

# Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Urteil v. 31.7.2014, 3 U 8/12

## Gründe

### I.

Der Kläger, dessen Mitglieder private Konzertveranstalter sind, geht gegen die Veranstaltung von Konzerten auf wettbewerbs-, kartell- und deliktsrechtlicher Grundlage gegen die Beklagte zu 1. und die Beklagte zu 2. vor, an der die Beklagte zu 1. 95,2% der Gesellschaftsanteile hält.

Die Beklagte zu 2. veranstaltet in den Konzertsälen der Stadt, insbesondere in der Laeishalle, unter dem Titel „Elbphilharmonie Konzerte“ Konzertreihen. Diese Konzertreihen dienen nach Darstellung der Beklagten zu 2. dazu, als „künstlerischer Countdown“ die Zeit bis zur Eröffnung der Elbphilharmonie zu begleiten (Anlage K 7). Mit der Elbphilharmonie soll nach dem Willen des Senats die Stadt Hamburg im internationalen Wettstreit der Metropolen „neupositioniert“ werden (Anlage K 8, dort S. 2). Die Elbphilharmonie wird einen großen Konzertsaal mit 2150 Sitzplätzen, einen kleineren Saal mit 550 Plätzen und einen dritten Saal („Kaistudio“) mit 170 Plätzen aufweisen; nach der Absicht des Senats soll der große Konzertsaal als Herzstück der Elbphilharmonie dereinst zu den zehn besten Konzertsälen der Welt gehören (Anlage K 8, dort S. 2).

Die bauliche Realisierung der Elbphilharmonie ist in die städtische R. GmbH, eine Realisierungsgesellschaft für Großprojekte, ausgelagert. Das Veranstaltungsmanagement sowohl für die Elbphilharmonie als auch für die Laeishalle wird in der Weise organisiert, dass die Beklagte zu 2. für die musikalische Gestaltung der Elbphilharmonie-Konzerte („Eigenveranstaltungen“) zuständig ist und die Vermietung der Säle für „Fremdveranstaltungen“ durch die Fa. Elbphilharmonie und Laeishalle Service GmbH, eine 100%ige Tochter der Beklagten zu 1., durchgeführt wird, deren Geschäftsführer mit denen der Beklagten zu 2. personenidentisch sind (Anlage K 11, dort S. 6f.). Die genannten Eigenveranstaltungen sollen einen Umfang von 30 bis 35 % der Gesamtveranstaltungen ausmachen (Anlage K 10, dort S. 4).

Der Kläger hat vorgetragen: Ihm stehe ein Unterlassungsanspruch gem. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 10, 8 Abs. 1, 3 UWG wegen unlauterer Behinderung zu, ebenso gem. § 20 Abs. 4, § 33 Abs. 2 GWB wegen unbilliger Behinderung. Die Beklagten verdrängten durch das Angebot subventionierter Konzerte zu Dumpingpreisen zielgerichtet private Wettbewerber vom Markt und gefährdeten den Bestand des Wettbewerbs an sich. Wie zahlreiche – vom Kläger im Einzelnen dargelegte – Beispiele im Vergleich zu der Hamburger Konzertagentur G. erkennen ließen (Anlage K 23), hätten die Beklagten die Kalkulation etwa der Orchester-Reihe „Nordic Concerts“ selbst bei Zugrundelegung positiver Auslastungserwartungen von Anfang an auf ein finanzielles Defizit angelegt. Ein Indikator hierfür sei der notwendige Auslastungsgrad für einen neutralen Deckungsbeitrag, d.h. der Punkt, an dem zumindest die Kosten der Veranstaltungen amortisiert würden. Der Vergleich zeige, dass der Tätigkeit der Beklagten zu 2. keine sinnvolle kaufmännische Kalkulation zugrunde liege, sondern diese nur aufgrund der ihr gewährten Subventionen mit langem Atem Konzerte zu Dumpingpreisen anbieten könne, die in der Regel um mindestens 50% niedriger seien als bei privaten Veranstaltern. Der Vergleich zeige zudem, dass von einer Ergänzung des bisherigen Hamburger Musikangebots keine Rede sein könne, denn große Orchesterkonzerte würden seit langer Zeit von den privaten Konzertveranstaltern angeboten. Dies gelte auch für die Sparte „Gesang“. Hier biete die Beklagte zu 2. die Reihe „Stimmwelten“ für Preise zwischen € 42 und € 151 an (Anlage K 24), obgleich mit der Konzertreihe „Voices“ der Fa. E. GmbH ein vergleichbares Angebot mit Preisen zwischen € 158 und € 293 bestehe (Anlage K 25). Die Fa. E. habe dieser Konkurrenz nicht standhalten können und ab der folgenden Saison eine solche Reihe nicht mehr angeboten. Früher oder später müssten auch die anderen Hamburger Veranstalter aufgeben, weil sie finanziell nicht in der Lage seien, mit den Kartenpreisen der Beklagten zu 1. zu konkurrieren.

Die Grenze des rechtlich Zulässigen sei dadurch überschritten, dass die Beklagten die privaten Veranstalter durch ihre auf Dauer angelegte Preisunterbietung vom Markt drängten bzw. zweckwidrig öffentliche Gelder hierzu aufwendeten. Das Preisdumping sei unlauter, weil es der Verdrängung anderer Anbieter vom Markt diene. Dies geschehe absichtlich, weil ständig und wiederholt, also systematisch, „unter Einstandspreis verkauft“ werde. Rechtfertigungsgründe bestünden nicht, denn ein Angebot zu Niedrigstpreisen sei nicht notwendig. Es handele sich um eine zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel, die zu ei-

ner Ausschaltung des Leistungswettbewerbs führe und den Bestand eines vorhandenen und anerkannten selbständigen Berufsstandes gefährde. Die Beklagten hätten zudem auf dem Markt für die Veranstaltung klassischer Konzerte in Hamburg überlegene Marktmacht, weil sie die Möglichkeit hätten, Fehlbeträge mit Steuermitteln auszugleichen. Die Subventionierung der Beklagten zu 2. verstoße auch gegen das europäische Beihilferecht (Artt. 107, 108 Abs. 3 AEUV), ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

Der Kläger hat beantragt,

1. der Beklagten zu 1. bei Meidung eines Ordnungsgelds bis zu 250.000 für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung zu untersagen,

Konzerte finanziell zu fördern, an denen nicht Orchester oder Ensembles mitwirken, deren Musiker zu mehr als 50% Angestellte der Beklagten zu 1. oder 2. sind, bzw. bei den Solo-Recitals-Interpreten, die nicht in dieser Funktion bei den Beklagten angestellt sind, ohne dass in die Kalkulationen der für diese Konzerte erhobenen Eintrittsentgelte die Kosten für die Saalmiete entsprechend der jeweils aktuell geltenden „Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Richtlinien für die Vermietung des Veranstaltungsortes/ Laeiszhalle“, Werbungskosten, Honorare der Künstler, Reise- und Übernachtungskosten der Künstler, Kosten für den Sicherheitsdienst, Garderobe und Programmheftkosten eingestellt werden und die Konzerte zumindest kostendeckend kalkuliert sind.

2. der Beklagten zu 2. bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu € 250.000 für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung zu untersagen,

Konzerte zu veranstalten, an denen nicht Orchester oder Ensembles mitwirken, deren Musiker zu mehr als 50% Angestellte der Beklagten zu 1. oder 2. sind, bzw. bei den Solo-Recitals-Interpreten, die nicht in dieser Funktion bei den Beklagten angestellt sind, ohne dass in die Kalkulationen der für diese Konzerte erhobenen Eintrittsentgelte die Kosten für die Saalmiete entsprechend der jeweils aktuell geltenden „Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Richtlinien für die Vermietung des Veranstaltungsortes/Laeiszhalle“, Werbungskosten, Honorare der Künstler, Reise- und Übernachtungskosten der Künstler, Kosten für den Sicherheitsdienst,

Garderobe und Programmheftkosten eingestellt werden und die Konzerte zumindest kostendeckend kalkuliert sind.

3. die Beklagten dazu zu verurteilen, dem Kläger innerhalb von 30 Arbeitstagen nach Zustellung des Urteils Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang die unter Ziffer 1 bezeichnete Wettbewerbshandlung seit 2009 begangen wurde und zwar unter Nennung von

a) Umsätzen aus Karten- und Programmheftverkauf, die mit den in Ziffer 1 bezeichneten Konzertveranstaltungen erzielt wurden,

b) Kosten, die im Zusammenhang mit den in Ziffer 1 genannten Konzertveranstaltungen entstanden sind, und zwar

aa) Gagen für

- Dirigenten,

- Orchester,

- sonstige Künstler;

bb) rechnerische Saalmieten; Einlasskontrolle, Kosten für Sicherheitsdienst, Platzanweiser, Garderobe

cc) Werbe- und Marketingkosten, und zwar

-Vorbereitungs- und Druckkosten für Plakate, Werbefolder und anderes Printmaterial, insbesondere Programmhefte

- Systemgebühr für Ticketverkauf, Abendkasse

- sonstige Kosten;

dd) sonstige Kosten.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte zu 1. hat vorgetragen: Sie sei an einem etwaigen „Verdrängungswettbewerb“ weder unmittelbar noch mittelbar beteiligt. Sie sei aufgrund ihres verfassungsmäßigen Auftrags in vielfältiger Weise in der öffentlichen Kulturförderung tätig. Sie habe die Beklagte zu 2. mit dem öffentlichen Auftrag der Kul-

turförderung betraut und stelle die für die Förderung dieses Auftrags erforderlichen Mittel auf der Grundlage von Verwaltungsakten (Zuwendungsbescheiden) zur Verfügung. Bei der Förderung von Kunst und Kultur handele es sich um eine allgemein anerkannte Staatsaufgabe. Von den im Haushaltsjahr 2010 von der Beklagten zu 1. hierfür aufgewandten € 213 Mio. (ohne Baukosten Elbphilharmonie) seien lediglich ca. € 3,5 Mio. auf die Beklagte zu 2. und die Elbphilharmonie und Laeiszhalle Service GmbH entfallen; nur ein geringer Anteil hiervon sei in die vom Kläger angegriffenen Veranstaltungen geflossen (Anlagen B 4 und B 5). Im Rahmen der Machbarkeitsprüfung für die Elbphilharmonie habe sich gezeigt, dass es in Hamburg – verglichen mit anderen deutschen Metropolen – ein erhebliches ungenutztes Besucherpotential für Klassikkonzerte gebe; während in Köln oder München auf 1.000 Einwohner etwa 180 Konzertbesuche pro Jahr entfielen, liege diese Zahl in Hamburg bei nur 100 Besuchen (Anlage B 6). Die Aktivierung dieses Potentials sei eine der zentralen Prämissen des Projekts Elbphilharmonie. Die privaten Veranstalter seien über Jahre hinweg nicht in der Lage gewesen, durch ihre eigenen Veranstaltungen das Potenzial an Besuchern klassischer Konzerte voll auszuschöpfen. Die bei der Erstellung des Betriebskonzepts festgelegte Quote von 25 bis 35% Eigenveranstaltungen gegenüber 65 bis 75% Fremdveranstaltungen komme den Interessen der privaten Veranstalter so weit wie möglich entgegen; die meisten anderen Konzerthäuser von Weltrang hätten einen höheren Anteil an Eigenveranstaltungen von bis zu 70% (Anlage B 9). Die Betriebskostenzuschüsse an die Beklagte zu 2. seien haushaltsrechtlich korrekt ausgewiesen und durch die Bürgerschaft bewilligt (Anlage B 5). Die Zuwendungen würden auf Basis eines detaillierten Wirtschaftsplans der Beklagten zu 2. vergeben. Zusätzlich erhalte die Beklagte zu 2. Zuwendungen vom Freundeskreis Elbphilharmonie+Laeiszhalle e.V., mäzenatische Zuwendungen von diversen Stiftungen und Privatpersonen sowie der Stiftung Elbphilharmonie; hinzu kämen Sponsorengelder (Anlage B 16). Die Unterlassungsanträge seien nicht hinreichend bestimmt. Weder gegen das UWG noch gegen europäisches Beihilferecht sei verstoßen worden.

Die Beklagte zu 2. hat ergänzt: Die Beklagte zu 2. kooperiere in vielen Fällen mit privaten Veranstaltern (Anlage B 2.3) und unterstütze diese bei der Werbung (Anlage B 2.5 bis B 2.7). Die Beklagte zu 2. verfolge den Anspruch, das Hamburger Musikleben zu ergänzen. Die Ausführungen in der Klage zur Preiskalkulation der Beklagten zu 2. seien schon deshalb verfehlt, weil sie auf der Einnahmesei-

te die Sponsorengelder sowie Zuwendungen aus dem Freundes- und Kuratorenkreis, von Mäzenen und Stiftungen nicht berücksichtigten. In der gesamten Saison 2009/10 habe die Beklagte zu 2. ca. € 1,16 Mio solcher Drittmittel zur Verfügung gehabt; die Summe für 2010/2011 liege leicht darüber. Der Vorwurf von „Dumpingpreisen“ sei auch deshalb verfehlt, weil sich die Preisgestaltung der Beklagten zu 2. im Rahmen dessen halte, was auch andere öffentliche und private Veranstalter für vergleichbare Veranstaltungen ansetzten (Anlage B 2.9). Die Preisgestaltung solle allen Einkommensschichten den Besuch der Konzerte ermöglichen. Die Klage sei un schlüssig, weil es eine rechtliche Grundlage für die im Antrag genannte „50%-Klausel“ nicht gebe. Die Beklagte zu 2. handle nicht geschäftlich i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Sie verfolge nicht in erster Linie erwerbswirtschaftliche Zwecke, sondern den öffentlichen Zweck der Kulturförderung. Die Beklagte zu 2. habe auch keine Verdrängungsabsicht, sondern sei – im Gegenteil – daran interessiert, dass möglichst viele private Veranstalter möglichst viele Konzerte anbieten. Auch der Bestand des Wettbewerbs sei nicht gefährdet. Kartellrechtliche Ansprüche beständen nicht. Gegen das europäische Beihilferecht sei nicht verstoßen worden.

Der Kläger hat erwidert: Keineswegs setze Kulturförderung voraus, dass man Eintrittspreise subventioniere, um allen Bevölkerungsschichten kostengünstigen Zutritt zu Kulturveranstaltungen zu verschaffen. Das Preisdumping der Beklagten sei weder durch das Sozialstaatsprinzip noch durch den hoheitlichen Kulturauftrag gerechtfertigt.

Das Landgericht Hamburg hat mit am 22.12.2011 verkündeten Urteil die Klage abgewiesen. Hinsichtlich der Begründung wird auf den Inhalt des Urteils verwiesen.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung. Er wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag und ergänzt diesen wie folgt:

Die Klage sei zulässig, die Unterlassungsanträge insbesondere hinreichend bestimmt. Mit der Herausnahme von Konzerten, in denen Orchester und Ensembles mitwirkten, die Angestellte der Beklagten seien, aus dem Antrag wolle der Kläger sicherstellen, dass er nicht in die Entwicklung und den Bestand der Orchesterlandschaft in Hamburg eingreife. Die Klage wende sich nur gegen die

„eingekauften“ Fremdveranstaltungen. Die Kalkulationsgrundlage sei in den Anträgen ausreichend definiert.

Zu Unrecht habe das Landgericht die Prüfung der Ansprüche unnatürlich aufgespalten. Die Beklagten seien Mittäter und für den streitgegenständlichen Wettbewerbsverstoß in gleicher Weise verantwortlich, weil die Beklagte zu 1. durch die Subventionierung der seitens der Beklagten zu 2. zu Dumpingpreisen angebotenen Konzertkarten an deren unzulässigen Verdrängungswettbewerb teilhabe.

Die Veranstaltung von Konzerten durch die Beklagte zu 2. habe Marktbezug. Die Verfolgung (auch) anderer Ziele als der Wettbewerbsförderung beseitige den objektiven Marktzusammenhang nicht. Auch die Beklagte zu 1. handele geschäftlich. Sie habe die Veranstaltung von Konzerten zwar in privater Rechtsform an die Beklagte zu 2. ausgelagert, dies mache aber aus dem Betriebskostenzuschuss keinen internen Vorgang. Für die Frage des Angebots unter Selbstkostenpreis dürften die Sponsorengelder nicht berücksichtigt werden, sondern sei allein auf das Verhältnis von Einnahmen und Ausgaben abzustellen, andernfalls drohe eine Umgehung des § 4 Nr. 10 UWG. Die Mitglieder des Klägers könnten nur entweder in der Preisspirale so lange mithalten, bis sie Insolvenz anmelden müssten, oder sie sähen dem Schwund ihres eigenen Publikums bis zur Geschäftsaufgabe zu. Zu Unrecht habe das Landgericht eine sachliche Rechtfertigung des Preisdumpings angenommen. Indizien für eine unlautere Preisunterbietung beständen in fehlender Kostendeckung, die geeignet sei und gezielt dazu eingesetzt werde, Mitbewerber vom Markt zuverdrängen. Die vom Landgericht angenommene pauschale Rechtfertigung „Erschließung neuer Zuschauerkreise“ sei nicht tragfähig. Es sei keinerlei kaufmännisch vernünftiges Verhalten auf Seiten der Beklagten zu erkennen. Das Anliegen, Konzertbesuchern zu günstigen Kartenpreisen zu verhelfen, sei kein wettbewerbsrechtlich relevanter Maßstab. Das UWG diene allein dem Schutz des Wettbewerbs; dies gelte auch, wenn die öffentliche Hand am Wettbewerb teilnehme. Die Daseinsvorsorge könne die Preisgestaltung der Beklagten nicht rechtfertigen. Das Sozialstaatsgebot erfordere nicht die Subventionierung von Konzertkarten im mittleren und hochpreisigen Segment für ein Publikum, das nicht auf solche Unterstützung angewiesen sei. Es sei nicht Ausdruck der staatlichen Kulturförderung, wenn Tickets für bekannte und gut gebuchte Orchester unter Einstandspreis angeboten würden. Zu Unrecht habe das Landgericht eine Gefährdung

des Wettbewerbs verneint. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung gelange hier zu dem Ergebnis, dass die Beklagten nicht das mildeste verfügbare Mittel gewählt hätten. Die Klage sei auch aus Kartellrecht begründet, des weiteren auch unter dem Aspekt des Beihilferechts.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Hamburg vom 22.12.2011, Az. 315 O 80/11,

1. der Beklagten zu 1. bei Meidung eines Ordnungsgelds bis zu 250.000 für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung zu untersagen,

Konzerte finanziell zu fördern, an denen nicht Orchester oder Ensembles mitwirken, deren Musiker zu mehr als 50% Angestellte der Beklagten zu 1. oder 2. sind, bzw. bei den Solo-Recitals-Interpreten, die nicht in dieser Funktion bei den Beklagten angestellt sind, ohne dass in die Kalkulationen der für diese Konzerte erhobenen Eintrittsentgelte die Kosten für die Saalmiete entsprechend der jeweils aktuell geltenden „Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Richtlinien für die Vermietung des Veranstaltungsortes/ Laeiszhalle“, Werbungskosten, Honorare der Künstler, Reise- und Übernachtungskosten der Künstler, Kosten für den Sicherheitsdienst, Garderobe und Programmheftkosten eingestellt werden und die Konzerte zumindest kostendeckend kalkuliert sind.

2. der Beklagten zu 2. bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu € 250.000 für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung zu untersagen,

Konzerte zu veranstalten, an denen nicht Orchester oder Ensembles mitwirken, deren Musiker zu mehr als 50% Angestellte der Beklagten zu 1. oder 2. sind, bzw. bei den Solo-Recitals-Interpreten, die nicht in dieser Funktion bei den Beklagten angestellt sind, ohne dass in die Kalkulationen der für diese Konzerte erhobenen Eintrittsentgelte die Kosten für die Saalmiete entsprechend der jeweils aktuell geltenden „Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Richtlinien für die Vermietung des Veranstaltungsortes/Laeiszhalle“, Werbungskosten, Honorare der Künstler, Reise- und Übernachtungskosten der Künstler, Kosten für den Sicherheitsdienst, Garderobe und Programmheftkosten eingestellt werden und die Konzerte zumindest kostendeckend kalkuliert sind.



Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen

Die Beklagten wiederholen und vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Die Beklagte zu 1. ergänzt ihren Vortrag wie folgt: Die Gewährung eines Betriebskostenzuschusses durch den Gesellschafter an seine Gesellschaft habe keinerlei Marktbezug, sondern sei eine rein interne Maßnahme. Die Beklagte zu 1. nehme auch auf die Preisgestaltung der Beklagten zu 2. keinen Einfluss. Eine systematische Preisunterbietung liege hinsichtlich der Reihe „Nordic Concerts“ nicht vor. Selbst wenn man dies annähme, lägen die Voraussetzungen einer unlauteren Verdrängung nicht vor, weil die Mitglieder des Klägers keineswegs daran gehindert seien, ihre Leistungen am Markt durch eigene Anstrengungen zur Geltung zu bringen. Es fehle auch an einer Verdrängungsabsicht, weil aus den Gesamtumständen folge, dass es für das Preisverhalten der Beklagten zu 2. eine nachvollziehbare legitime Motivation gebe, nämlich die Förderung der Breite und Vielfalt der kulturellen Landschaft in Hamburg. Hierbei seien die Beklagten auf die Mitwirkung der privaten Veranstalter angewiesen (Anlage K 12, dort S. 3). Der Bestand des Wettbewerbs sei nicht gefährdet. Zu Recht habe das Landgericht auch kartellrechtliche Ansprüche verneint. Die Klage sei auch nicht unter dem Aspekt des Beihilferechts begründet. Ggf. müsse der Kläger die Zuwendungsbescheide vor dem Verwaltungsgericht anfechten.

Die Beklagte zu 2. ergänzt ihren Vortrag wie folgt: Die Klage sei weiterhin unzulässig. Der Begriff des „Angestellten“ sei von der freien Mitarbeiterschaft nicht bestimmt abgrenzbar. Auch die Kalkulationsgrundlagen seien nicht hinreichend bestimmt, weil sie sich weder aus dem Antrag noch der Klagebegründung entnehmen ließen. Das Landgericht habe die Annahme des Wettbewerbsverhältnisses zu Unrecht allein unter Hinweis auf das beiderseitige Veranstalten von Konzerten begründet. Es fehle im Falle der Beklagten zu 2. am objektiven Zusammenhang i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, denn ihr Handeln diene vorrangig anderen Zwecken, nämlich dem öffentlichen Zweck der Kulturförderung. Eine unlautere Behinderung liege nicht vor. Die Feststellung, die Beklagte zu 2. habe Konzerte der Reihe „Nordic Concerts“ nicht kostendeckend angeboten, habe das Landgericht in verfahrensfehlerhafter Weise getroffen. Hierfür sei der Kläger darlegungs- und beweispflichtig. Allein auf der Grundlage der Berechnungen des Klägers könne diese Feststellung nicht getroffen werden. Die Rechen-

beispiele des Klägers seien schon in sich widersprüchlich, weil sie von willkürlichen Auslastungsgraden ausgingen. Sie ließen auch die von der Beklagten zu 2. eingenommenen Drittmittel außer Betracht. Zu Unrecht habe das Landgericht angenommen, die Beklagte zu 2. sei einer sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen. Es liege auch keine Verdrängungsabsicht vor. Die Preise der Beklagten zu 2. seien unter Berücksichtigung sämtlicher Zuwendungen kostendeckend kalkuliert. Für eine Gefährdung des Wettbewerbs fehle es an relevantem Sachvortrag des Klägers, etwa über Umsatzeinbußen seiner Mitglieder, die nachweislich auf die von der Beklagten zu 2. verlangten Kartenpreise zurückzuführen seien. Aus den vorgenannten Gründen bestehe auch kein kartellrechtlicher Anspruch. Unter Bezugnahme auf das Beihilferecht könne der Kläger kein „Konzertverbot“ erstreiten. Ohnehin stehe eine Änderung des europäischen Beihilferechts bevor, die u.a. Betriebsbeihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes in Höhe von € 50 Mio. pro Unternehmen und Jahr grundsätzlich freistelle. Diese neue Fassung der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) werde voraussichtlich zum 1.7.2014 in Kraft treten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die angefochtene Entscheidung sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Berufung ist nicht begründet. Zu Recht hat das Landgericht die Klage gegen die Beklagte zu 2. (nachfolgend 1.) bzw. die Beklagte zu 1. (nachfolgend 2.) abgewiesen.

1. Der gegen die Beklagte zu 2. gerichtete Klageantrag zu 2. ist zulässig, aber nicht begründet.

a) Gegenüber der Beklagten zu 2. begehrt der Kläger in der Berufungsinstanz allein noch das Verbot,

- Konzerte zu veranstalten,
- an denen nicht

- Orchester oder Ensembles mitwirken, deren Musiker zu mehr als 50% Angestellte der Beklagten zu 1. oder 2. sind,
- bzw. bei den Solo-Recitals-Interpreten, die nicht in dieser Funktion bei den Beklagten angestellt sind,
- ohne dass in die Kalkulationen der für diese Konzerte erhobenen Eintrittsentgelte die Kosten für die Saalmiete entsprechend der jeweils aktuell geltenden „Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Richtlinien für die Vermietung des Veranstaltungsortes/ Laeishalle“, Werbungskosten, Honorare der Künstler, Reise- und Übernachtungskosten der Künstler, Kosten für den Sicherheitsdienst, Garderobe und Programmheftkosten eingestellt werden und
- die Konzerte zumindest kostendeckend kalkuliert sind.

Bezogen auf Solo-Recitals ist der Antrag dahin zu verstehen, dass an diesen nicht Interpreten mitwirken dürfen, die nicht in dieser Funktion (nämlich als Interpreten von Solo-Recitals), bei den Beklagten angestellt sind (der Bindestrich zwischen Recitals und Interpreten ist ein offenkundiger Irrtum; das Verb „mitwirken“ ist hinter „Interpreten“ hinzuzudenken).

Der Kläger hat in der mündlichen Berufungsverhandlung klargestellt, dass er als Bemessungsgrundlage für die im Antrag genannte kostendeckende Kalkulation die Eintrittsgelder berücksichtigt sehen möchte, nicht aber etwaige Sponsoreneinnahmen, deren Höhe er weder wisse noch wissen könne (Protokoll der Berufungsverhandlung vom 22.5.2014, S. 3). Der Kläger hat (a.a.O.) weiter klargestellt, dass der im Antrag genannte Begriff der Werbungskosten die Kosten für Werbung und Marketing meine. Nach der ebenfalls in der Berufungsverhandlung (a.a.O.) durch den Kläger erklärten Klarstellung bezieht sich der Antrag nur auf Tätigkeiten der Beklagten zu 2. im Bereich der Klassik und des Jazz.

Hingegen findet die in der Berufungsbegründung wiedergegebene Auffassung des Klägers, die Beklagten würden mittäterschaftlich in Anspruch genommen, in dem vorstehend genannten Antrag sowie dem Antrag zu 2. keinen Ausdruck. Die Beklagte zu 2. wird wegen Veranstaltens, die Beklagte zu 1. wegen Förderns von Konzerten der Beklagten zu 2. in Anspruch genommen; streitgegenständlich sind damit voneinander abgrenzbare, unterschiedliche Handlungsweisen, die eine mittäterschaftliche Verknüpfung nicht aufweisen.

b) Die gegen die Beklagte zu 2. gerichtete Klage ist zulässig.

aa) Der auf lauterkeits- und kartellrechtlicher Grundlage geltend gemachte Antrag des Klägers ist gegenüber der Beklagten zu 2. als juristischer Person des Privatrechts im ordentlichen Rechtsweg zu verfolgen.

bb) Der Klageantrag ist unter Berücksichtigung der von dem Kläger erklärten Klarstellungen hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

(1) Der im Antrag enthaltene Begriff des „angestellten Musikers“ ist hinreichend bestimmt, weil er sich unter Zuhilfenahme der Klagegründe in der Weise abgrenzbar dahingehend auslegen lässt (vgl. GRUR 2006, 776 Rn. 16 – Werbung für Klingeltöne), dass „Angestellte“ im Sinne des Antrags solche Musiker sind, die in einem dauerhaften Beschäftigungsverhältnis mit der Beklagten zu 1. oder der Beklagten zu 2. stehen, nicht hingegen solche, die nur für einzelne Auftritte hinzugebucht werden. Dies folgt aus der von dem Kläger gegebenen Begründung, dass diese Formulierung nur sicherstellen soll, dass nicht die traditionell von der Beklagten zu 1. unterhaltenen städtischen Orchester vom Konzertverbot erfasst werden.

(2) Der Kläger hat klargelegt, dass mit „Werbungskosten“ die Kosten der Werbung und des Marketings gemeint sind.

(3) Im Ergebnis ist auch die im Antrag verwendete Formulierung der „kostendeckenden Kalkulation“ hinreichend bestimmt.

(a) Eine „kostendeckende Kalkulation“ beinhaltet eine potentiell variable Grundannahme zu der Frage, wie hoch der Auslastungsgrad eines Konzerts sein wird, denn hiervon hängt die im Hinblick auf die Einnahmen vorzunehmende Preisgestaltung ab. Die Kalkulation ist mithin eine Prognose, deren Eignung zur Kostendeckung sich bewahrheiten kann oder auch nicht. Da der Schuldner nicht in die Zukunft sehen kann, kann von ihm nicht verlangt werden, mit Sicherheit kostendeckend zu kalkulieren; gegen ein entsprechendes Verbot würde also nicht immer schon dann verstoßen, wenn sich am Ende ein Verlust ergäbe. Sinnvollerweise ist dieser Antrag vielmehr so zu verstehen, dass eine Kalkulation erforderlich ist, deren für die Kostendeckung relevanten Grundannahmen in das Ermessen des Schuldners gelegt sind, so dass dieser hinterher Rechenschaft über die Berechnung ablegen kann. Mit dieser Einschränkung kann der Antrag unter diesem Aspekt noch als bestimmt angesehen werden;

zugleich begrenzte dies aber auch die „Durchschlagskraft“ des Titels, denn wenn der Schuldner eine (unrealistisch) hohe Auslastung zugrunde legte und so zu einer sehr günstigen Preisgestaltung käme, dürfte er nicht gegen den so verstandenen Titel verstoßen haben. Zur Bestimmtheit trägt ferner bei, dass der Kläger klargestellt, welche Positionen bei der Beurteilung der „Kostendeckung“ auf der Einnahmenseite berücksichtigt werden sollen, nämlich allein die Einnahmen aus Kartenverkäufen, nicht hingegen Einnahmen aus Sponsoring.

c) Der gegen die Beklagte zu 2. gerichtete Antrag ist unter dem Aspekt der unlauteren Behinderung gem. § 4 Nr. 10 UWG nicht begründet. Behinderung im Sinne dieser Vorschrift ist die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Mitbewerbers (BGH GRUR 2004, 877, 879 – Werbeblocker; Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 10.5).

aa) Der Anspruch scheidet schon deshalb, weil der gestellte Antrag ein denkbares Verbot verfehlt. Denn er beinhaltet Handlungen, die Ausdruck eines ungehinderten Wettbewerbsgeschehens sind und deshalb unter dem Aspekt der Behinderung nicht verboten werden können. Der Kläger kann auf der Grundlage des § 4 Nr. 10 UWG nicht verlangen, dass die Beklagte zu 2. – wie nach der Antragspräzisierung des Klägers Gegenstand des Antrags – lediglich Eintrittsentgelte in ihre Kostenkalkulation einstellt, nicht aber weitere Einkünfte wie etwa von Sponsoren beigesteuerte Mittel. Denn die Inanspruchnahme finanzieller Mittel, die privaten Konzertveranstaltern potentiell in gleicher Weise wie der Beklagten zu 2. offenstehen, kann keine unlautere Behinderung darstellen. Dass heutzutage Konzerte privater und öffentlicher Veranstalter finanzielle Unterstützung durch privates Sponsoring erhalten können, ist zwischen den Parteien nicht im Streit (s. auch Anlagen B 16, B 2.9). Im Sinne der Wettbewerbsgleichheit kann von der Beklagten zu 2. nicht verlangt werden, solche Einkünfte aus ihrer Preiskalkulation auszuschneiden. Keineswegs führt – wie der Kläger meint – die Berücksichtigung von Sponsoringeinnahmen zu einer Umgehung des § 4 Nr. 10 UWG. Denn die Einwerbung von Sponsoring-Mitteln stellt – ebenso wie der Verkauf von Eintrittskarten – eine wirtschaftliche Verwertung der angebotenen Veranstaltung dar, die Ausdruck ungehinderten Wettbewerbsgeschehens ist.

bb) Der geltend gemachte Anspruch besteht auch deshalb nicht, weil eine Verletzungshandlung oder das Drohen einer Verletzungshandlung nicht feststellbar

sind. Es fehlt an hinreichend konkretem tatsächlichen Vorbringen des Klägers, aus dem darauf geschlossen werden könnte, dass die Tätigkeit der Beklagten zu 2. bereits die wettbewerbliche Entfaltungsmöglichkeiten eines privaten Konkurrenten beeinträchtigt hätte (im Sinne einer Wiederholungsfahr) oder dass eine solche Beeinträchtigung unmittelbar drohte (im Sinne einer Erstbegehungsfahr). Die Einstellung der Gesangsreihe „Voices“ der Fa. E. GmbH stellt in diesem Zusammenhang kein hinreichendes Indiz dar, weil sich zum einen das inhaltliche Profil dieser Reihe und der Reihe „Stimmwelten“ der Beklagten zu 2. erheblich unterscheiden. Denn die Reihe „Voices“ bot sieben Konzerte verschiedener Gesangssolisten, die sechs Male von demselben Orchester (Hamburger Symphoniker), einmal durch ein anderes Orchester begleitet wurden; die Reihe „Stimmwelten“ sah lediglich vier Konzerte unterschiedlicher Gesangssolisten mit jeweils ganz unterschiedlicher Begleitung (unterschiedliche Kammerorchester, Klavier, Jazz-Klavier) vor (Anlagen K 24, K 25). Zum anderen ist eine kausale Verknüpfung zwischen der Einstellung und der Tätigkeit der Beklagten zu 2. nicht hinreichend substantiiert vorgetragen. Gegen einen wettbewerbsschädlichen Einfluss spricht weiter, dass die Veranstaltungstätigkeit etwa der Konzertdirektion G., einem Mitglied des Klägers, nicht relevant betroffen ist, da diese ihre Konzertreihen weiter anbietet. Weiteren Vortrag hat der Kläger nicht erbracht, sondern nur in allgemeiner Form auf die von ihm gesehenen Gefahren für das Wettbewerbsgeschehen verwiesen. Dies reicht für die Feststellung einer (drohenden) Verletzungshandlung nicht aus. Der Anspruch ist aber auch im Übrigen nicht begründet.

cc) Allerdings handelt die Beklagte zu 2. „geschäftlich“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Eine geschäftliche Handlung liegt danach vor, wenn das Handeln in einem objektiven Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen zu Gunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen steht. Erforderlich ist – in Abgrenzung zu rein unternehmensinternen Handlungen – ein Marktbezug (Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 2 Rn. 35). Bei der vorrangigen Verfolgung „nichtgeschäftlicher“, etwa weltanschaulicher oder sozialer Ziele kann es am geschäftlichen Charakter der Handlung fehlen; auch hier kann aber das gleichzeitig vorliegende Ziel der Absatzförderung zur Annahme einer geschäftlichen Handlung führen (Köhler/Bornkamm, § 2 Rn. 51). Bei der ausschließlichen

Verfolgung erwerbswirtschaftlicher Zwecke mit den Mitteln des Privatrechts liegt immer ein Handeln zur Förderung des eigenen Absatzes vor mit der Folge, dass eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG besteht (Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 13.18). Die mittelbare Verfolgung auch öffentlicher Zwecke ist in diesem Zusammenhang unerheblich (Köhler/Bornkamm a.a.O.). Erbringt die öffentliche Hand Leistungen unter Marktpreis, so liegt keine geschäftliche Handlung vor, wenn die öffentliche Hand zur Leistungserbringung verpflichtet und in ihrer Preisgestaltung nicht frei ist (Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 13.42).

Im vorliegenden Fall beruft sich die Beklagte zu 2. zwar darauf, dass sie vorrangig öffentliche Zwecke verfolge. Dies ändert aber nichts daran, dass die Beklagte zu 2., die als juristische Person des Privatrechts auch nur in den Formen des Privatrechts zu handeln vermag, der Allgemeinheit entgeltliche Konzertveranstaltungen anbietet, sich also am Markt für solche Veranstaltungen betätigt, der auch das Betätigungsfeld anderer Unternehmen ohne Beteiligung der öffentlichen Hand darstellt. Das Handeln der Beklagten zu 2. hat mithin Marktbezug, weil es auf die Marktteilnehmer einwirken und das Marktgeschehen beeinflussen kann (vgl. Köhler/Bornkamm, § 2 Rn. 35). Die Beklagte zu 2. ist weder von Gesetzes wegen zur Leistungserbringung verpflichtet noch normativ in ihrer Preisgestaltung gebunden. Die Zielsetzung der Beklagten zu 2., möglichst viele Konzertbesucher anzusprechen und das Besucherpotential zu heben, hat auch eine erwerbswirtschaftliche Komponente. Das Landgericht hat daher zutreffend ausgeführt, dass die Beklagte zu 2. „geschäftlich“ handelt.

dd) Selbst bei – unterstellt – gegebener wettbewerblicher Auswirkung des Handelns der Beklagten zu 2. liegt aber eine unlautere Behinderung durch die Beklagte zu 2. in Form der von dem Kläger gerügten Preisunterbietung nicht vor.

(1) Preisunterbietung ist als wettbewerbliches Mittel grundsätzlich erlaubt; sie ist allerdings dann unlauter, wenn sie in Verdrängungsabsicht geschieht (Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 10.188). Das kann dann der Fall sein, wenn der angebotene Preis nicht kostendeckend ist und die Unterbietung geeignet ist und in gezielter Weise dazu eingesetzt wird, Mitbewerber vom Markt zu verdrängen (Köhler/Bornkamm § 4 Rn. 10.189). Der BGH hat allerdings ausgesprochen, dass eine Preisunterbietung nicht schon deshalb unlauter ist, weil die öffentli-

che Hand im Rahmen der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auf öffentliche Mittel zurückgreifen kann (BGH GRUR 1987, 116, 118 – Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I; BGH WRP 1998, 857, 859 – 1.000,- DM Umweltbonus). Der öffentlichen Hand, welcher die Teilnahme am Wettbewerb nicht untersagt sei, könne grundsätzlich nicht verwehrt werden, auf die ihr zur Verfügung stehenden (auch) finanziellen Mittel im erforderlichen Umfang und in angemessener Weise zurückzugreifen; Unlauter werde die Verwendung öffentlicher Mittel im Wettbewerb daher regelmäßig erst durch das Hinzutreten weiterer Umstände, die den Einsatz dieser Mittel als rechts- oder zweckwidrig und damit als sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG erscheinen ließen (BGH GRUR 1987, 116, 118 – Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I).

(2) Ob – wie durch das Landgericht angenommen – die Beklagte zu 2. vorliegend Konzertpreise privater Veranstalter im Rahmen der Konzertreihe „Nordic Concerts“ systematisch unterboten hat, kann dahinstehen. Denn weder handelt es sich um einen zweckentfremdenden Mitteleinsatz noch handelt die Beklagte zu 2. mit Verdrängungsabsicht.

(a) Eine Zweckentfremdung öffentlicher Mittel liegt nicht vor. Eine Zweckentfremdung wird dann angenommen, wenn die öffentliche Hand eine Preisunterbietung aus Mitteln finanziert, die ihr zur Erfüllung eines anderen öffentlichen Zwecks zufließen (Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 13.44). Die Beklagte verwendet die ihr zur Verfügung gestellten finanziellen Mittel für die Veranstaltung von Konzerten der Gattungen Klassik und Jazz; hierbei verfolgt sie eine im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit. Aus Art. 5 Abs. 3 GG, der die Freiheit der Kunst und Wissenschaft verbürgt, werden nicht nur Freiheitsrechte hergeleitet, sondern auch eine Gewährleistung für die diesem Zweck dienenden Einrichtungen mit der Folge einer Pflicht des Staates zur Pflege und Förderung der Kunst (BVerfGE 81, 108; aus der Literatur s. nur Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Grundgesetz, 12. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 29). Im vorliegenden Fall beruhen die Zuwendungen an die Beklagte zu 2. auf einem ordnungsgemäßen haushaltsrechtlichen Vorgehen (Bevilligung des Haushaltsplans durch die Bürgerschaft; Zuwendung an die Beklagte zu 2. auf der Basis von Zuwendungsbescheiden). Es handelt sich also um eine zweckentsprechende Verwendung öffentlicher Finanzmittel. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Beklagte zu 2. eine Preisstruktur vorsieht, die „allen Einkommensschichten den Besuch der Elbphilharmonie (...) auch bei teuren Spitzenereignissen den Besuch



der Elbphilharmonie zu einem Preis von 10 bis 15 Euro“ ermöglichen soll (Anlage Anlage K 12/B 8, dort S. 2). Denn Leitlinie der Beklagten zu 2. ist es vor dem Hintergrund der erheblichen Ausweitung der in den Konzertsälen vorgesehenen Platzzahl, „neben der Pflege des bereits bestehenden klassikaffinen Publikums (...) neue Publikumsschichten für klassische Musik“ zu gewinnen (Anlage B 8, S. 3). Auch diese Zielsetzung ist Ausdruck des öffentlichen Auftrags der Kunstförderung.

(b) Eine Verdrängungsabsicht ist nicht feststellbar. Nach dem der Tätigkeit der Beklagten zu 2. zugrunde liegenden Konzept besteht ihr Auftrag darin, „die Angebote der privaten Veranstalter dort, wo sie den Bedarf des Hamburger Publikums abdecken, nicht durch zusätzliche Konkurrenzangebote zu verdrängen, dort aber, wo sie diese Voraussetzung nicht erfüllen, zu ergänzen“ (Anlage B 8, S. 6). Auf der Grundlage des von der Beklagten zu 1. vorgegebenen Konzepts verfolgt die Beklagte zu 2. die Erhaltung einer dualen Struktur von privaten und öffentlichen Konzertveranstaltern, um den Erfolg der Elbphilharmonie sowie der Laeisz-Halle dauerhaft zu gewährleisten, und zwar mit einem deutlichen Übergewicht der privaten Veranstaltungen (Verhältnis ca. 30% zu 70%; s. Anlage B 8, S. 3). Diese Zielsetzung erscheint schon deshalb plausibel, weil mit der Inbetriebnahme der Elbphilharmonie die in hiesigen Konzertsälen zur Verfügung stehende Platzzahl erheblich ausgeweitet wird, deren Auslastung durch ein breites, von einer Vielzahl von Veranstaltern bereitgestelltes Angebot am ehesten gewährleistet werden dürfte (vgl. Anlage B 8, S. 3, 6). Insofern spricht auch nicht für eine Verdrängungsabsicht, dass die Beklagte zu 2. mit den „Nordic Concerts“ eine Reihe mit Konzerten großer Orchester veranstaltet und hiermit in Konkurrenz zur privaten „Pro Arte“-Reihe tritt; auch diese Tätigkeit ist mit dem Auftrag der Mobilisierung neuer Konzertgänger zu vereinbaren. Es ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass die Erhöhung der Gastspiele großer Orchester der von der Beklagten zu 2. verfolgten internationalen Positionierung der Elbphilharmonie (s. Anlage B 7, S. 2) zu dienen vermag, die ebenfalls die Konzernachfrage fördern soll. Schließlich spricht gegen die Annahme einer Verdrängungsabsicht auch der Umstand, dass die Beklagte zu 2. private Veranstalter in ihre werbliche Außendarstellung der Veranstaltungen einbezieht (Anlagen B 12, B 13, B 2.5 bis B 2.7) und Konzerte in Kooperation mit privaten Veranstaltern durchführt (Anlage B 14, B 2.3, B 2.4).

d) Ein unlauterer Eingriff in den Bestand des Wettbewerbs entgegen §§ 3 Abs. 1 UWG ist ebenfalls nicht festzustellen. Der gestellte Antrag erfasst einen denkbaren Anspruchsinhalt nicht zutreffend, weil er wettbewerblich unbedenkliches Verhalten einschließt; die Ausführungen oben c) aa) gelten entsprechend. Weiter sind dem Vortrag des Klägers keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass und ggf. in welcher Weise die beanstandete Tätigkeit der Beklagten zu 2. in tatsächlicher Hinsicht den Wettbewerb bereits beeinträchtigt hat (im Sinne einer Wiederholungsgefahr) oder solche Beeinträchtigungen unmittelbar drohten (im Sinne der Erstbegehungsgefahr). Auf die unter c) bb) und dd) vorstehenden Ausführungen, die hier entsprechend gelten, wird verwiesen.

e) Der Klageantrag zu 2. ist auch nach den §§ 19, 20, 33 Abs. 2 GWB nicht begründet.

aa) Der Antrag ist schon deshalb unbegründet, weil er einen denkbaren Anspruchsinhalt nicht zutreffend erfasst, denn er schließt wettbewerblich unbedenkliches Verhalten ein; die Ausführungen oben c) aa) gelten entsprechend.

bb) Das Kartellrecht ist allerdings auf die Betätigung der Beklagten zu 2. gem. § 130 Abs. 1 GWB vorliegend anwendbar. Nach dieser Vorschrift findet das Kartellrecht auch auf öffentliche Unternehmen Anwendung. Mit der bereits getroffenen Feststellung, dass die Beklagte zu 2. i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG geschäftlich handelt (s.o. c) aa)), ist zugleich entschieden, dass sie ein „Unternehmen“ i.S.d. Kartellrechts ist, nämlich ein solches, das Tätigkeiten ausübt, die in gleicher Form auch von privaten Unternehmen ausgeübt werden oder werden könnten (vgl. Bechtold, GWB, 7. Aufl. 2013, § 130 Rn. 6).

cc) Die Beklagte zu 2. hat allerdings nicht gegen die §§ 19, 20 GWB verstoßen. Hierbei kann offenbleiben, ob die Beklagte zu 2. Normadressatin des § 20 Abs. 1 GWB – also ein Unternehmen mit relativer Marktmacht – ist und ob § 20 Abs. 3 Nr. 2 GWB auf die Beklagte – obwohl sie kein Warenhandelsunternehmen ist – Anwendung findet.

(1) Es kann schon nicht festgestellt werden, dass eine Verletzungshandlung der Beklagten zu 2. stattgefunden hat (im Sinne einer Wiederholungsgefahr) oder unmittelbar droht (im Sinne einer Erstbegehungsgefahr). Denn es fehlt an hinreichendem Vortrag zu etwaigen wettbewerblichen Auswirkungen der Konzert-

veranstaltung durch die Beklagte zu 2.. Die unter c) bb) und dd) vorstehenden Ausführungen gelten hier entsprechend.

(2) Jedenfalls aber ist das Handeln der Beklagten zu 2. sachlich gerechtfertigt. Eine kartellrechtlich relevante sachliche Rechtfertigung ist das zugunsten des Normadressaten ausgehende Ergebnis einer Interessenabwägung, die einerseits die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB berücksichtigt und andererseits einen unternehmerischen Freiraum respektiert (Bechtold GWB 7. Aufl. 2013, § 19 Rn. 42, § 20 Rn. 38). Im Falle des Angebots unter Einstandspreis sind auf Seiten des Anbieters hierbei die Ziele zu berücksichtigen, die er mit dem Angebot verfolgt, wobei eine Angriffsstrategie tendenziell negativ zu gewichten ist (Bechtold § 20 Rn. 38). Ist privatwirtschaftliches Handeln der öffentlichen Hand zu beurteilen, so sind auch die mit diesem Handeln verfolgten öffentlichen Zwecke bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen (Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2014, § 19 GWB Rn. 227). Im vorliegenden Fall verfolgt die Beklagte zu 2., wie dargelegt (s.o. c] bb] [2]), mit der Veranstaltung von Konzerten einen im öffentlichen Interesse der Kunstförderung liegenden Zweck. Ihre Tätigkeit ist zudem – wie dargelegt – nicht von einer Verdrängungsabsicht geprägt. Demgegenüber ist das Interesse des Klägers auf das Unterbleiben jeglicher Wettbewerbsstörung gerichtet. Die Abwägung dieser Interessen geht zur Überzeugung des Senats zugunsten der Beklagten zu 2. aus, weil das öffentliche Interesse an ihrer Tätigkeit die wettbewerblichen Interessen der Mitglieder des Klägers überwiegt. Der der Tätigkeit der Beklagten zu 2. zugrunde liegende Auftrag der Kunstförderung hat Verfassungsrang; demgegenüber müssen hierdurch möglicherweise bewirkte wettbewerbliche Begleiterscheinungen, von denen nicht konkret erkennbar ist, dass sie von gewichtiger Bedeutung sind und den Bestand des Wettbewerbs tangieren, hingenommen werden.

f) Der gegen die Beklagte zu 2. gerichtete Antrag ist auch nicht unter dem Aspekt eines Verstoßes gegen das gemeinschaftsrechtliche Beihilferecht (§§ 823 Abs. 2, 1004 BGB i.V.m. Artt. 107 f. AEUV) begründet.

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind u.a. staatliche Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Mit Blick auf die in den Absätzen 2 und

3 der Vorschrift vorgesehenen Ausnahmen unterliegen Beihilfen einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (Kühlung, in: Streinz, AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 107 Rn. 4). Nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV darf der betreffende Mitgliedstaat die beabsichtigte Beihilfe-Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat. Dieses sogenannte Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugunsten der Wettbewerber des Beihilfeempfängers Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB (BGHZ 188, 326 Rn. 19 – Flughafen Frankfurt-Hahn; BGH GRUR-RR 2012, 157 Rn. 22). Zwar sei es allein Aufgabe der Kommission, gemäß Art. 108 Abs. 2 AEUV die Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 107 AEUV festzustellen; im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot obliege es aber den nationalen Gerichten, den Begriff der Beihilfe auszulegen, solange die Kommission keine verfahrensabschließende Entscheidung nach Art. 108 Abs. 2 AEUV getroffen habe (BGHZ 188, 326 Rn. 25 – Flughafen Frankfurt-Hahn BGH GRUR-RR 2012, 157 Rn. 30). Auch wenn sich also das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV an die Mitgliedsstaaten und nicht an den begünstigten Wettbewerber richtet, kann dieser als in den Schutzbereich des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV einbezogen angesehen und können ihm Rückforderungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche zugebilligt werden (Koenig/Paul, in: Streinz, Art. 108 Rn. 35 a.E.).

aa) Ein Anspruch des Klägers nach §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB scheidet allerdings schon daran, dass er nicht selbst aktivlegitimiert ist. Deliktsrechtlich anspruchsberechtigt ist im Falle der Geltendmachung einer Schutzgesetzverletzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB nur das zu dem nach dem Normzweck geschützten Personenkreis gehörende Individuum (vgl. Palandt/Sprau, 72. Aufl. 2013, § 823 Rn. 57). Eine deliktsrechtliche Popularklage kennt das deutsche Recht nicht. Die Vorschrift des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV schützt die Interessen derjenigen, die von der Wettbewerbsverzerrung betroffen sind, die durch die Gewährung der – allein wegen der Verletzung des Durchführungsverbots – rechtswidrigen Beihilfe verursacht wurde (EuGH EuZW 2006, 65 Rn. 46 – Transalpine Ölleitung; BGHZ 188, 326 Rn. 19 – Flughafen Frankfurt-Hahn). Der Kläger ist als Verband von Konzertveranstaltern aufgrund spezialgesetzlicher Anordnung zwar wettbewerbsrechtlich gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aktivlegitimiert. Er veranstaltet aber selbst keine Konzerte, nimmt mithin nicht selbst am Wettbewerb der

Konzertveranstalter teil, verfolgt daher auch keine durch einen etwaigen Verstoß gegen das Durchführungsverbot gemäß Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV tangierten wettbewerblichen Interessen und kann sich daher nicht auf die Verletzung dieses deliktsrechtlichen Schutzgesetzes berufen.

bb) Der gegenüber der Beklagten zu 2. geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht auch deshalb nicht, weil diese keinen Gesetzesverstoß begangen hat. Denn die Beklagte zu 2. ist – unterstellt man den Charakter der von der Beklagten zu 1. geleisteten Zahlungen als Beihilfe – nicht Beihilfegeber, sondern Beihilfeempfängerin. Sie hat durch die Entgegennahme der Mittel und deren Verwendung nicht gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV verstoßen, denn Adressat dieser Vorschrift ist – wie ausgeführt – allein der mitgliedstaatliche Beihilfegeber. Liegt aber ein Verstoß der Beklagten zu 2. gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nicht vor, besteht gegen sie auch kein Anspruch unter dem Aspekt der Schutzgesetzverletzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB.

cc) Selbst wenn man aber annimmt (so Tilmann/Schreibauer, GRUR 2001, 212, 222 [zu Artt. 86 ff. EG a.F.]), dass sich der Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit der Verletzung des beihilferechtlichen Durchführungsverbots (auch) gegen den Beihilfeempfänger richtet, so besteht vorliegend der geltend gemachte Anspruch nicht. Denn ein etwaiger, auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1004 BGB gestützter Anspruch richtet sich allein gegen die Durchführung der Beihilfe im Sinne des Zahlungsflusses an den Begünstigten, nicht aber gegen die wettbewerbliche Betätigung des Begünstigten als solche. So geht der gegen den Beihilfegeber gerichtete Anspruch ggf. darauf, die geleistete Beihilfe sowie ersparte Zinsen zurückzufordern und eine Beihilfeleistung zukünftig zu unterlassen (vgl. BGHZ 188, 326 Rn. 22, 76 – Flughafen Frankfurt-Hahn). Von dem Beihilfeempfänger wird – neben der Rückzahlung der Beihilfe einschließlich ersparter Zinsen – zukunftsgerichtet allenfalls verlangt werden können, die Annahme weiterer Beihilfen zu unterlassen. Keinesfalls aber wird man etwa der Fluggesellschaft, die eine rechtswidrige Beihilfe in Gestalt ermäßigter Start- und Landegebühren erhalten hat, zukünftig das Starten und Landen – zu welchen Gebührensätzen auch immer – verbieten können, sondern allenfalls die Entgegennahme des Beihilfevorteils, also die Abrechnung nach den ermäßigten Gebühren.

Nach dem Vorstehenden hat der Kläger gegenüber der Beklagten zu 2. auf der – unterstellten – Basis eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot keinen Anspruch darauf, dass diese zukünftig die Veranstaltung von – auch nicht kostendeckend kalkulierten – Konzerten unterlässt, sondern könnte allenfalls verlangen, dass die Beklagte zu 2. eine ggf. rechtswidrige Beihilfe nicht mehr annimmt und für ihre wettbewerbliche Tätigkeit verwendet. Der gestellte Klageantrag verfehlt diesen charakteristischen Anspruchsinhalt. Gegenstand des Antrags ist – wie ausgeführt – das Verbot der Durchführung von Konzerten auf der Grundlage einer nur unter Berücksichtigung von Eintrittserlösen vorgenommenen Kostendeckungskalkulation. Auf beihilferechtlicher Grundlage kann der Kläger nicht verlangen, dass die Beklagte zu 2. auch dann im Sinne des Antrags kostendeckend kalkuliert, wenn eine Zuwendung von Mitteln durch die Beklagte zu 1. unterbleibt.

dd) Schließlich ist der Antrag auch deshalb unbegründet, weil in ihm nicht zum Ausdruck kommt, dass die Entgegennahme einer Beihilfe nach Notifizierung und Genehmigung der Kommission gemäß Art. 108 AEUV rechtmäßig ist. Gleiches gilt für den Umstand, dass die Beihilfe als genehmigt gilt, wenn die Kommission nach vollständiger Anmeldung zwei Monate nicht reagiert und der Mitgliedstaat ihr dann die Durchführung der beabsichtigten Maßnahme anzeigt (EuGH EuZW 1996, 564 Rn. 38 – SFEI; BGH GRUR-RR 2012, 157 Rn. 33). Der Antrag erstreckt sich mithin auf erlaubte Verhaltensweisen und kann auch deshalb nicht zugesprochen werden.

2. Die Klage ist auch bezüglich der Beklagten zu 1. zulässig, aber nicht begründet.

a) Der gegenüber der Beklagten zu 1. mit der Berufung weiterverfolgte Klageantrag zu 1. richtet sich gegen die finanzielle Förderung der im Antrag zu 2. bezeichneten, von der Beklagten zu 2. veranstalteten Konzerte. Die unter 1.a) für den Antrag zu 2. dargelegten Klarstellungen des Klägers im Termin zur Berufungsverhandlung gelten für den Antrag zu 1. in gleicher Weise. Bezogen auf die Beklagte zu 2. hat der Kläger (a.a.O.) noch erklärt, dass öffentlich-rechtlich begründete Ansprüche nicht Gegenstand der Klage seien.

b) Die Klage ist zulässig.

aa) Die Zulässigkeit des von dem Kläger gewählten ordentlichen Rechtswegs ist in der Berufungsinstanz nicht mehr zu prüfen. Denn das Landgericht hat die Rechtswegfrage im Urteil behandelt und die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs bejaht, so dass ein Fall des § 17a Abs. 5 GVG vorliegt: Das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, prüft nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. (vgl. BGH NJW 2008, 3572). Nicht hingegen hat das Landgericht fehlerhaft das Vorabentscheidungsverfahren gemäß § 17a Abs. 3 S. 2 GVG versäumt (mit der Folge, dass auch in der Berufungsinstanz die Rechtswegfrage zu prüfen und ggf. vorab zu entscheiden wäre, BGHZ 132, 245; Zöller/Lückemann, § 17a GVG Rn. 18). Denn die Beklagte zu 1. hat die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs nicht ausdrücklich gerügt, sondern nur – im Rahmen der Rechtsverteidigung – darauf verwiesen, dass der Kläger von der Beklagten zu 1. zugunsten der Beklagten zu 2. erlassene Zuwendungs-Verwaltungsakte allenfalls vor dem Verwaltungsgericht anfechten könne.

Gemäß § 17 Abs. 2 GVG hat das Gericht des zulässigen Rechtswegs den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten (mit Ausnahme der verfassungsrechtlichen Sonderzuweisungen der Artt. 14 Abs. 3 S. 4, 34 S. 3 GG) zu entscheiden. Hierzu zählen auch öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlagen, die der Kläger aber ausdrücklich von dem Gegenstand dieses Verfahrens ausgenommen hat (s.o. a)).

bb) Für die Bestimmtheit des Klageantrags gelten die zu 1.b) bb) vorstehenden Ausführungen entsprechend. Dass im gegen die Beklagte zu 1. gerichteten Antrag von „Förderung“ von Konzerten die Rede ist, unterliegt keinen Bestimmtheitszweifeln, denn nach dem allgemeinen Wortsinn ist der Begriff des „Förderns“ hinreichend konturenscharf; dies jedenfalls dann, wenn man die Klagebegründung zuhilfe nimmt, aus der sich ergibt, dass eine finanzielle Unterstützung beanstandet wird.

c) Der geltend gemachte Anspruch ist nicht wegen Verstoßes gegen § 4 Nr. 10 UWG begründet.

aa) Eine unlautere Behinderung liegt schon deshalb nicht vor, weil die Beklagte zu 1. nicht im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG geschäftlich handelt.

Wird der Staat in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und somit hoheitlich tätig, ohne dass eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage existiert, ist nicht ohne weiteres eine geschäftliche Handlung anzunehmen, weil im Allgemeinen davon auszugehen ist, dass der Staat seine öffentliche Aufgabe erfüllen und nicht den Wettbewerb Dritter fördern will; es ist jedoch eine Prüfung im Einzelfall vorzunehmen (Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 13.22). Hat die öffentliche Hand an dem wirtschaftlichen Erfolg des von ihr geförderten Unternehmens ein Interesse, weil sie davon – mag die Gewinnerzielungsabsicht auch fehlen (GRUR 1982, 425, 430 – Brillen-Selbstabgabestellen) – auf Grund vertraglicher oder sonstiger Beziehungen profitiert, so liegt eine geschäftliche Handlung vor (BGH GRUR 1990, 463, 464 – Firmenrufnummer BGH GRUR 2002, 550, 554 – Elternbriefe; Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 13.22). Entscheidend ist, ob die Verwaltung das Ziel verfolgt, in den Wettbewerb einzugreifen; dieses ist nicht der Fall, wenn die Tätigkeit zur Erfüllung der Aufgabe sachlich notwendig und die Auswirkung auf den Wettbewerb nur notwendige Begleiterscheinung der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe ist (Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 13.22).

Vorliegend fehlt der Zuwendungspraxis der Beklagten zu 1. zugunsten der Beklagten zu 2. jeglicher Marktbezug, denn die Beklagte zu 1. tritt nicht selbst am Markt auf. Vielmehr erschöpft sich die Tätigkeit der Beklagten zu 1. im Erlass und der Durchführung von verwaltungsrechtlichen Zuwendungsbescheiden zugunsten der Beklagten zu 2.. Zudem verfolgt die Beklagte mit den Zuwendungen die öffentliche – nicht-geschäftliche/hoheitliche – Aufgabe der Kulturförderung. Sofern mittelbar – wegen des Auftretens der Beklagten zu 2. am Markt – eine wettbewerbliche Wirkung gegeben sein sollte, wäre dies im vorstehenden Sinne eine notwendige Begleiterscheinung, die nicht zur Einstufung als geschäftliche Handlung führt.

Die Tätigkeit der Beklagten zu 1. hat auch nicht deshalb Marktbezug, weil sie fremden Wettbewerb förderte. Die Förderung fremden Wettbewerbs begründet zwar ebenso wie das eigennützige Handeln die Annahme einer geschäftlichen Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG (s. nur Köhler/Bornkamm § 2 Rn. 54 ff.). Maßgeblich handlungsleitend ist für die Beklagte zu 1. jedoch – wie bereits ausgeführt – die Verfolgung des öffentlich-rechtlichen Zwecks der Kunstförderung, so dass ein Handeln zur Förderung fremden Wettbewerbs nicht festgestellt werden kann.



bb) Selbst bei Annahme geschäftlichen Handelns der Beklagten zu 1. läge keine unbillige Behinderung vor. Die Ausführungen zum Antrag zu 2. (oben 1. c]) gelten hier entsprechend.

d) Der Antrag zu 1. ist auch unter dem Aspekt des unlauteren Eingriffs in den Wettbewerbsbestand (§ 3 UWG) nicht begründet. Auch hier ist auf die Ausführungen zum Antrag zu 1. zu verweisen (oben 1. d]), die entsprechend gelten.

e) Auch kartellrechtliche Ansprüche gem. §§ 19, 20, 33 Abs. 2 GWB bestehen gegenüber der Beklagten zu 1. nicht.

aa) Die Beklagte zu 1. unterliegt bei der beanstandeten Tätigkeit nicht dem Kartellrecht.

Erforderlich für die Anwendung des Kartellrechts ist eine unternehmerische Tätigkeit. Im Kartellrecht gilt der sogenannte funktionale Unternehmensbegriff, der solche selbständige Tätigkeiten im geschäftlichen Verkehr erfasst, die auf den Austausch von Waren oder Dienstleistungen gerichtet ist und sich nicht auf die Deckung des privaten Lebensbedarfs beschränkt (BGH GRUR 1999, 771 – Lottospielgemeinschaft; Krauß, in: Langen/Bunte, § 1 Rn. 32). Die Rechtsform und betriebliche Organisation bleiben hier außer Betracht, entscheidend ist vielmehr, ob die Verwaltung eine Tätigkeit ausübt, die gleichartig auch von privaten Unternehmen ausgeübt wird oder werden könnte, oder ob es sich um eine hoheitliche Tätigkeit handelt, die keinesfalls unternehmerischer Natur ist (Bechtold, GWB, 7. Aufl. 2013, § 130 Rn. 6). Eine nicht-wirtschaftliche Tätigkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn die Körperschaft ihre Leistungsbeziehungen zu den Abnehmern öffentlich-rechtlich gestaltet (Stadler, in Langen/Bunte, § 130 Rn. 18).

Vorliegend verfolgt die Beklagte zu 1. die öffentliche Aufgabe der Kulturförderung und bedient sich hierbei der Mittel des Verwaltungsrechts, indem sie gegenüber der Beklagten zu 2. Zuwendungsbescheide erlässt und durchführt. Sie handelt also in hoheitlicher Zweckverfolgung und zudem in den Formen des öffentlichen Rechts, so dass ihr Handeln nicht-unternehmerisch ist.

bb) Selbst bei Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften der §§ 19, 20 GWB ergäbe sich, dass die etwaig gegebene wettbewerbliche Beeinträchtigung sachlich gerechtfertigt wäre. Die Ausführungen zum Antrag zu 2. (oben 1.e]) gelten hier entsprechend.

f) Die Klage ist gegenüber der Beklagten zu 1. auch nicht gemäß §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB in Verbindung mit Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV wegen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot begründet.

Der Kläger ist als Interessenverband nicht in eigenen wettbewerblichen Interessen betroffen, zählt mithin nicht zum durch das Schutzgesetz geschützten Personenkreis und kann sich daher vorliegend nicht auf einen Anspruch nach vorgenannten Vorschriften berufen; die Ausführungen oben 1.f) aa) gelten entsprechend. Der Antrag erfasst zudem die Charakteristik eines etwaigen Anspruchsinhalts – ausschließliches Verbot der Gewährung von Beihilfen – nicht zutreffend, weil der Antrag wettbewerbliche Handlungen der Beklagten zu 2. nennt, die außerhalb des Schutzbereichs des Durchführungsverbots liegen; die Ausführungen oben 1.f) cc) gelten entsprechend. Schließlich geht auch dieser Antrag zu weit (s.o. 1. f] dd)).

g) Etwaig in Betracht kommende öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlagen hat der Kläger auf Nachfrage des Senats ausdrücklich vom Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ausgenommen (s.o. a)), so dass sie nicht zu prüfen sind. Hierbei handelt es sich um eine wirksame Beschränkung des Streitgegenstands.

3. Die Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 11, 711 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.