



## Flughäfen aktuell 5/2016

### I Beihilferechtliche Freistellung für Regionalflughäfen geplant

In den letzten Jahren ist die Finanzierung von zahlreichen europäischen Flughäfen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht überprüft worden. Aufgrund der gewonnenen Erfahrung – und auch um der Vielzahl von Fällen Herr zu werden – beabsichtigt die Europäische Kommission, Regionalflughäfen (unter bestimmten Voraussetzungen) von der Anmeldepflicht freizustellen. Die Kommission hat im März 2016 einen entsprechenden Entwurf für eine Ergänzung der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) vorgelegt. Bis zum 30. Mai 2016 besteht die Möglichkeit, zu dem Entwurf Stellung zu nehmen.

Nach dem Entwurf gelten für die Freistellung u.a. folgende Bedingungen:

- Nur Regionalflughäfen mit bis zu 3 Mio. PAX p.a. sind erfasst, da bei ihnen die Wettbewerbsverfälschungen als gering eingeschätzt werden. Von der Freistellung ausgeschlossen sind auch Regionalflughäfen mit Frachtvolumina von mehr als 200.000 t p.a.
- Freigestellt sind nur Investitionsbeihilfen. Die laufenden Kosten (Betriebsbeihilfen) sind also nicht förderfähig.
- Eine nominale Höchstgrenze ist nicht vorgesehen. Differenziert wird nach Beihilfeintensität und Größe der Flughäfen, bei Flughäfen bis 1 Mio. PAX p.a. bis zu 75 % Beihilfeintensität, bei Flughäfen bis zu 3 Mio. PAX p.a. bis zu

50 %. In beiden Fällen kann die Beihilfeintensität um 20 % gesteigert werden, wenn es sich um Flughäfen in abgelegenen Gebieten (z.B. auf Inseln) handelt.

- Das Investment benötigt eine zufriedenstellende mittelfristige Auslastungsperspektive (auf Basis realistischer Verkehrsprognosen). Zudem ist eine Förderung ausgeschlossen, wenn im Einzugsgebiet (100 km bzw. 60 Min. Fahrzeit) ein Flughafen mit Linienflugverbindungen besteht. Sehr kleine Flughäfen (bis 50.000 PAX) werden nicht durch diese Einschränkung erfasst.
- Um eine Überkompensation auszuschließen, darf der Beihilfebetrug nicht höher sein als die Finanzierungslücke („funding gap“).
- Der Flughafen muss allen Nutzern – im Rahmen der Kapazitäten – zu transparenten und diskriminierungsfreien Kriterien offenstehen.

Nach einer weiteren Konsultationsrunde wird die Änderung voraussichtlich im kommenden Jahr in Kraft treten. Bei der Investitionsplanung von Regionalflughäfen können die o.g. Kriterien aber bereits jetzt zur Orientierung herangezogen werden.

*Kapellmann wird in einem **Workshop zum EU-Beihilfe- und Kartellrecht für Flughäfen am 22.09.2016 in Düsseldorf** u.a. die sich aus der AGVO-Novelle ergebenden Möglichkeiten analysieren. Hierzu wird gesondert eingeladen.*

## II Dürfen Zivilgerichte Entgeltordnungen auf Billigkeit überprüfen?

Flughafenentgelte werden von Flughäfen bekanntlich nicht vertraglich ausgehandelt, sondern über eine Entgeltordnung einseitig festgesetzt. Aus diesem Grund unterliegen sie nach gängigem Verständnis und ständiger gerichtlicher Praxis auch der sogenannten Billigkeitskontrolle gem. § 315 BGB. Hat also bspw. eine Airline Zweifel an der Rechtmäßigkeit der von ihr auf Basis der Entgeltordnung entrichteten Entgelte, kann sie diese gerichtlich überprüfen lassen. Entspricht die Leistungsfestsetzung nach Auffassung des Gerichts dabei nicht der Billigkeit, nimmt das Gericht (nur) für den konkret verhandelten Fall eine Preiskorrektur vor und kann den betreffenden Flughafen bspw. zur Rückzahlung zu viel gezahlter Beträge verpflichten.

Für Flughäfen kann die Möglichkeit einer zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle (siehe zuvor) zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führen. Die geltenden Entgeltordnungen entsprechen regelmäßig schon den Vorgaben des deutschen Luftverkehrsrechts und der EU-Richtlinie 2009/12/EG. Zudem sind sie behördlich genehmigt worden. Ferner muss nach der Gesetzesbegründung ein gemäß § 19b Abs. 3 LuftVG festgelegtes Entgelt ohnehin den bei § 315 BGB angewandten Kriterien genügen. Zumindest auf den ersten Blick erscheint damit das Nebeneinander von luftverkehrsrechtlichen Bestimmungen einerseits und der Möglichkeit einer zivilrechtlichen Überprüfung am Maßstab des § 315 BGB andererseits widersprüchlich. Es bleibt unklar, ob Zivilgerichte (zumindest theoretisch) in einem konkreten Rechtsstreit, die Unbilligkeit der Entgeltordnung feststellen und den Flughafen zu Rückzahlungen verpflichten würden, obwohl die Entgeltordnung zuvor behördlich genehmigt worden ist. Zu Stromnutzungsentgelten (die wie Flughafenentgelte einseitig festgesetzt werden) hat der BGH immerhin entschieden, dass die behördliche Genehmigung einer Entgeltordnung ein gewichtiges Indiz für deren Billigkeit nach § 315 BGB sei (EnZR 105/10 – Stromnetzentgelt V).

Auch bezüglich Nutzungsentgelten von Schieneninfrastruktur stellt sich derzeit eine vergleichbare Frage: In mehreren aktuellen Verfahren vor deutschen Zivilgerichten wurde bezweifelt, dass die Kontrolle der Entgelte gemäß § 315 BGB mit dem EU-Recht, konkret mit der Eisenbahnrichtlinie 2001/14/EG, vereinbar ist. Das Landgericht Berlin (20 O 203/14) hat die Frage nun dem Europäischen Gerichtshof (EuGH, C-489/15) in einem Vorabentscheidungsersuchen vorgelegt.

Das Bundesverfassungsgericht hat in drei Beschlüssen vom 08.10.2015 (1 BvR 137/10; 1 BvR 3509; 1 BvR 1320/14) festgestellt, dass Zweifel an der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Anwendung von § 315 BGB neben den eisenbahnrechtlichen Regulierungsvorschriften nicht offenkundig unbegründet seien: *„Die zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle der Infrastrukturentgelte nach § 315 BGB steht in einem Konkurrenzverhältnis zu deren regulierungsrechtlicher Kontrolle, so dass nicht undenkbar erscheint, dass sie aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben des Eisenbahnregulierungsrechts außer Anwendung bleiben muss.“*

Die Entscheidung des EuGH über die eisenbahnrechtlichen Fragen dürfte auch für Flughafenentgelte relevant sein, sofern sie in den Anwendungsbereich der Flughafenentgelt Richtlinie 2009/12/EG fallen. Die „Maßstabsexklusivität“ des Regulierungsrechts ist allerdings nicht zwingend. Sowohl bei Eisenbahn- als auch bei Flughafeninfrastruktur lässt sich argumentieren, dass die Entgeltregulierung einerseits und die zivilgerichtliche Kontrolle der Entgelte andererseits unterschiedliche Kontrollinstrumente mit verschiedenen Regelungszielen zur Verfügung stellen. Nach der Richtlinie 2009/12/EG sind zudem zusätzliche Regulierungsmaßnahmen nicht vollkommen ausgeschlossen.

Die derzeitige Rechtslage bleibt unklar. Die Entscheidung des EuGH könnte zur Klärung der Konkurrenz von Entgeltrecht und Zivilrecht beitragen. Der Termin für die Entscheidung des EuGH steht allerdings noch nicht fest.

### III Missbrauch marktbeherrschender Stellung im Non-Aviation Bereich – Wo liegen die rechtlichen Grenzen?

Die zypriotische Kartellbehörde hat im August 2015 ein Bußgeld gegen den Betreiber des Flughafens Larnaka (Hermes Airports) in Höhe von EUR 750.000 verhängt. Hermes habe seine marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem das Unternehmen willkürliche Vertragsbedingungen hinsichtlich der „On“- und „Off“-Airport-Autovermietung angewandt habe. Konkret hatte Hermes offenbar die Mindestmiete für beide Vermietungsformen angehoben und zudem die Anzahl der möglichen „On“-Airport Autovermietungen erheblich reduziert. Da die Behörde EU-Recht anwendete, das auch für deutsche Flughäfen gilt, ist der Fall auch für sie relevant in der Frage der Anwendbarkeit des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots speziell im Non-Aviation Bereich.

#### Missbrauchsverbot

Grundsätzlich steht es jedem Marktteilnehmer frei zu entscheiden, ob und mit wem er Verträge abschließt. Dieses Prinzip der Vertragsfreiheit gilt allerdings bei marktbeherrschenden Unternehmen nur eingeschränkt, denn sie dürfen ihre Marktmacht nicht missbrauchen. Insbesondere dürfen sie andere Unternehmen nicht unbillig behindern oder gleichartige Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandeln. Dies kann insbesondere bedeuten, dass sie bei begrenzten Kapazitäten eine Nutzauswahl nach angemessenen und fairen Bedingungen vornehmen und die Kapazitäten auch in regelmäßigen Abständen erneut ausschreiben müssen.

Bei einem Verstoß drohen weitreichende Konsequenzen, neben Bußgeldverfahren insbesondere Unterlassungs- und Schadensersatzklagen. Darüber hinaus können Verträge gemäß § 134 BGB nichtig sein.

#### Marktbeherrschung

Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb

ausgesetzt ist oder im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung innehat. Die extremste Form der Marktbeherrschung ist das (natürliche) Monopol.

Entscheidend für die Feststellung der Marktbeherrschung ist die Ermittlung des relevanten Marktes. Nun sind Flughäfen bzw. ihre Betreiber jedoch nicht selten in ganz unterschiedlichen Segmenten („Märkten“) aktiv. Bspw. stellen sie Start- und Landemöglichkeiten für diverse Verkehre zur Verfügung, bieten Abfertigungsleistungen an, sind Vermieter von Gewerbeflächen (etwa für Gastronomie oder Geschäfte) oder Vermieter von Konferenzräumen oder Parkplätzen. Die Frage der Marktbeherrschung kann daher nicht „einheitlich“ für alle Tätigkeiten eines Flughafens ermittelt werden, sondern lediglich getrennt und bezogen auf einzelne Bereiche.

#### Aviation Bereich

Im Aviation Bereich sind Wettbewerbsbehörden bereits mehrfach von einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen, etwa in Bezug auf

- die Festsetzung von Entgeltordnungen (diese dürften insbesondere keine diskriminierenden Regelungen enthalten),
- den Zugang von Dritten zu dem Markt für Bodenabfertigungsdienste (Vorfelddienste).

#### Non-Aviation Bereich

Im Non-Aviation Bereich fehlt es dagegen an einer kohärenten Behördenpraxis. Anders als im Aviation-Bereich ist es den Vertragspartnern hier häufig gerade möglich, die von ihnen angebotenen Leistungen an anderer Stelle – etwa in den Innenstädten – zu erbringen.

- Für Betriebe, die regelmäßig keinen spezifischen Zusammenhang zum Flughafenbetrieb aufweisen, dürfte der Flughafen (in seiner Eigenschaft als Vermieter) wohl nicht als marktbeherrschend anzusehen sein. Dies dürfte etwa auf **Restaurants, Kioske, Parfümerien** oder **Buchhandlungen** zutreffen.
- Bei anderen Betrieben, insbesondere **Duty-Free-Shops**, spielt der Standort jedoch eine zentrale Rolle. Dies dürfte dafür sprechen,

dass jedenfalls diesbezügliche Kapazitäten in einem diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren vergeben werden müssen.

### **Autovermietungen**

Autovermietungen nehmen eine Zwitterstellung ein: Ihre Tätigkeit ist natürlich nicht auf den Flughafenbetrieb begrenzt. Auch Autovermietungen in Innenstadtlage sind durchaus üblich. Flughäfen sind für Autovermietungen aber ein zentrales Geschäftssegment. Zudem haben Passagiere regelmäßig ein Interesse daran, zwischen mehreren Autovermietungen wählen zu können. Für Geschäftsreisende kommen aus Zeitgründen oft nur on-site Anbieter in Frage, während Urlaubsreisende auch off-site Anbieter nutzen. Dies spricht dafür, dass die Vergabe entsprechender Kapazitäten grundsätzlich in einem fairen und wiederkehrenden Ausschreibungsverfahren erfolgen sollte. Gegen diesen Grundsatz hat Hermes Airports aus Sicht der zyprischen Wettbewerbsbehörde verstoßen.

### **Parkplatzvermietung**

Parkplatzvermietung stellt für viele Flughäfen eine wichtige Einnahmequelle dar. Hier sollte der Flughafenbetreiber etwaige Wettbewerber jedoch nicht

derart behindern, dass ihren Kunden der Zugang zum Flughafen nahezu unmöglich gemacht wird.

Im Jahre 2006 wurde der Betreiber des Flughafens Zürich zur Zahlung einer Geldbuße von ca. CHF 100.000 verpflichtet. Dieser hatte nach Auffassung der Schweizer Wettbewerbsbehörde seine Marktmacht missbraucht. Hintergrund der Buße war die Neuorganisation der Park-Dienstleistungen auf dem Flughafengelände. Um die eigenen Parkhäuser besser auszulasten, kündigte der Flughafenbetreiber Verträge mit zwei Unternehmen, die am Flughafen Fahrzeuge von Passagieren in Empfang nahmen und sie außerhalb des Flughafengeländes zu einem günstigeren Preis parkten.

### **Praxistipp**

Vorsorglich sollten Flughafenbetreiber auch im Non-Aviation Bereich (und hier insbesondere bei Duty-Free-Shops und bei der Parkplatzvermietung) prüfen, ob sie bei der Vergabe von Kapazitäten dem Missbrauchsverbot unterliegen. Gegebenenfalls sollten sie ein faires und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren durchführen und die Kapazitäten in regelmäßigen Abständen erneut vergeben. Vor Vertragskündigungen sollte geprüft werden, ob längere Vorlaufzeiten einzuhalten sind.

## Kompetenzteam Flughäfen

### Baurecht, Vergaberecht, Finanzierung



**Prof. Dr. Klaus Eschenbruch**  
 Fachanwalt für Steuerrecht sowie  
 Bau- und Architektenrecht

Büro Düsseldorf  
 Tel.: +49 211 600 500-402  
[klaus.eschenbruch@kapellmann.de](mailto:klaus.eschenbruch@kapellmann.de)

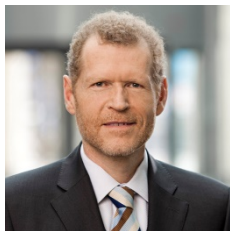
### Baurecht, Vergaberecht, Contracting



**Dr. Christian Böner**  
 Fachanwalt für Bau- und  
 Architektenrecht

Büro Berlin  
 Tel.: +49 30 399 769-41  
[christian.boenker@kapellmann.de](mailto:christian.boenker@kapellmann.de)

### Baurecht, Contracting, BADV, Entgeltrecht



**Dr. Claus von Rintelen**  
 Fachanwalt für Bau- und  
 Architektenrecht

Büro Hamburg  
 Tel.: +49 40 300 91 60-42  
[claus.rintelen@kapellmann.de](mailto:claus.rintelen@kapellmann.de)

### Vergaberecht, BADV



**Dr. Hendrik Röwekamp**

Büro Düsseldorf  
 Tel.: +49 211 600 500-415  
[hendrik.roewekamp@kapellmann.de](mailto:hendrik.roewekamp@kapellmann.de)

### Kartellrecht, Beihilferecht, Compliance



**Dr. Axel Kallmayer**

Büro Mönchengladbach / Brüssel  
 Tel.: +49 2161 811-614  
 Tel.: +32 2 234 11 60  
[axel.kallmayer@kapellmann.de](mailto:axel.kallmayer@kapellmann.de)

### Öffentliches Recht, BADV, Entgeltrecht



**Dr. Stefan Pützenbacher**  
 Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Büro Frankfurt  
 Tel.: +49 69 719 133-48  
[stefan.puetzenbacher@kapellmann.de](mailto:stefan.puetzenbacher@kapellmann.de)

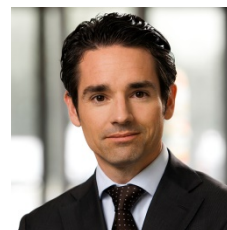
### Beihilferecht, EU-Recht



**Prof. Dr. Robin van der Hout,  
 LL.M.**

Büro Brüssel  
 Tel.: +32 2 234 11 60  
[robin.vanderhout@kapellmann.de](mailto:robin.vanderhout@kapellmann.de)

### Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht



**Dr. Tobias Schneider**  
 Fachanwalt für Bau- und  
 Architektenrecht

Büro München  
 Tel.: +49 89 242168-45  
[tobias.schneider@kapellmann.de](mailto:tobias.schneider@kapellmann.de)

### Vergaberecht, IT-Recht



**Dr. Marc Opitz**

Büro Frankfurt  
 Tel.: +49 69 719 133-50  
[marc.opitz@kapellmann.de](mailto:marc.opitz@kapellmann.de)

### Impressum

Alle Texte dieser Information sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Obgleich diese Information sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für die Vollständigkeit und Richtigkeit übernommen. Sie soll einen ersten Überblick der angesprochenen Themen geben und stellt keinen anwaltlichen Rechtsrat dar. Sie ersetzt keine auf den Einzelfall bezogene Beratung.

Wenn Sie unsere Praxisinfo nicht mehr erhalten möchten, können Sie diese unter [newsletter@kapellmann.de](mailto:newsletter@kapellmann.de) abbestellen.  
 © Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB, Mai 2016.