

---

**Datum:** 27.04.2011  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 5. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 5 U 51/10  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2011:0427.5U51.10.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Bonn, 1 O 510/05

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 26.03.2010 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 1 O 510/05 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte mit Ausnahme der Kosten der Streithelferin, die ihre Kosten selbst trägt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Gründe:**

I.

Die Klägerin begehrt die Feststellung der Nichtigkeit eines zwischen der Beklagten und der Streithelferin im Jahr 2005 abgeschlossenen Kaufvertrages über die Veräußerung eines

1

2

3

Teilstücks des Central Europe Pipeline Systems betreffend die Strecke N. – I. wegen eines behaupteten Verstoßes gegen das EU-Beihilfenrecht.

Die Klägerin, die selbst Interesse am Erwerb der Pipeline hatte und ebenfalls in Vertragsverhandlungen mit den zuständigen Behörden stand, hat behauptet, dass der von der Streithelferin gezahlte Kaufpreis von 700.000 € deutlich unter dem Marktwert des Leitungsabschnitts liege. Sie hat die Ansicht vertreten, dass dies eine gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 2 EGV notifizierungspflichtige Maßnahme darstelle. Mangels Notifizierung verstoße der Vertrag gegen das Durchführungsverbot gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV und damit gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB.

4

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und sie und die Streithelferin sind dem Vorbringen der Klägerin im Einzelnen entgegengetreten. Sie haben die Ansicht vertreten, dass die Klage mangels Rechtsschutzbedürfnisses der Klägerin schon unzulässig sei. In der Sache haben sie u.a. behauptet, dass weitere Interessenten nicht vorhanden gewesen seien. Das Angebot der Streithelferin sei unter den gegebenen Umständen das günstigste gewesen. Gestützt auf ein von der Streithelferin eingeholtes Gutachten der U. GmbH vom 15.09.2008 (Bl. 385 ff. GA) haben sie behauptet, der Marktwert des Leitungsabschnitts habe lediglich 530.000 € betragen. Abgesehen davon sei der Vertrag aufgrund der darin vereinbarten salvatorischen Klausel nicht insgesamt nichtig, sondern mit zulässigem Inhalt, d.h. marktgerechtem Kaufpreis aufrechtzuerhalten.

5

Wegen der Einzelheiten der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil (Bl. 542 - 557 GA) Bezug genommen.

6

Nach Durchführung einer Beweisaufnahme zum Marktwert des Leitungsabschnitts durch Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Dr. L. vom 13.05.2008 (Sonderband "Gutachten zur Ermittlung des Marktwertes") und Anhörung des Sachverständigen im Termin vom 17.12.2008 nebst ergänzender Stellungnahme vom 23.01.2009 (Bl. 416 ff. GA und Anlage zum Schreiben des Sachverständigen vom 23.01.2009, Bl. 422 a GA) sowie Anhörung im Termin vom 20.01.2010 (Bl. 503 ff. GA nebst Anlage zum Sitzungsprotokoll) hat das Landgericht der Klage stattgegeben. Das Landgericht hat die Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO für zulässig erachtet, da die Klägerin ein gegenwärtiges Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrages zwischen der Beklagten und der Streithelferin habe. Die Klage sei auch begründet. Der Vertrag zwischen der Beklagten und der Streitverkündeten sei unter Verstoß gegen die Notifizierungspflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV abgeschlossen worden und damit gemäß §§ 134, 139 BGB insgesamt nichtig. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei – auch unter Berücksichtigung der Einwände der Beklagten und der Streithelferin gegen die gutachterlichen Feststellungen des Sachverständigen Dr. L. - erwiesen, dass das Teilstück der Pipeline zu einem den Marktpreis nicht unerheblich unterschreitenden Preis verkauft worden sei. Damit liege eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten vor, weil die aus dem Verkauf unter dem Marktpreis folgende Beihilfe geeignet sei, sich bei der europaweit tätigen Klägerin und Streithelferin über das Gebiet des gewährenden Mitgliedstaates hinaus auf die Wettbewerbssituation in anderen Mitgliedstaaten auszuwirken. Die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung sei durch die Verstärkung der Marktposition der Streithelferin gegeben. Wegen der Einzelheiten der Gründe wird wiederum auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung (Bl. 549 - 557 GA) verwiesen.

7

Die Beklagte hat gegen das Urteil frist- und formgerecht Berufung eingelegt, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Sie und die Streithelferin haben ihr Rechtsmittel

8

ordnungsgemäß begründet.

Die Beklagte ist zunächst der Ansicht, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft die Zulässigkeit der Feststellungsklage bejaht, da weder ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis, auch nicht als sog. Drittrechtsverhältnis, noch ein Feststellungsinteresse bestehe, zumal eine Entscheidung zwischen den Parteien keine Wirkung im Verhältnis zur Streithelferin habe. Ferner verweist sie auf den Vorrang der Leistungsklage, zumal die Klägerin mit einem – in der Sache nicht vollstreckungsfähigen – Feststellungsurteil nichts erreichen könne. In der Sache sei das Landgericht fälschlicherweise den nicht überzeugenden gutachterlichen Ausführungen des Sachverständigen Dr. L. gefolgt und habe ihre Einwände gegen die Ausführungen des Sachverständigen nicht hinreichend beachtet. Dazu wiederholt sie ihr Vorbringen aus den Schriftsätzen vom 29.08.2008 (Bl. 356 ff. GA), vom 24.04.2009 (Bl. 443 ff. GA) und vom 19.02.2010 (Bl. 535 ff. GA). Darauf wird Bezug genommen. 9

Die Streithelferin ist ebenfalls der Ansicht, dass die Feststellungsklage entgegen der Meinung des Landgerichts bereits unzulässig sei, weil es an einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis zwischen den Parteien fehle. Auch die Voraussetzungen einer Drittfeststellungsklage lägen nicht vor. Die Begründung des Landgerichts, dass Rechte der Klägerin als potentielle Käuferin beeinträchtigt seien und sie nur durch die Feststellung der Nichtigkeit wieder am Verkaufsverfahren beteiligt werden könne, überzeuge nicht, da die Beklagte im Verhältnis zu ihr, der Streithelferin, weiterhin gebunden sei. Das gelte wegen des Abstraktionsprinzips auch bei Nichtigerklärung des Kaufvertrages. Etwaige Grundrechte der Klägerin begründeten kein Feststellungsinteresse, seien im Übrigen auch nicht verletzt. Ein rechtliches Interesse der Klägerin an der begehrten Feststellung sei ebenfalls nicht ersichtlich. Lediglich ein rechtliches Hindernis, wie vom Landgericht angenommen, oder ein nur wirtschaftliches Interesse reichten nicht aus. Unter Wiederholung und Vertiefung insbesondere ihres Vortrages aus dem Schriftsatz vom 17.02.2010 (Bl. 519 ff. GA) meint sie, in der Sache sei das Landgericht unter Verstoß gegen § 286 ZPO bei seinen Feststellungen den Ausführungen des Sachverständigen Dr. L. gefolgt, obwohl diese für die Entscheidung nicht tragfähig seien. Eine Berechnung eines Marktwertes des Leitungsabschnitts als Unikat sei nicht möglich, jedenfalls nicht mit den vom Sachverständigen gewählten Ansätzen. Die Berechnungen des Sachverständigen zu sämtlichen von ihm ermittelten Ertragswerten beruhten auf dem individuellen Nutzen des einzelnen Bieters für die Pipeline, woraus er dann den durchschnittlichen Ertragswert annehme. Dabei habe er den essentiellen Bestandteil der Preisfindung außer Acht gelassen. Denn der Marktwert, d.h. der Preis für ein gezahltes Gut, entspreche nicht dem individuellen Nutzen, den die Kaufsache für den oder die Käufer habe, sondern liege 1 Cent über dem Zweitgebot. Bei einem Unikat entspreche der Marktwert dem höchsten in der konkreten Situation vorhandenen Gebot und nicht einem wie auch immer berechneten Preis der Kaufsache. Danach entspreche der von ihr gezahlte Kaufpreis dem Marktpreis, da sie in der konkreten Situation den höchsten angebotenen Preis bezahlt habe, was sie näher ausführt. Die Annahme eines Höchstgebotes könne und dürfe aber keine Beihilfe sein. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass sämtliche potentiellen Erwerber die Möglichkeit gehabt hätten, an dem Verfahren teilzunehmen, diese Möglichkeit aber nicht bzw. nicht erheblich wie die Klägerin genutzt hätten. Dies habe das Landgericht fehlerhaft völlig außer Acht gelassen und sich stattdessen nur auf die theoretischen Ausführungen des Sachverständigen zurückgezogen. Diese Ausführungen könnten aber vor dem Hintergrund des tatsächlich durchgeführten Preisfindungsverfahrens keinen Bestand haben. Außerdem seien die Ausführungen des Sachverständigen zu dem aus der Sicht des Landgerichts entscheidenden Marktwert von 900.000 € ohne nachvollziehbare und schlüssige Begründung, methodisch nicht nachvollziehbar und daher nicht überzeugend. Ihre Einwände seien auch durch das Ergänzungsgutachten nicht ausgeräumt. Ebenfalls nicht überzeugend 10

seien die Ausführungen der Kammer zur Einbeziehung des Sachzeitwertes. Allein entscheidend sei der Ertragswert, was auch der Sachverständige in seinem Ausgangspunkt nicht anders gesehen habe. Es sei auch nicht richtig, dass sie, die Streithelferin, gegen das vom Sachverständigen angenommene Teilungsverhältnis von 25 % zu 75 % keine Einwände erhoben habe. Sie habe lediglich gegen die Berechnung des Sachzeitwertes an sich – mit Ausnahme der Kosten der Molchung - keine Einwände erhoben, worauf es indes nicht ankomme, da der Sachzeitwert überhaupt keine Rolle spiele. Unzutreffend seien schließlich auch die Ausführungen der Kammer zur Berücksichtigung eines "weiteren Risikozuschlags". Da auch sie den Zustand der Leitungen nicht gekannt habe, sei auch sie wegen des Gewährleistungsausschlusses gehalten gewesen, das Risiko des unbekannten Zustands, das nach dem von ihr eingeholten Gutachten der U. GmbH (Bl. 385 ff. GA) zutreffend 810.900 € betrage, einzupreisen. Ein solches Risiko habe der gerichtliche Sachverständige nicht berücksichtigt. Falsch und gesetzwidrig sei weiter die Ansicht der Kammer, es sei "fernliegend" für die Bestimmung des Ertragswertes aus der Sicht der Netzgesellschaft lediglich diejenigen Transportpreise anzusetzen, die innerhalb ihres Konzerns gezahlt würden. Dies unterstelle, dass ihre Preise nicht marktgerecht seien, was unzutreffend sei. Demgegenüber könne der Sachverständige den Ertragswert nicht auf der Basis der Einnahmen der Netzgesellschaft berechnen, weil damit ihre Kosten gänzlich unberücksichtigt blieben. Basis müsse daher ihr Gewinn sein. Die Marge der Handelsgesellschaft dürfe ebenfalls keine Berücksichtigung finden. Denn ohne die Lieferungen an die Stadt I. durch die Pipeline hätte sie das Gas an andere Kunden verkauft. Im Übrigen sei der durch die Stadt I. erzielte Gewinn eine für die Berechnung des Marktwertes irrelevante Position, weil er nur die Attraktivität der Pipeline für sie, die Streithelferin erhöhe. Andere Marktteilnehmer hätten diesen Effekt nicht. Ferner verkenne die Kammer, dass die Regulierung des Netzzuganges und der Gasnetzentgelte bereits zum Zeitpunkt des Kaufes absehbar gewesen sei, was voraussehbar zu einer Senkung der Erträge geführt habe. Der Sachverständige und mit ihm das Landgericht hätten daher nicht davon ausgehen dürfen, dass die Erträge stabil blieben. Schließlich ergebe sich die Unrichtigkeit der sachverständigen Feststellungen aus den von der Beklagten für andere Leitungsabschnitte erzielten Preise, die den vom Sachverständigen errechneten Preis nicht annähernd erreichten. Sie seien Beleg dafür, dass die theoretischen Berechnungen des Sachverständigen in der Praxis keine Bestätigung fänden. Selbst wenn eine staatliche Beihilfe anzunehmen sei, läge jedenfalls kein Verstoß gegen Art. 87 EGV vor, da die Beihilfe nicht den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen würde. Entscheidend sei nicht, dass die Klägerin und sie europaweit tätige Unternehmen seien, sondern dass es sich bei dem Verkauf um einen lokalen Sachverhalt handele, der keinen Gemeinschaftsbezug habe und sich ausschließlich auf den Wettbewerb innerhalb eines Mitgliedstaates auswirke. Die Leitungsbetreiber stünden nicht in einem innereuropäischen Wettbewerb. Das Landgericht habe letztlich verkannt, dass aufgrund der salvatorischen Klausel der Kaufvertrag selbst dann wirksam sei, wenn es sich um eine notifizierungspflichtige Beihilfe handele. Die Gesamtnichtigkeit des Vertrages sei keineswegs zwingend und nach dem Sinn und Zweck von Art. 87, 88 EGV nicht geboten. Gegenteiliges habe die Klägerin zu beweisen. Unabhängig davon komme auch eine Geltungserhaltung nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung in Betracht.

Die Beklagte beantragt,

11

unter Abänderung des am 26.03.2010 verkündeten Urteils des Landgerichts Bonn – 1 O 510/05 – die Klage abzuweisen.

12

Die Streithelferin schließt sich dem Berufungsantrag der Beklagten an.

13

14

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

15

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und tritt dem Berufungsvorbringen der Beklagten und der Streithelferin im Einzelnen entgegen. Zum Rechtsschutzbedürfnis für ihre Feststellungsklage meint die Klägerin, aus ihrem dokumentierten Interesse am Abschluss des Kaufvertrages sowie aus ihrer Stellung als Wettbewerberin ergebe sich, dass das Drittrechtsverhältnis für die Rechtsbeziehungen zwischen ihr und der Beklagten von Bedeutung sei. Das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Streithelferin sei für sie von entscheidender Bedeutung, weil es einem Vertragsschluss zwischen ihr und der Beklagten im Wege stehe und weil es ihre Rechte als Wettbewerberin aus Art. 87 ff. EGV verletze. Die Beklagte übersehe, dass das Instrument der Feststellungsklage nur von am Auswahlverfahren Beteiligten bzw. rechtswidrigerweise nicht Beteiligten sowie sonstigen Konkurrenten genutzt werden könne. Es spiele keine Rolle, dass ein Feststellungsurteil nur inter partes wirke, da aus dem Urteil als zwingende Folge die Pflicht der Beklagten entstehe, den Wettbewerbsverstoß aus der Welt zu schaffen und damit ihren Wettbewerbsnachteil zu beseitigen. Schließlich ergebe sich die Feststellungsfähigkeit des Rechtsverhältnisses auch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der europäischen Union, nach der der Gerichtshof der europäischen Union die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 87 f. EGV und die drittschützende Wirkung des sich daraus ergebenden beihilferechtlichen Durchführungsverbots mehrfach festgestellt habe. Er habe eindeutig entschieden, dass ein etwaig benachteiligter Wettbewerber eines Beihilfenempfängers sich vor den nationalen Gerichten auf die Verletzung dieser Vorschriften berufen könne (vgl. EuGH, C-354/90 – FNCE – Rn. 12, Anlage K 27; EuGH, C-39/94 – SFEI -, Anlage 19). Gleiches folge aus zwingenden Vorgaben der Kommission, wie sie in der "Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte", ABl. EU Nr. C 85 vom 09.04. 2009, festgehalten seien, was im Einzelnen näher ausgeführt wird. Schließlich habe sie, die Klägerin ein rechtliches und nicht nur ein wirtschaftliches Interesse an der begehrten Feststellung. Wie das Landgericht meine, begründe der zwischen der Beklagten und der Streithelferin bestehende Kaufvertrag ihr rechtliches Interesse, ohne dass es auf den Grund für den Leitungserwerb ankomme. Das Feststellungsinteresse ergebe sich zudem aus der drittschützenden Wirkung, die Art. 87, 88 EGV dergestalt entfaltet, dass sie auf die nationalen prozessualen Vorschriften ausstrahlen. Die Klage sei, wie vom Landgericht zutreffend erkannt, auch begründet. Insbesondere sei der Beweis für ein Unterschreiten des Marktpreises durch die gutachterlichen Ausführungen des Sachverständigen Dr. L. erbracht, wozu sie ebenfalls näher ausführt.

16

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

17

## II.

18

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

19

Die Feststellungsklage ist gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zulässig und auch gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV), der im Zeitraum des Vertragsschlusses anzuwenden war (jetzt Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV), in Verbindung mit § 134 BGB begründet. Die Entscheidung des Landgerichts beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die im Berufungsverfahren zugrunde zu legenden

20

Tatsachen (§§ 529, 531 ZPO) eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO). Das Berufungsvorbringen der Beklagten und der Streithelferin rechtfertigt keine andere, ihnen günstigere Beurteilung.

1. 21

Die Feststellungsklage ist gemäß § 256 Abs. 1 ZPO als beihilferechtliche Konkurrentenklage (vgl. BGH, Urt. v. 10.02.2011, 1 ZR 136/09, Rn. 13) zulässig, weil die Klägerin ein gegenwärtiges Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrages zwischen der Beklagten und der Streithelferin über das Teilstück des Central Europe Pipeline Systems betreffend die Strecke N. – I. hat. 22

a) Dabei kann dahinstehen, ob das für die Zulässigkeit der Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO erforderliche streitige Rechtsverhältnis unmittelbar zwischen der Klägerin und der Beklagten besteht oder hier die Drittrechtsbeziehung (vgl. dazu Stein-Jonas-Roth, ZPO, 22. Auflage 2008, § 256 Rn. 33) zwischen der Beklagten und ihrer Streithelferin ausreichend ist. Entscheidend ist, dass aufgrund der wirtschaftlichen Betätigung der Beklagten durch die Veräußerung des Teilstücks der Pipeline gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) individuell schützende subjektive Rechte der Klägerin bestehen, die hier beeinträchtigt worden sind. Demzufolge basiert das Interesse der Klägerin an der Feststellung der Nichtigkeit des beanstandeten Kaufvertrages bereits auf der durch die eigenen subjektiven Rechte begründeten Rechtsbeziehung zur Beklagten, jedenfalls aber aufgrund ihrer subjektiven Rechte als Ausfluss aus der Rechtsbeziehung zwischen der Beklagten und der Streithelferin. Das Interesse der Klägerin an der Feststellung der Nichtigkeit ist auch nicht nur wirtschaftlicher, sondern rechtlicher Natur. Das Durchführungsverbot gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) begründet unmittelbar Rechte der Einzelnen. Von dieser unmittelbaren Verbotswirkung betroffen ist jede Beihilfemaßnahme, die durchgeführt wird, ohne dass sie der Kommission angezeigt wird (vgl. BGH, Urt. v. 10.02.2011, 1 ZR 213/08, Rn. 23; BGH, Urt. v. 10.02.2011, 1 ZR 136/09, Rn. 17). Das Durchführungsverbot hat nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union gerade die Funktion, die Interessen derjenigen zu schützen, die von der Wettbewerbsverzerrung betroffen sind, die durch die Gewährung der – schon allein wegen der Verletzung des Durchführungsverbots – rechtswidrigen Beihilfe hervorgerufen wurde; es soll verhindern, dass durch unangemeldete Beihilfen Benachteiligungen im Wettbewerb entstehen, die sanktionslos bleiben (vgl. BGH, Urt. v. 10.02.2011, 1 ZR 213/08, Rn. 25; BGH, Urt. v. 10.02.2011, 1 ZR 136/09, Rn. 19, jeweils m.w.N.). Die Vorschrift des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) hat demzufolge den Charakter eines Schutzgesetzes i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB (BGH, Urt. v. 10.02.2011, 1 ZR 213/08, Rn. 23 ff.; BGH, Urt. v. 10.02.2011, 1 ZR 136/09, Rn. 17 ff.). Sind die nationalen Gerichte darüber hinaus verpflichtet, entsprechend ihrem nationalen Recht aus einer Verletzung des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Rückforderung der finanziellen Unterstützungen zu ziehen, die unter Verletzung dieser Bestimmung gewährt wurden (vgl. EuGH, EuZW 2008, 145, Rn. 41 – CELF I m.w.N.; BGH, Urt. v. 10.02.2011, 1 ZR 213/08, Rn. 28 f.; BGH, Urt. v. 10.02.2011, 1 ZR 136/09, Rn. 22 f.), ist das rechtliche Interesse der Klägerin an der begehrten Feststellung nicht zweifelhaft (vgl. auch BGH, Urt. v. 10.02.2011, 1 ZR 213/08, Rn. 32 a.E.; BGH, Urt. v. 10.02.2011, 1 ZR 136/09, Rn. 26 a.E.). Schließlich kommt es auch nicht darauf an, ob die Klägerin selbst Interesse am Erwerb des Teilstücks der Pipeline hat. Denn schon als Wettbewerberin der Streithelferin gehört sie zum Kreis der Betroffenen (vgl. BGH, Urt. v. 10.02.2011, 1 ZR 136/09, Rn. 37). 23

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| b) Das Interesse an der begehrten Feststellung gerade gegenüber der Beklagten ist gegeben. Sie ist Verkäuferin der Pipeline und als Normadressat der unionsrechtlichen Beihilfevorschriften der richtige Gegner der Klage.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 24 |
| c) Anderweitige ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten, die der Zulässigkeit einer Feststellungsklage entgegenstehen könnten, bestehen ebenfalls nicht.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 25 |
| aa) Das Interesse ist entgegen der Meinung der Beklagten und der Streithelferin nicht schon deshalb zu verneinen, weil die Streithelferin durch das erstrebte Urteil nicht im Wege der Rechtskraft gebunden wird und daher eine Rechtsgewissheit über die Drittrechtsbeziehung nicht erreicht werden kann (vgl. Stein-Jonas-Roth, a.a.O. Rn. 35). Es kommt im Übrigen hinzu, dass von der Beklagten als staatliche Institution nach den Grundsätzen des gesetzmäßigen Verwaltungshandelns erwartet werden kann, dass sie sich an eine Entscheidung des Gerichts hält und im Falle der Nichtigkeitserklärung den beihilferechtswidrigen Zustand beseitigt (zur möglichen Vorgehensweise, vgl. etwa BGH, Urte. v. 10.02.2011, 1 ZR 136/09, Rn. 46).                                                                                                                                                                                              | 26 |
| bb) Aus demselben Grund besteht hier ferner kein Vorrang einer Leistungsklage auf Rückforderung der gewährten Beihilfe. Darüber hinaus scheidet ein Vorrang der Leistungsklage aus, weil – wie oben dargelegt - die nationalen Gerichte entsprechend ihrem nationalen Recht verpflichtet sind, aus einer Verletzung des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV) sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Rückforderung der finanziellen Unterstützungen zu ziehen, die unter Verletzung dieser Bestimmung gewährt wurden (s.o.). Daraus folgt, dass – entsprechend nationalem Recht - Rechtsschutz auch zu gewähren ist, wenn es lediglich um die Feststellung der Gültigkeit bzw. Ungültigkeit der beanstandeten Rechtsakte geht. Nach nationalem deutschem Recht steht dafür die Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO zur Verfügung. | 27 |
| cc) Die Möglichkeit zur Anrufung der Kommission nach Art. 20 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22.03.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EG-Vertrages stellt ebenfalls keine vorrangige oder bessere Rechtsschutzmöglichkeit dar, weil der Schutz durch die Kommission hinter dem der nationalen Gerichte zurückbleiben kann und einen den Anforderungen des Gerichtshofs der Europäischen Union entsprechenden effektiven Rechtsschutz wie durch die nationalen Gerichte nicht bietet (vgl. BGH, Urte. v. 10.02.2011, 1 ZR 213/08, Rn. 33; BGH, Urte. v. 10.02.2011, 1 ZR 136/09, Rn. 27).                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 28 |
| 2.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 29 |
| Die Feststellungsklage ist auch begründet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 30 |
| a) Mit Recht und in nicht zu beanstandender Weise ist das Landgericht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auf der Grundlage der gutachterlichen Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen Dr. L. davon ausgegangen, dass der Verkauf der Pipeline an die Streithelferin zum Preis von 700.000 € eine staatliche Beihilfe darstellt, weil dieser Preis für die Streithelferin unter normalen Marktbedingungen nicht zu erzielen gewesen wäre. Der Preis entsprach nicht dem Marktpreis, sondern lag in beihilferechtlich relevanter Weise (keine de minimis Beihilfe) darunter.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 31 |
| Das gegen diese Feststellungen gerichtete Berufungsvorbringen der Beklagten und der Streithelferin, das im Wesentlichen ihren bereits erstinstanzlich erhobenen Einwänden gegen                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 32 |

die gutachterlichen Feststellungen des Sachverständigen Dr. L. entspricht, greift nicht durch.

33  
Dabei verkennt der Senat nicht, dass die Ermittlung eines realistischen Marktwertes für eine individuelle Sache wie dem streitgegenständlichen Leitungsabschnitt schwierig bis nahezu unmöglich ist. Das führt jedoch nicht dazu, dass eine Marktwertermittlung unterbleiben müsste und sich die Preisfindung allein nach einem einzelnen Angebot richtet. Das geschieht auch nicht etwa bei Kunstobjekten, die vor Veräußerung oder Versteigerung taxiert werden. Erst die weitere Preisfindung richtet sich nach Angebot und Nachfrage. Auch der Staat darf kein Vermögen verschleudern, selbst wenn es ihm lästig ist. Dementsprechend hat die EU-Kommission in ihren Mitteilungen betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand (Amtsblatt Nr. C 209 vom 10.07.2000 S. 0003 – 0005, Anlage K 33) als Leitfaden an die Mitgliedsstaaten u.a. formuliert, dass für den Fall, dass der Verkauf – wie hier - nicht durch ein bedingungsfreies Bietverfahren durchgeführt wird, vor den Verkaufsverhandlungen eine unabhängige Bewertung durch unabhängige Sachverständige für Wertermittlung erfolgen solle, um auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktwert zu ermitteln (Ziffer II. 2. a). Der so festgestellte Marktpreis sei - mit einer möglichen Abweichung von 5 % für den Fall der Unverkäuflichkeit zu dem festgelegten Marktpreis (lit. b) - der Mindestkaufpreis, der vereinbart werden könne, ohne dass eine staatliche Beihilfe gewährt würde. Dass auch für die streitgegenständliche Pipeline letztlich ein Marktpreis ermittelt werden kann, zeigen ohnehin die gutachterlichen Feststellungen sowohl des gerichtlichen Sachverständigen Dr. L. als auch die des von der Streithelferin beauftragten Sachverständigenbüros.

34  
Wie vom Landgericht ausgeführt hat der Sachverständige Dr. L. sich in seinem Ergänzungsgutachten vom 23.01.2009 und bei seiner Anhörung im Termin vom 20.01.2010 auf der Grundlage des Power Point-Vortrages (s. Anlage) im Einzelnen mit den Einwänden der Beklagten und der Streithelferin gegen seine Begutachtung auseinandergesetzt und diese aus der Sicht des Landgerichts überzeugend entkräftet. Darüber hinaus hat er aber auch eine Berechnung des Marktwertes unter Berücksichtigung der maßgeblichen Einwände der Beklagtenseite vorgenommen. In seiner ergänzenden Stellungnahme vom 23.01.2009 hat er eine Marktwertbetrachtung (allein) auf der Basis von Netznutzungsentgelten vorgenommen, wobei er allerdings in seiner Anhörung am 20.01.2001 nachvollziehbar (vgl. Seite 12 der Anlage) darauf hingewiesen hat, dass - anders als das von der Streithelferin beauftragte Sachverständigenbüro U. GmbH in deren Gutachten vom 15.09.2008 (Bl. 385 ff. GA) annimmt – nicht der abgeführte Gewinnertrag einer Tochtergesellschaft, hier der Netzbetreiberin X. GmbH, Maßstab für die Marktwertermittlung der Leitung sein kann. Ungeachtet dessen ist er entsprechend den weiteren Einwänden der Beklagtenseite bei einem realisierten Anschlusspotential von 10,8 % und einer Benutzungsstruktur mit einem Richtwert von 3500 h/a bei einer Marge von 0,122 ct/kWh zu einem Marktwert von noch 870.000 € gelangt (Seite 15 der ergänzenden Stellungnahme vom 23.01.2009). Bei dem von der Streithelferin angegebenen Wert von 3375 Volllaststunden für I. errechnet sich nach seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar aufgrund seiner sonstigen Zahlen immerhin noch ein Marktwert von 900.000 €. Demgegenüber ist das von der Streithelferin beauftragte Sachverständigenbüro U. GmbH – ebenfalls nur auf der Grundlage von Netzentgelten – zu einem Ertragswert von immerhin 1,34 Mio. € gelangt (Seite 13 f. des Gutachtens, Bl. 397 f. GA). Die noch aufrechterhaltenen Einwände der Beklagtenseite zu den vom Sachverständigen Dr. L. herangezogenen Bemessungsfaktoren (Transportpreise, Marge der Handelsgesellschaft, Entry-/Exitgebühren, Grenzkosten etc.) gehen damit allesamt ins Leere. Der Unterschied zwischen den Bewertungen der Sachverständigen besteht letztlich darin, dass das Sachverständigenbüro U. GmbH von dem von ihm ermittelten Ertragswert

von 1,34 Mio. € einen Risikoabschlag von 810.900 € abgesetzt hat. Das ist, wie der Sachverständige Dr. L. sowohl in seiner ergänzenden Stellungnahme als auch im Termin vom 20.01.2010 erläutert hat, nicht gerechtfertigt. Der Sachverständige hat angegeben, dass das finanzielle Risiko zum einen dadurch berücksichtigt sei, dass der kalkulatorische Restbuchwert der Leitung – unabhängig vom Kaufpreis – abgeschrieben werden müsse und diese Beträge für zusätzliche Sanierungs- und Rückbaumaßnahmen zu Verfügung stünden, des weiteren der positive und negative Ertragswert in der Mittelwertbildung berücksichtigt worden sei und schließlich die Ertragswerte nur über einen Zeitraum von 10 Jahren berechnet worden seien. Wieso dies in Anbetracht des tatsächlich recht geringen technischen Risikos, des objektiv erzielbaren Anschlusspotentials und der – wie die Beklagtenseite selbst darlegt - absehbaren rechtlichen Rahmenbedingungen unzutreffend sein soll, erschließt sich nicht. Immerhin zeigt aber die maßgebliche Berücksichtigung des technischen Risikos durch die U. GmbH in seiner finanziellen Ausprägung (vgl. Tabelle 2 der Anlage 2 zum Gutachten, vgl. 408 GA), dass der Sachwert durchaus eine erhebliche Bedeutung haben dürfte. Darauf kommt es in Anbetracht der Ergebnisse beider Gutachten zum Ertragswert letztlich zwar nicht mehr an, es deutet aber durchaus darauf hin, dass es jedenfalls nicht gerechtfertigt ist, einerseits den Sachwert außer acht zu lassen, andererseits aber den Zustand der Sache vollumfänglich in die Risikobewertung einzubeziehen. Schließlich zeigen auch die von der Beklagten durchgeführten anderen Verkäufe eher, dass der vom Sachverständigen Dr. L. ermittelte Marktwert zutreffend ist. Bezeichnend ist nämlich insoweit, dass die Beklagte für den Verkauf eines weiteren Leitungsabschnitts einen Kaufpreis von 5.585,00 € pro Kilometer erzielt hatte, was – wie die Beklagte selbst einräumt – möglicherweise daran gelegen hatte, dass noch ein weiterer Interessent eine Kaufabsicht geäußert hatte. Das entspräche einem auf dem Markt unter Wettbewerbsverhältnissen erzielbaren Kaufpreis von 880.015 € (5585,00 € x 159 km) für den hier streitgegenständlichen Leitungsabschnitt, der damit nur unwesentlich unter dem vom Sachverständigen Dr. L. letztlich ermittelten Marktwert liegt.

b) Die weiteren Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV (Art. 107 Abs. 1 AEUV) liegen ebenfalls vor (vgl. dazu BGH, Urte. v. 10.02.2011, 1 ZR 213/08, Rn. 56 ff.; BGH, Urte. v. 10.02.2011, 1 ZR 136/09, Rn. 64 ff.) Da die Beklagte selbst Vertragspartnerin des beanstandeten Vertrages ist, ist die Beihilfemaßnahme ohne weiteres dem Staat zurechenbar. Die Maßnahme begünstigt die Streithelferin und die Begünstigung wurde im vorliegenden Fall nur ihr gewährt. Schließlich ist die Maßnahme aus den zutreffenden und nicht ergänzungsbedürftigen Gründen der angefochtenen Entscheidung, auf die Bezug genommen wird, geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die Tatsache, dass es sich bei dem Verkauf um einen lokalen Sachverhalt handelt, schließt entgegen der Ansicht der Streithelferin den Gemeinschaftsbezug nicht aus und berührt infolge des europaweiten Betätigungsbereichs sowohl der Klägerin als auch der Streithelferin durchaus den Handel und Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten.

c) Zutreffend hat das Landgericht schließlich eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages angenommen. Eine Teilnichtigkeit kommt weder aufgrund der im Vertrag enthaltenen salvatorischen Klausel noch nach den Grundsätzen einer ergänzenden Vertragsauslegung in Betracht. Abgesehen von den vom Landgericht angeführten Gründen würde die Annahme einer bloßen Teilnichtigkeit des Vertrages mit ergänzender ex tunc wirkender Heilung, wie es bei Anwendung der salvatorischen Klausel oder einer ergänzenden Vertragsauslegung der Fall wäre, den Vorgaben des europäischen Rechts nicht gerecht. Eine Heilung ex tunc widerspricht der Regelung des Art. 88 Abs. 3 EGV (Art. 108 Abs. 3 AEUV). Zudem könnten sich, anders als es das europäische Recht vorgibt, auf derartige ergänzende vertragliche Regelungen nur die Vertragsparteien berufen, nicht aber ein Wettbewerber des Begünstigten,

dem bei einer Nichtigkeit des Vertrages das Recht zusteht, die Rückforderung der beihilferechtswidrigen Leistung zu verlangen (vgl. BGH EuZW 2004, 252 ff.).

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO. 37

Streitwert für das Berufungsverfahren: 140.000 € 38

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordert (§§ 542 Abs. 1, 543 Abs. 1, Abs. 2 ZPO). 39  
Unklare Rechtsfragen haben sich nach den auch die hiesigen rechtlichen Streitpunkte klarstellenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 10.02.2011, 1 ZR 136/09 und 1 ZR 213/08, nicht mehr gestellt. Von relevanter Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte oder höchstrichterlicher Rechtsprechung ist der Senat ebenfalls nicht abgewichen. Im Übrigen waren tatsächliche Fragen zu entscheiden.