Informationen, auf die sie mangels Einblicks in unternehmensinterne Vorgänge des Quersubventionsgebers und -empfängers keinen oder keinen zumutbaren Zugriff haben, zu gewähren.

37 BGH, 13. 7. 1962 – I ZR 43/61, GRUR 1963, 270, 271, BB 1962, 1175; BGH, 13. 11. 1970 – I ZR 49/69, GRUR 1971, 164, 167, BB 1971, 144; BGH, 28. 6. 1974 – I ZR 62/72, GRUR 1975, 78, 79, BB 1975, 577 Ls; BGH, 5. 5. 1983 – I ZR 46/81, GRUR 1983, 650, 651; BGH, 27. 11. 2003 – I ZR 94/01, NJW-RR 2004, 616, 617; BGH, 21. 4. 2005 – I ZR 201/02, GRUR 2005, 1059, 1061; *Hasselblatt*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2010, § 58 Rechtsbruch (§ 4 Nr. 11 UWG), Rdnr. 55; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl. 2011, § 12 UWG, Rdnr. 2.92.

38 Vgl. BGH I ZR 201/02 (Fn. 37).

39 Vgl. BGH I ZR 201/02 (Fn. 37).

40 ABLEU 2009 C 85, S. 1.

41 Vgl. BGH I ZR 213/08 (Fn. 16); BGH I ZR 136/09 (Fn. 14).