



KAPELLMANN
UND PARTNER
RECHTSANWÄLTE

AIRPORT_NEWS 02 | 2009

Kompetenzteam Flughäfen der Rechtsanwälte Kapellmann und Partner

Inhalt

- 1 Beihilfen für Flughäfen im Focus der EU-Kommission** Seite 2
- 2 Kartellrechtswidriger Marktmissbrauch:
Überhöhte Entgelte für Flughafeninfrastruktur** Seite 2
- 3 Erleichterungen bei Planfeststellungsverfahren** Seite 3
- 4 Vertragsverletzungsverfahren wegen Anwendung
der Bodenverkehrsrichtlinie** Seite 4
- 5 Flughafenbau** Seite 5
- 6 Reichweite der Meinungsfreiheit
Verfehlungen des Flughafenmanagements** Seite 6
- 7 Das Kompetenzteam Flughäfen** Seite 6

Beihilfen für Flughäfen im Focus der EU-Kommission

Im Jahre 2009 hat die EU-Kommission in verschiedenen Fällen öffentlichen Förderungen für den Ausbau von Flughäfen ungeachtet ihrer Beihilfequalität zugestimmt, etwa

- **Dresden:** ca. 60 Mio. € Kapitalzuführung (nach Art. 87 Abs. 3 c EG-Vertrag)
- **Kassel:** Ausbau zum Regionalflughafen mit Beihilfen von 114 Mio. €, gemäß Art. 87 Abs. 3 c EG-Vertrag
- **Münster-Osnabrück:** 60 Mio. € für Verlängerung Start- und Landebahn, nach Art. 87 Abs. 3 c EG-Vertrag
- **München:** Zur Finanzierung des Terminals 2 hat die EU-Kommission den Private-Investor-Test angewandt und die grundsätzliche Unbedenklichkeit bestätigt. Das Prüfverfahren bezieht sich aber noch auf vermutete Zuwendungen durch öffentliche Bürgschaften und angeblich subventionierte Nutzungsentgelte für Grundstücke.
- **Berlin/Brandenburg:** Die Kommission genehmigt eine 100%-ige Darlehensbürgschaft der öffentlichen Gesellschaften der Flughafen Berlin-Schönefeld GmbH bis zu 2,4 Mrd. € und ein Infrastrukturzuschuss in Höhe von 74 Mio. € (Einzelheiten: forum vergabe e.V., Juli/August 2009, S. 138)

Die EU-Kommission prüft die Zulässigkeit entsprechender Beihilfen anhand der Leitlinien von 2005 (ABl. C 312 vom 09.12.2005, Seite 1 f.). Im Rahmen des Private-Investor-Tests werden die Angaben der Flughäfen zu wirtschaftlichen Rahmendaten im Detail überprüft. Kleinere Flughäfen sieht die EU-Kommission mit einem größeren Risiko behaftet, so dass nicht mit Kapitalzinsfüßen von 7 %, sondern allenfalls mit entsprechenden Zinsfüßen von 4 % gerechnet werden könne. Auch die Wachstumsangaben werden einer detaillierten Analyse unterzogen, wobei für Regionalflughäfen eher 4 bis 5 % angesetzt werden können und keine darüber hinausgehende Wachstumsprognose.

In dem *Ryan-Air-Urteil* des EuGH (ABl. EU Nr. L 137 vom 30.04.2004, dazu auch EuZW 2009, 287) hat der EuG Versuchen der Europäischen Kommission, den Private-Investor-Test bei vornehmlich hoheitlich eingehenden Zuwendungen nur eingegrenzt anzuwenden, einen Riegel vorgeschoben. Der Private-Investor-Test im EG-Beihilfenrecht wird in der Zukunft noch größere Bedeutung erlangen. *Kapellmann und Partner* haben einen der genannten Flughäfen bei der Herbeiführung einer positiven Entscheidung der Europäischen Kommission zur Behandlung der öffentlichen Zuwendungen als zulässige Beihilfe erfolgreich unterstützt.

Kartellrechtswidriger Marktmissbrauch durch überhöhte Entgelte für Flughafeninfrastruktur

Bekanntgeworden sind zwei Kartellrechtsverfahren gegen römische Flughäfen, bei denen Millionengeldbußen wegen überhöhter Entgelte betreffend

- Mieten für Büroflächen
- Zugangsentgelte zur Infrastruktur
- Überhöhte Betankungsentgelte

festgestellt worden. Die Ermittlungen waren eingeleitet worden, nachdem sich Fluggesellschaften und Verbände über das Verhalten der Flughafengesellschaft beschwert hatten. Entsprechende Vorgehensmodelle sind auch bei deutschen Flughäfen möglich, weil hier Art. 82 EG-Vertrag entsprechend gilt, wobei neben den Unternehmen auch die handelnden Führungskräfte mit Geldbußen belegt werden können.

Erleichterungen bei Planfeststellungsverfahren für die Flughafeninfrastruktur

Ausbaumaßnahmen an den Flughäfen Frankfurt, Leipzig, Schönefeld und Kassel-Calden haben zu einer weiteren Absicherung der Planfeststellungsverfahren geführt:

- Das *BVerfG* hat dem Gesetzgeber und der Verwaltung grundsätzlich einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich in Bezug auf den Ausgleich konkurrierender öffentlicher und privater Interessen bei Flughafeninfrastrukturmaßnahmen zugewiesen. Damit verbundene Einschränkungen sind grundsätzlich nicht verfassungsrelevant. Das *BVerfG* hat auch ausdrücklich die vom *BVerwG* gebilligte Methode der so genannten Fluglärmsynopse zur Ermittlung von Lärmgrenzwerten als verfassungsrechtlich unbedenklich qualifiziert (*BVerfG* NVwZ 2008, 780 f.).
 - In seiner Entscheidung zum *Nachtflugverbot* bei dem *Flughafen Leipzig-Halle* hat das *BVerwG* seine Rechtsprechung zur gestuften Behandlung bestimmter Zeiträume fortgesetzt und für Nachtflugbetrieb in der Nachtkernzeit einen standortspezifischen Nachtflugbedarf gefordert. Für die Nutzung von Nachtrandzeiten soll dagegen ein standortspezifischer Bedarf nicht erforderlich sein. Hier ist jedoch Voraussetzung, dass der Flugverkehr nur freigegeben werden darf, wenn plausibel nachgewiesen wird, dass ein bestimmter Verkehrsbedarf oder ein bestimmtes Verkehrssegment nicht innerhalb der Tagesstunden abgewickelt werden kann. Die Anbindung an internationale Passagierdrehkreuze kann insbesondere die Zulassung des Passagierverkehrs
- in Nachtrandzeiten rechtfertigen. Ein standortspezifischer Bedarf für den Umschlag von Expressfrachtverkehr an einem Frachtdrehkreuz kann auch die Beförderung konventioneller Fracht miteinbeziehen, soweit diese vernünftigerweise nur gemeinsam transportiert werden kann (*BVerwG* NVwZ 2009, 119).
- Bei der Entscheidung des *VGH Kassel* zum Ausbau des Frankfurter Flughafens wurde der Kernbereich planerischen Gestaltungsfreiheit herausgestellt. Politisch planbare Entscheidungen eines Landes dürften nicht durch die Gerichte ersetzt werden. Im vorliegenden Fall seien jedoch 17 Flüge in der Kernnachtzeit anlässlich des konkreten Landesentwicklungsplans nicht zulässig. Auch 150 zugelassene Flugbewegungen in Nachtrandstunden seien ggf. zu hoch, da diese Flüge lediglich auf den Jahresdurchschnitt angegeben worden seien und daher eine Komprimierung auf einzelne Zeiträume denkbar sei. Die Fehler könnten aber im Wege der Planergänzung ausgeräumt werden.
 - *BVerwG* (NVwZ 2009, 910) sowie *VGH Kassel* (NVwZ 2009, 343) haben sich mit der Frage der FFH-Richtlinie auseinandergesetzt und Veränderungen betreffend des bisherigen Umfeldes geschützter Populationen gebilligt, wenn und soweit tragfähige Ausgleichsmaßnahmen vorgesehen werden. In diesem Segment tritt zunehmend „Vernunft“ ein und die sorgfältige Abwägung der Interessen führt zu rechtlich tragfähigen Ergebnissen.

Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen der Anwendung der Bodenverkehrsrichtlinie

Die EU-Kommission hält die derzeit durchgeführten Vergaben bei *Bodenabfertigungsdiensten* in der Bundesrepublik Deutschland für *europarechtswidrig* (EU-Kommission Aufforderungsschreiben Vertragsverletzung Nr. 2006/4460 vom 19.03.2009). Die EU-Kommission beanstandet insbesondere:

- Dass einzelne Flughäfen mit mehr als 2 Mio. Fluggästen von der Anlage 5 nicht umfasst seien (Dortmund und Hahn).
- Die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens mittels eines zweiphasigen Vorgehensmodells sei unzulässig. Die so genannten Vorauswahl der Bieter durch das Leitungsorgan des betroffenen Flughafens wird kritisiert. Das Auswahlverfahren bei der zuständigen Behörde sei in der Praxis nur noch der Form halber gegeben.
- Unzulässig sei es, Dienstleister zwar innerhalb der Höchstdauer von 7 Jahren nach § 7 Abs. 4 BADV

auszuwählen, jedoch eine freibleibende Verlängerung von 2 Jahren vorzusehen, weil alsdann das Leitungsorgan des Flughafens den Vertragspartner frei aussuchen könne.

- Die Auswahlkriterien für die Bodenverkehrsdienstleister müssen in den Pflichtenheften oder den technischen Spezifikationen enthalten sein. Erforderlich sei die Anhörung der Nutzerausschüsse (die bisher oftmals nicht angehört worden sind).
- Der Rechtsschutz der Bodenverkehrsdienstleister dürfe nicht auf die zweite Stufe des bisher zweiphasigen Auswahlverfahrens beschränkt werden.

Es darf prognostiziert werden, dass die neuen Anforderungen der EU-Kommission zu einer Neugestaltung der Auswahlvergabeverfahren führen müsste.

Flughafenbau

1. Kein Zwang zur losweisen Vergabe

Das *OLG Brandenburg* (NZBau 2009, 337) hat das Beschaffungssystem am Flughafen Berlin-Brandenburg International vergaberechtlich bestätigt, welches zu einem großen Anteil auch GU-, das heißt Paketvergaben, vorgesehen hat. Das OLG Brandenburg konnte dabei darauf verweisen, dass die Vorschriften über die Sektorenvergaben eine losweise Vergabe nicht zwingend vorschreiben und dass zuvor zu prüfen ist, ob nicht sachliche Gründe eine Abstandnahme von der Losvergabe fordern. In diesem Zusammenhang hat es auch die Politik der Paketbildung, der Zulassung von Bietergemeinschaften, der Vorsehung einer Auftragsberatungsstelle und der Anforderung an Bieter berücksichtigt, bei Nachunternehmervergaben zunächst bei der Auftragsberatungsstelle nachzufragen. Mit einem derartigen Beschaffungssystem – dazu hatte Kapellmann und Partner beraten – lassen sich Flughafenbaumaßnahmen flexibler abwickeln.

2. AKS-Falle

Der so genannte „Betonkrebs“ macht den Flughafenbetriebsflächen zu schaffen. So genannte „Alkalikieselsäurereaktionen“ können in Verbindung mit den auf Flughafenvorflächen sowie Start- und Landebahnen verwendeten Enteisungsmitteln zu einer Auflösung neu errichteter Bodenversiegelungen mit Beton führen. Derartige Mängel lassen sich nur durch Voruntersuchungen der verwendeten Zuschlagsstoffe vermeiden. In Performance-Tests werden Praxisbedingungen für die zu verwendenden Kiese simuliert und erst nach erfolgreicher Durchführung entsprechender Tests der in Frage kommenden Kiessorten zur Verwendung freigegeben. Anderenfalls können Millionenschäden wegen kurzfristig durchzuführender Sanierungsmaßnahmen notwendig werden. Bei der Vertragsgestaltung ist hier Vorsorge zu treffen!

3. Energieliefercontracting in Gefahr

Energieliefercontracting auf Flughäfen ist wirtschaftlich riskanter geworden: Die Landeskartellbehörden können nach § 110 Abs. 4 EnWG so genannte Objektnetze genehmigen. Der Vorteil eines Objektnetzes ist es, dass die Netzbetreiber Konkurrenten abweichend von dem ansonsten geltenden freien Netzzugang nach den §§ 20 bis 28 a EnWG den Marktzutritt verwehren und zugleich Abnehmer verpflichten können, elektrische Energie von definierten Lieferanten zu beziehen. Damit wird zumeist auch erst die wirtschaftliche Grundlage für ein flughafenweites oder airportcityweites Energiecontracting geschaffen. Der EuGH hat mit Urteil vom 22.05.2008 (CuR 2008, 68 f.) der Privilegierung der Ortsnetze in der bisherigen Form die Grundlage entzogen und diese als europarechtswidrig bewertet. Ausnahmen vom Grundsatz des freien Netzzugangs sind nach dem EuGH nur vorstellbar, wenn und soweit die in den einschlägigen EU-Richtlinien dargestellten Tatbestände gegeben sind. Perspektivisch dürfte daher das Energieliefercontracting auf Flughäfen an Attraktivität verlieren. Vielfach wird die Anpassung der bestehenden Vertragssysteme notwendig sein, um Beanstandungen zu vermeiden.

4. Arbeitsrecht/Betriebsübergang:

Das Bodenpersonal einer Fluglinie auf einem Großflughafen stellt grundsätzlich keine wirtschaftliche Einheit dar, so dass ein Betriebsübergang ausgeschlossen ist. Vielmehr liegt eine Teilbetriebsstilllegung vor (BAG, Urteil vom 16.05.2007, Az. 8 AZR 693/06).

Reichweite der Meinungsfreiheit betreffend Verfehlungen des Flughafenmanagements

Im Zusammenhang mit dem Fraport-Manila-Skandal wurde Vorstandsmitgliedern der Fraport die „Vernichtung“ von ca. 500 Mio. US-Dollar im Manila-Airport-Projekt vorgeworfen. Nachdem Vertreter der Fraport alsdann auf einer Antikorruptionskonferenz der Zeitschrift Handelsblatt auftreten wollten, wurde Mitgliedern der Geschäftsleitung in recht grober Form die Verletzung aller Grundsätze verantwortungsvollen Geschäftsgebahrens und des Missbrauches öffentlicher

Gelder vorgeworfen. Versuche des Flughafens Frankfurt am Main, die Äußerungen zu unterbinden, hatten keinen Erfolg. Der Bundesgerichtshof als letzte Instanz stellte die Meinungsfreiheit in den Vordergrund und entschied, dass die Vorhaltungen zu dulden seien, auch im Hinblick auf das Interesse der Öffentlichkeit, das bei einer Beteiligung staatlicher und kommunaler Stellen an einer Kontrolle der Geschäftstätigkeit bestehe.

Das Kompetenzteam Kapellmann und Partner tagt 2009 am Flughafen Budapest

Die diesjährige Kompetenztagung beinhaltete den Vortrag des Sprechers der Geschäftsführung von Hochtief Airport, Herrn Dr. Kalenda, der zu aktuellen Entwicklungstendenzen betreffend die Führung von Flughafengesellschaften, die Bereitstellung von Infrastruktur und Benchmarks in den einzelnen Handlungsberei-

chen referierte. Des Weiteren folgten Vorträge eines verantwortlichen Projektmanagers (Herrn Feeney) und des zuständigen Direktors, Herrn Schattney, zu dem Flughafenausbau in Budapest. Eine Besichtigung der aktuellen Baustelle des Flughafens schloss die ganztägige Veranstaltung ab.

KOMPETENZTEAM FLUGHÄFEN



Dr. Klaus Eschenbruch, Düsseldorf
Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Vereidigter Buchprüfer
Vergabe- und Vertragssysteme / Finanzierung
klaus.eschenbruch@kapellmann.de



Dr. Christian Bönker, Berlin
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Vergabe- und Vertragsrecht Contracting
christian.boenker@kapellmann.de



Dr. Martin Lailach, Berlin
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Vertragsrecht und Vergaberecht
Martin.lailach@kapellmann.de



Dr. Claus von Rintelen, Hamburg
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Vertragsrecht, Vergaberecht, BADV, Contracting
claus.rintelen@kapellmann.de



Dr. Hendrik Röwekamp, Düsseldorf
Vergaberecht, BADV
hendrik.roewekamp@kapellmann.de



Dr. Axel Kallmayer, Mönchengladbach
Kartellrecht, Beihilferecht
axel.kallmayer@kapellmann.de



Dr. Stefan Pützenbacher, Frankfurt/Main
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Öffentliches Recht, BADV
stefan.puetzenbacher@kapellmann.de



Dr. Florian Kirchhof, Düsseldorf
Vertragsrecht, Vergaberecht
florian.kirchhof@kapellmann.de



Heinz-Peter Zirbes, Frankfurt/Main
Vertragsrecht, Vergaberecht
heinz-peter.zirbes@kapellmann.de

Impressum Alle Texte sind urheberrechtlich geschützt. Nach vorheriger Genehmigung durch Kapellmann und Partner Rechtsanwälte können sie ganz oder in Teilen unter Nennung der Quelle anderweitig verwendet werden. Sollten Sie die Praxisinfo nicht mehr erhalten wollen, bitten wir um kurzen Hinweis an die Verfasser.

Haftungsausschluss Die vorliegende Praxisinfo dient dazu, einen ersten Überblick der angesprochenen Themen zu geben, kann aber eine rechtliche Prüfung

des Einzelfalls keinesfalls ersetzen. Sie stellt keinen anwaltlichen Rechtsrat dar. Trotz sorgfältiger Erstellung kann für die Vollständigkeit und Richtigkeit keine Haftung übernommen werden.

Bildnachweis © Fotos Titelseite v. l. n. r.: Günter Wicker (Photur)/Berliner Flughäfen | Marion Schmieding, Alexander Obst/Berliner Flughäfen | EVS Digitale Medien GmbH /Berliner Flughäfen