

MEMORANDUM

An: Herrn Patrick Liebsch, Stadt Leverkusen,
Fachbereich Konzernsteuerung

Von: Dr. Clemens Holtmann

Datum: 12.11.2020

Betreff: Vorläufige beihilfenrechtliche Bewertung von Zuschüssen an die
Leverkusener Parkhaus-GmbH zur Revitalisierung der City-C

Reg.-Nr.: 20/001940-20

A.

Sachverhalt

- (1) Die Leverkusener Parkhaus-GmbH (LPG), eine 100 %-ige Tochter der Stadt Leverkusen, hat im Jahr 2015 begonnen, Teileigentum an den Gewerbeimmobilien in der City-C zu erwerben. Bei der City-C handelt es sich um eine weitgehend leerstehende Einkaufspassage.
- (2) Nachdem sich herausgestellt hatte, dass die Eigentümergemeinschaft wegen fehlender „Selbstheilungskräfte“ aus sich heraus nicht in der Lage war, dem weiteren Verfall entgegenzuwirken (Leerstandquote Gewerbe 50 % und Büroflächen 20 %), wurde durch Beschluss des Rates am 15.07.2013 die Kooperation „Projekt City Center“ in Trägerschaft der Stadt und der Sparkasse beschlossen. Zu diesem Zeitpunkt verfügten Stadt und Sparkasse sowie die LPG über 43 % aller Miteigentumsanteile.
- (3) Projektziel sollte sein, den Niedergang zu stoppen und Konzepte und Maßnahmen zu entwickeln, die das City Center wieder zu einem starken integralen Standort der Innenstadt machen. Das im Jahr 2016 vorgelegte Konzept sah einen Mix aus Einzelhandel, Wohnen, Büros, Dienstleistungen und Infrastruktur vor. Bislang konnte dieses Konzept nicht umgesetzt werden. Trotz intensiver Bemühungen gelang es nicht, einen Investor zu finden, der in großem Stil (120 Mio. Euro) in die City-C investieren wollte.

- (4) Um eine neue Ausgangsbasis zu schaffen, beschloss der Rat der Stadt Leverkusen im April 2019 die Gründung einer Projektgesellschaft, die aus der bestehenden LPG entstehen soll. Aufgabe der Projektgesellschaft soll es zunächst sein, das Entwicklungskonzept aus dem Jahr 2016 mit einem Alternativszenario, der Entwicklung der City-C als Standort für Verwaltung und Wohnen, insbesondere im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit, Umsetzbarkeit und die Zeitschiene zu vergleichen. Zu diesem Zweck sah der Ratsbeschluss eine Ergänzung des Gesellschaftszwecks durch Änderung des Gesellschaftsvertrags vor. Die entsprechende Anpassung des Gesellschaftsvertrags ist bislang nicht erfolgt.
- (5) Der LPG ist kein öffentlicher Auftrag zur Prüfung und Erstellung eines Revitalisierungskonzepts erteilt worden. Eine Betrauung der LPG mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) liegt ebenfalls nicht vor. Nach heutigem Stand wird die LPG jedenfalls vorerst keine operativen Entwicklungstätigkeiten wahrnehmen. Bis auf Weiteres beschränkt sich ihre Tätigkeit mit Blick auf die City-C auf das „Haben und Halten“ der von ihr erworbenen Immobilien. Der Großteil der Immobilien steht inzwischen leer und eignet sich bis zum Abschluss einer neuen Teilungserklärung mit den übrigen Eigentümern oder bis zum Erwerb sämtlicher Immobilien in der City-C durch die LPG nicht für eine Vermarktung. Lediglich eine Einzelhandelsfläche des Immobilienbestands der LPG ist derzeit vermietet. Die aus diesem Mietverhältnis resultierenden Mieteinnahmen belaufen sich auf etwa 350.000,00 Euro pro Jahr. Insbesondere aufgrund hoher Abschreibungskosten erwirtschaftet die Sparte City-C negative Jahresergebnisse (2018: rund - 225.000,00 Euro, 2019: rund - 253.000,00 Euro).
- (6) Diese Verluste können von der isoliert betrachtet gewinnträchtigen Sparte Parken nicht ausgeglichen werden. Zwar beliefen sich die Erträge aus der Verpachtung von Parkflächen in den Jahren 2018 und 2019 auf rund 936.000,00 Euro bzw. rund 953.000,00 Euro. Auch das Jahresergebnis der Sparte Parken war jeweils positiv (2018: knapp 170.000,00 Euro, 2019: knapp 115.000,00 Euro). Die Belastungen durch die Sparte City-C führten jedoch in beiden Jahren zu einem negativen Gesamtjahresergebnis (2018: rund - 56.000,00 Euro, 2019: rund - 326.000,00 Euro).
- (7) Bereits mit Schreiben vom 19.10.2017 bat der Geschäftsführer der LPG die Stadt als Gesellschafterin um finanzielle Unterstützung. Es hatte sich herausgestellt, dass die Sparte City-C zu hohen laufenden Verlusten für die LPG führt, die ihr Kerngeschäft (Sparte Parken) belasten. In seinem Schreiben führte der Geschäftsführer aus, die Sparte City-C sei nicht originärer Gesellschaftszweck der LPG. Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer hätte sich im Interesse der Gesellschaft nicht in der City-C engagiert. Das

Engagement erfolge allein im Interesse der Gesellschafterin. Eine Gewährung von Finanzierungsmaßnahmen durch die Stadt ist bislang nicht erfolgt.

- (8) Die Stadt Leverkusen hat uns um eine beihilfenrechtliche Bewertung der erbetenen finanziellen Unterstützung gebeten. Neben der eigentlichen Gewährung der Zuschüsse ist auch deren steuerliche Behandlung zu berücksichtigen. In steuerrechtlicher Hinsicht nimmt die LPG eine Spartentrennung gemäß § 8 Abs. 9 KStG vor. Dabei wird die Sparte City-C seitens der LPG als begünstigtes Dauerverlustgeschäft im Sinne von § 8 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 KStG eingestuft. Dies hätte zur Folge, dass städtische Zahlungen an die LPG für die Sparte City-C nicht als verdeckte Gewinnausschüttung gewertet und damit nicht dem ertragsteuerbaren Einkommen der LPG zugerechnet würden.

B.

Zusammenfassung der Prüfungsergebnisse

- (9) Mangels einer insoweit bestehenden Unternehmenseigenschaft der LPG wäre eine finanzielle Unterstützung der Stadt für Belastungen, die für die LPG aus dem bloßen „Haben und Halten“ von Leerstandsimmobilien resultieren, beihilfenfrei.
- (10) Etwas Anderes gälte jedoch, soweit die LPG – wie im Ratsbeschluss aus April 2019 vorgesehen – auch operative Tätigkeiten der Quartiersentwicklung aufnähme und sie auch dafür eine Unterstützung von der Stadt erhielte. Bei entsprechenden Entwicklungsleistungen handelt es sich um wirtschaftliche Tätigkeiten. Ein begünstigender Charakter einer finanziellen Unterstützung durch die Stadt für die operative Quartiersentwicklung könnte nur durch den Abschluss eines gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrags mit dem betreffenden Dienstleister ausgeschlossen werden. In einem solchen Vertrag müsste sich die Stadt zu einer Vollfinanzierung der betreffenden Dienstleistungen verpflichten.
- (11) Sollte die Stadt einen entsprechenden Vertrag über die Quartiersentwicklung über eine Direktvergabe ohne vorherige Durchführung eines Ausschreibungsvertrags abschließen wollen, müsste sie eine neue städtische Gesellschaft gründen. Eine Inhouse-Vergabe an die LPG wäre wegen Nichteinhaltung des Wesentlichkeitskriteriums gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB unzulässig.
- (12) Sollte die Gründung und Beauftragung einer neuen städtischen Gesellschaft kein gangbarer Weg sein, könnte die Beihilfenqualität einer finanziellen Unterstützung der Stadt für operative Entwicklungsleistungen der LPG u.U. mangels Vorliegens der Beihilfentatbestandsmerkmale der Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung abgelehnt werden. Voraussetzung dafür ist, dass die Stadt zur Durchführung der betreffenden

Dienstleistungen selbst in der Lage wäre und sie diese im Falle eines Verzichts auf die Dienste der LPG selbst, d.h. ohne eine Beauftragung externer Dienstleister, durchgeführt hätte.

- (13) Sollten die Gründung und Beauftragung einer neuen städtischen Gesellschaft keine Option für die Beteiligten darstellen, ließe sich die Beihilfenqualität eines städtischen Zuschusses für operative Entwicklungsleistungen der LPG u.U. gleichwohl mangels einer ersichtlichen Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung ablehnen. Voraussetzung dafür ist, dass die Stadt Leverkusen zur Durchführung der von der Sparte City-C umfassten Tätigkeiten selbst in der Lage wäre und sie diese im Falle eines Verzichts auf die Dienste der LPG auch selbst, d.h. ohne eine Beauftragung externer Dienstleister, durchgeführt hätte.
- (14) Sollte die tatbestandliche Beihilfenqualität städtischer Finanzierungsmaßnahmen zum Ausgleich von Verlusten aus dem „Haben und Halten“ von Immobilien in der City-C und/oder für die Erbringung operativer Entwicklungsleistungen nicht rechtssicher ausgeschlossen werden können, müsste die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt geprüft werden. Vorbehaltlich einer weitergehenden Prüfung begegnet eine Lösung auf der Vereinbarkeitsebene beträchtlichen Schwierigkeiten. Eine Einstufung der Sparte City-C als DAWI wäre mit großen Rechtsrisiken verbunden. Ob eine von der Notifizierungspflicht freigestellte Vereinbarkeit als Investitionsbeihilfe für lokale Infrastrukturen gemäß Art. 56 AGVO in Betracht kommt, kann nur auf der Grundlage ergänzender Informationen beurteilt werden, erscheint bei erster Betrachtung aber zweifelhaft. Es empfiehlt sich daher, nach Möglichkeit primär die oben aufgezeigten Wege für eine bereits auf der Tatbestandsebene beihilfenfreie Lösung weiter zu verfolgen.
- (15) Es besteht zudem das Risiko, dass der aus der Einstufung der Sparte City-C als begünstigtes Dauerverlustgeschäft resultierende Steuervorteil (§ 8 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 KStG) als staatliche Beihilfe einzustufen ist. Allerdings handelt es sich dabei um eine seit längerem diskutierte, vom vorliegenden Einzelfall unabhängige Grundsatzfrage, die bislang nicht abschließend geklärt ist. Jüngere Äußerungen des BFH deuten indessen auf eine Beihilfenqualität hin.
- (16) Abschließend ist festzustellen, dass selbst eine beihilfenfreie bzw. beihilfenrechtskonforme Ausgestaltung einer städtischen Vergütung an die LPG oder eine andere städtische Gesellschaft nichts an den eigentlichen, bei der Revitalisierung der City C bestehenden Problemen ändern würde. Das eigentliche Hindernis besteht in den Eigentumsverhältnissen an den Immobilien in der City C. Ohne einen vollständigen Eigentumserwerb an

sämtlichen Immobilien durch die Stadt bzw. die LPG oder eine zwischen dem öffentlichen und dem privaten Eigentum klar differenzierende Teilungserklärung wird es auch mithilfe einer öffentlichen Projektgesellschaft nicht gelingen, die City C zu revitalisieren.

C.

Beihilfenrechtliche Prüfung

- (17) Das europäische Primärrecht enthält in Art. 107 Abs. 1 AEUV ein grundsätzliches Verbot staatlicher Beihilfen. Allerdings handelt es sich dabei nicht um ein absolutes Verbot. Vielmehr können Beihilfen nach Maßgabe spezifischer Ausnahmegesetze ausnahmsweise mit dem Binnenmarkt vereinbar sein.

I. Prüfung des Beihilfentatbestands (Art. 107 Abs. 1 AEUV)

- (18) Eine staatliche Maßnahme unterfällt dem Zugriff des Beihilfenrechts nur, wenn es sich dabei um eine tatbestandliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt. Dies setzt voraus, dass sämtliche der nachfolgenden Merkmale des Beihilfentatbestands erfüllt sind:

- Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Maßnahme;
- Unternehmensqualität des Leistungsempfängers;
- Selektive Begünstigung des Leistungsempfängers;
- (Drohende) Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.

- (19) Unproblematisch erfüllt ist bei einer Finanzierung aus einem städtischen Haushalt das Tatbestandsmerkmal der Gewährung aus staatlichen Mitteln. Einer näheren Prüfung bedarf es vorliegend mit Blick auf die übrigen Merkmale des Beihilfentatbestands, wobei der Schwerpunkt auf den Tatbestandsmerkmalen der Unternehmenseigenschaft, der Begünstigung und der (drohenden) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung liegt.

1. Unternehmenseigenschaft

- (20) Taugliche Beihilfenempfänger sind gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV nur Unternehmen. Maßgeblich für die Prüfung der Unternehmenseigenschaft ist der von den Unionsgerichten in ständiger Rechtsprechung herangezogene und auch von der Kommission zugrunde gelegte sog. funktionale Unternehmensbegriff. Hiernach ist ein Unternehmen

„jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.“¹

- (21) Ausschlaggebend für die Einstufung als Unternehmen ist nach dem funktionalen Unternehmensbegriff allein, ob die betreffende Einheit eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Demgegenüber sind die Rechtsform und die Finanzierung unbeachtlich. Insbesondere ist auch eine im Allein- oder mehrheitlichen Eigentum der öffentlichen Hand stehende Gesellschaft als Unternehmen einzustufen, soweit sie wirtschaftlich tätig ist. Das Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit ist weit zu verstehen. Erfasst wird

„jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.“²

- (22) Für die Einordnung als wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich ist zudem grundsätzlich unerheblich, ob die betreffende Tätigkeit mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird. Dies gilt jedenfalls, wenn entsprechende Leistungen auf dem Markt auch von kommerziellen Unternehmen angeboten werden, die ihrerseits mit Gewinnerzielungsabsicht tätig sind.³
- (23) Aus dem funktionalen Unternehmensbegriff folgt, dass eine Einheit nur in Bezug auf ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten als Unternehmen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen

¹ EuGH, Urteil vom 12.09.2000, verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 – *Pavlov u. a.*, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 74; Urteil vom 10.01.2006, Rs. C-222/04 – *Cassa di Risparmio di Firenze SpA u. a.*, ECLI:EU:C:2006:8, Rn. 107; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 7.

² EuGH, Urteil vom 12.09.2000, verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 – *Pavlov u. a.*, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 75; Urteil vom 10.01.2006, Rs. C-222/04 – *Cassa di Risparmio di Firenze SpA u. a.*, ECLI:EU:C:2006:8, Rn. 108; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 12.

³ EuG, Urteil vom 15.09.2016, Rs. T-220/13 – *Scuola Elementare Maria Montessori*, ECLI:EU:T:2016:484, Rn. 133; EuGH, Urteil vom 01.07.2008, Rs. C-49/07 – *MOTOE*, ECLI:EU:C:2008:376, Rn. 27; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. EU 2012 C 8/4, Rn. 28.

ist.⁴ Denkbar ist daher, dass ein Zuwendungsempfänger in Bezug auf einzelne Tätigkeiten als nichtwirtschaftliche Einrichtung und im Hinblick auf andere Tätigkeiten als Unternehmen einzustufen ist. Dementsprechend wäre eine Beihilfenqualität der von der LPG erbetenen finanziellen Unterstützung ausgeschlossen, wenn sichergestellt ist, dass diese ausschließlich nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten der LPG zugutekommt.

a) Ausgleich von Belastungen aus dem bloßen „Haben und Halten“ von Leerstandsimmobilien

- (24) Mit Blick auf die gewerbliche Vermietung von Parkflächen sowie die Vermietung der genutzten Einzelhandelsfläche in der City-C liegt eine wirtschaftliche Betätigung und somit eine Unternehmensqualität der LPG unproblematisch vor. Anders verhält es sich jedoch mit dem bloßen „Haben und Halten“ der derzeit nicht vermarktungsfähigen Leerstandsflächen in der City-C. Gemäß der Rechtsprechung des EuGH setzt der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit eine im Regelfall unmittelbare Tätigkeit am Markt voraus.⁵ Daran fehlt es, soweit die LPG Leerstandsflächen lediglich in ihrem Besitz hält, ohne diese auf dem Markt anzubieten. Der EuGH hat sogar mit Blick auf das Halten von Kontrollbeteiligungen an gewinnträchtigen, am Markt tätigen Unternehmen entschieden, dass

„der bloße Besitz von Beteiligungen, auch von Kontrollbeteiligungen, [...] nicht schon eine wirtschaftliche Tätigkeit der Einheit dar[stellt], die diese Beteiligungen hält, wenn mit ihm nur die Ausübung der Rechte, die mit der Eigenschaft eines Aktionärs oder Mitglieds verbunden sind, und gegebenenfalls der Bezug von Dividenden einhergeht, die bloß die Früchte des Eigentums an einem Gut sind.“⁶

- (25) Wenn selbst das Halten von (Kontroll-)Beteiligungen an einem am Markt Gewinne erwirtschaftenden Unternehmen und der damit einhergehende Bezug von Dividenden keine wirtschaftlichen Tätigkeiten darstellen, muss dies erst recht für das bloße Halten brachliegender Immobilien gelten, solange diese nicht zur Vermietung oder zum Verkauf am Markt angeboten werden. Dementsprechend ist die LPG mit Blick auf das bloße „Haben und Halten“ der Leerstandsimmobilien in der City-C kein Unternehmen und damit kein

⁴ EuG, Urteil vom 12.12.2000, Rs. T-128/98 – *Aéroports de Paris*, ECLI:EU:T:2000:290, Rn. 108; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 10.

⁵ EuGH, Urteil vom 10.01.2006, Rs. C-222/04 – *Cassa di Risparmio di Firenze SpA u. a.*, ECLI:EU:C:2006:8, Rn. 109.

⁶ EuGH, Urteil vom 10.01.2006, Rs. C-222/04 – *Cassa di Risparmio di Firenze SpA u. a.*, ECLI:EU:C:2006:8, Rn. 111.

tauglicher Beihilfenempfänger im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV. Demzufolge beinhalten finanzielle Unterstützungen der Stadt, die die LPG ausschließlich von Belastungen aus diesem brachliegenden, derzeit nicht zur Vermietung oder zum Verkauf angebotenen Immobilienbestand entlasten sollen, keine staatlichen Beihilfen.

- (26) Über eine Trennungsrechnung in der Buchhaltung der LPG muss der Nachweis erbracht werden können, dass die finanzielle Unterstützung ausschließlich diesem Bereich und nicht den wirtschaftlichen Tätigkeiten der LPG zugutekommt. Wie bereits erwähnt wurde, beinhaltet auch die aktuelle Vermietung einer Einzelhandelsfläche in der City-C eine wirtschaftliche Tätigkeit. Zum Ausschluss einer Beihilfenqualität der erbetenen städtischen Unterstützung bedarf es daher nicht nur einer zwischen den Sparten City-C und Parken differenzierenden Trennungsrechnung. Vielmehr muss eine entsprechende Trennungsrechnung auch innerhalb der Sparte City-C zwischen der Vermietungstätigkeit auf der einen und dem Besitz der Leerstandsimmobilien unterscheiden. Unter diesen Voraussetzungen wäre die städtische Unterstützung beihilfenfrei.
- (27) Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass es eigentlich Aufgabe der LPG wäre, ihre aus den Leerstandsimmobilien resultierenden Verluste intern mit den Gewinnen aus der gewerblichen Vermietung von Parkflächen und einer Einzelhandelsfläche in der City-C auszugleichen. Dies würde nur dann zu einer beihilfenrechtlich relevanten Entlastung des wirtschaftlichen Bereichs der LPG führen, wenn Letzterer dadurch von normalen Kosten seines Geschäftsbetriebs entlastet würde. Gemäß ständiger Entscheidungspraxis der Kommission liegt eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung vor, wenn die Belastungen, die ein Unternehmen normalerweise selbst zu tragen hat, auf Kosten des Staates verringert werden.⁷ Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Wie im Sachverhalt ausgeführt wurde, hätte sich die LPG „aus freien Stücken“ nicht in der City-C engagiert. Das Engagement erfolgt ausschließlich im politischen Interesse der Stadt und nicht aus kommerziellen Gründen oder zur strategischen Weiterentwicklung des Geschäftsmodells der LPG. Dementsprechend handelt es sich bei den aus dem Halten der Leerstandsimmobilien resultierenden Belastungen nicht um normale, typischerweise mit dem Geschäftsbetrieb der LPG verbundene Kosten. Die städtische Beteiligung an diesen Belastungen führt somit auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu einer Beihilfe auf der Ebene des wirtschaftlichen Bereichs der LPG.

⁷ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 68.

b) Ausgleich für operative Entwicklungsleistungen der LPG

- (28) Die vorstehende Argumentation, nach der die städtische Unterstützung ausschließlich dem nichtwirtschaftlichen Bereich der LPG zugutekommt, könnte jedoch nicht aufrechterhalten werden, soweit die LPG – wie im Ratsbeschluss aus April 2019 vorgesehen – auch operative Tätigkeiten der Quartiersentwicklung aufnähme und sie auch dafür eine Unterstützung von der Stadt erhielte. Bei entsprechenden Entwicklungstätigkeiten handelt es sich um marktgängige Leistungen, mit denen die Stadt Leverkusen theoretisch auch einen gewerblichen Projektentwickler oder ein Planungsbüro gegen Entgelt beauftragen könnte.
- (29) Dagegen, dass die LPG mit der Durchführung entsprechender Entwicklungsleistungen in Wettbewerb zu anderen Anbietern träte, könnte nicht eingewendet werden, dass sich die City-C überwiegend im Eigentum der LPG befindet, die LPG insoweit also gleichsam für sich selbst tätig würde. Dies ändert nichts daran, dass es sich bei der Entwicklung des Quartiers um eine marktgängige Leistung handelt. Etwas anderes könnte allenfalls für die Entwicklung und Verwaltung von Gebäuden und Flächen gelten, die die Stadt oder deren öffentliche Unternehmen zur Wahrnehmung eigener hoheitlicher Aufgaben benötigen (z.B. Gebäude der Stadtverwaltung). Insoweit ließe sich unter Umständen argumentieren, dass es sich bei der Entwicklung und Unterhaltung entsprechender Gebäude und Flächen um beihilfenrechtlich unbeachtliche Annextätigkeiten handelt, die mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben untrennbar verbunden sind. Auf die Entwicklung der City-C kann dies jedoch nicht übertragen werden. Nach unserem Verständnis ist es das Ziel aller Beteiligten, die City-C auch künftig wieder für eine Vermarktung bzw. Nutzung für Wohnen, Büros und Handel zu entwickeln. Trotz des städtebaulichen Interesses der Stadt an einer Revitalisierung des Quartiers geht dies über den Rahmen von untrennbar mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben verbundenen Annextätigkeiten hinaus.
- (30) Vielmehr würde es sich bei entsprechenden Entwicklungstätigkeiten um wirtschaftliche Dienstleistungen handeln. Die LPG wäre insoweit als Unternehmen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen.

c) Zwischenergebnis

- (31) Mangels einer insoweit bestehenden Unternehmenseigenschaft der LPG wäre eine finanzielle Unterstützung der Stadt für Belastungen, die für die LPG aus dem bloßen „Haben und Halten“ von Leerstandsimmobilien resultieren, beihilfenfrei.

- (32) Etwas Anderes gälte jedoch, soweit die LPG – wie im Ratsbeschluss aus April 2019 vorgesehen – auch operative Tätigkeiten der Quartiersentwicklung aufnähme und sie auch dafür eine Unterstützung von der Stadt erhielte. Bei entsprechenden Entwicklungsleistungen handelt es sich um wirtschaftliche Tätigkeiten. Insoweit bedürfte es für die Ablehnung der Beihilfenqualität städtischer Zuwendungen des Ausschlusses mindestens eines der anderen Merkmale des Beihilfentatbestands im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV. Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen daher vorsorglich für den Fall, dass die LPG künftig doch entsprechend dem Ratsbeschluss aus April 2019 als Projektgesellschaft ausgestaltet werden und für operative Entwicklungsleistungen eine finanzielle Unterstützung von der Stadt erhalten sollte.

2. Begünstigung

- (33) Eine staatliche Beihilfe läge dann allenfalls vor, wenn die LPG durch die Gewährung und/oder die steuerliche Behandlung einer finanziellen Unterstützung für die Entwicklung der City-C auf beihilfenrechtlich relevante Weise begünstigt würde.

a) Finanzielle Unterstützung durch die Stadt

- (34) Als Begünstigung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV ist grundsätzlich jeder geldwerte Vorteil anzusehen, für den der Leistungsempfänger keine angemessene Gegenleistung erbringt.⁸ Eine Begünstigung liegt daher nicht vor, wenn eine Gesamtbetrachtung unter normalen Marktbedingungen ergibt, dass die staatliche Leistung und die Gegenleistung des Leistungsempfängers in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen (sog. Market Economy Operator Test, im Folgenden „MEOT“).

aa) Anwendbarkeit des MEOT

- (35) Die Grundsätze des MEOT bzw. des Maßstabs eines angemessenen Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung finden nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte und der Entscheidungspraxis der Kommission keine Anwendung auf solche staatlichen Zahlungen, die als Ausgleich für die Erbringung von DAWI geleistet werden. Denn wie vorstehend ausgeführt wurde, ist Gegenstand des MEOT eine Gesamtbetrachtung „unter normalen Marktbedingungen“. Bei Maßnahmen, die der Staat (ausschließlich) aus Gründen des Gemeinwohls ergreift, kann sein Verhalten zwar aus politischer Sicht rational sein, aber gleichzeitig Erwägungen Rechnung tragen, die marktwirtschaftlich handelnde

⁸ MüKoBeihilfenR/Arhold, 2. Aufl. 2018, AEUV Art. 107 Rn. 131 m.w.N.

Wirtschaftsbeteiligte in der Regel nicht berücksichtigen.⁹ Insofern ist eine für den MEOT erforderliche wirtschaftliche Motivationslage des staatlichen Geldgebers im DAWI-Bereich „suspekt“.¹⁰

- (36) Zwar hat die Stadt die LPG nicht mit der Erbringung von DAWI betraut. Dies schließt jedoch nicht aus, dass die Tätigkeiten der LPG im Rahmen der Sparte City-C grundsätzlich DAWI-fähig und einer Beurteilung nach dem MEOT entzogen sind. Dies richtet sich nach den von der Kommission aufgestellten materiellen Kriterien für das Vorliegen von DAWI.
- (37) Die Kommission legt den DAWI-Begriff sehr restriktiv aus und versteht darunter nur solche Tätigkeiten, die direkt zum Wohle der Bürger erbracht werden. Nicht ausreichend ist, dass die Bürger von der betreffenden Dienstleistung – etwa durch eine Verbesserung der wirtschaftlichen, strukturellen oder beschäftigungspolitischen Rahmenbedingungen vor Ort – indirekt profitieren.¹¹ Das Gleiche gilt für die Entwicklung und Bereitstellung von Wohnraum. Auch diese ist gemäß der restriktiven Entscheidungspraxis der Kommission nur unter strengen Voraussetzungen DAWI-fähig.¹² Es ist daher davon auszugehen, dass die Kommission nur solche Stadtentwicklungsmaßnahmen als DAWI einstuft, die unmittelbar der Durchführung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen dienen.¹³
- (38) Vorliegend ist noch offen, zu welchem Zweck das Gelände letztendlich entwickelt werden wird. Eine rechtssichere Zuordnung von Entwicklungstätigkeiten der LPG im Rahmen der Sparte City-C zum DAWI-Bereich wäre wohl nur möglich, soweit sie im Rah-

⁹ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 77.

¹⁰ MüKoBeihilfenR/Arhold, 2. Aufl. 2018, AEUV Art. 107 Rn. 292.

¹¹ Kommission, Schreiben vom 31.01.2019, Staatliche Beihilfe SA.44264 – *Deutschland: Überwachung von unter den DAWI-Beschluss fallenden Beihilferegeln, Beihilfen im Bereich der Wirtschaftsförderung*, S. 4 f. m.w.N..

¹² Vgl. insbesondere Kommission, Entscheidung vom 15.12.2009, Staatl. Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – *Niederlande: Existing and special project aid to housing corporations*, Rn. 41, 57 ff.; bestätigt durch EuG, Urteil vom 15.11.2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II – *Stichting Woonpunt u.a./Kommission*, ECLI:EU:T:2018:795.

¹³ Thiel, ZfBR 2017, 561, 565.

men einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung der LPG etwa zur Errichtung von sozialem Wohnungsbau erfolgten. Dies kann unter den gegebenen Umständen nicht (mit Sicherheit) festgestellt werden.

- (39) Für die Ablehnung einer tatbestandlichen Beihilfenqualität von DAWI-Ausgleichszahlungen bedarf es darüber hinaus gemäß der sog. *Altmark Trans*-Rechtsprechung grundsätzlich der Auswahl des betreffenden Dienstleisters über ein wettbewerbliches Bieterverfahren.¹⁴ Ein solches hat vorliegend nicht stattgefunden. Eine – ohnehin mit hohen Rechtsrisiken verbundene – DAWI-Einstufung könnte daher allenfalls die Vereinbarkeit entsprechender Ausgleichszahlungen mit dem Binnenmarkt entgegen dem grundsätzlichen Beihilfeverbot ermöglichen (vgl. dazu unten Abschnitt C.II.).
- (40) Weit überwiegende Gründe sprechen somit dafür, dass die Kommission operative Entwicklungstätigkeiten nicht als DAWI einstufen würde. Dies wiederum hätte zur Folge, dass die Anwendung des MEOT vorliegend nicht durch die spezifischen DAWI-Grundsätze gesperrt ist.

bb) Erfüllung des MEOT

- (41) Voraussetzung für den Ausschluss einer Begünstigung auf der Ebene der LPG ist nach dem oben Gesagten, dass eine Gesamtbetrachtung unter normalen Marktbedingungen ergibt, dass eine finanzielle Unterstützung durch die Stadt in einem angemessenen Verhältnis zu von der LPG erbrachten Entwicklungsleistungen steht.
- (42) Aus dem Erfordernis einer Betrachtung „unter normalen Marktbedingungen“ folgt, dass im Rahmen des MEOT nur solche Erwägungen berücksichtigungsfähig sind, die auch ein privater, nach kommerziellen Gesichtspunkten handelnder Marktteilnehmer an der Stelle der Stadt anstellen würde. Für die Erfüllung des MEOT ist daher unbeachtlich, dass die betreffende Finanzierungsmaßnahme für den öffentlichen Geldgeber – hier die Stadt – aus politischen Gründen sinnvoll ist. Regionalpolitische, strukturpolitische oder in sonstiger Weise gemeinwohlorientierte Ziele haben bei der Anwendung des MEOT außer Betracht zu bleiben.¹⁵ Dementsprechend genügt es für die Einhaltung des MEOT nicht, dass Entwicklungsleistungen der LPG ggf. politisch wünschenswerte wirtschaftliche und strukturelle Impulse auslösen würden.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00 – *Altmark Trans*, ECLI:EU:C:2003:415, Rn. 89-93.

¹⁵ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 77.

- (43) Vielmehr setzt die Prüfung eines angemessenen Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung voraus, dass diese synallagmatisch miteinander verknüpft sind oder jedenfalls bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zueinander stehen.¹⁶ Andernfalls handelt es sich nicht um eine Vergütung, sondern um einen Zuschuss, der das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung i.d.R. ohne nähere Prüfung erfüllt.¹⁷
- (44) Die Abgrenzung zwischen einem gegenseitigen Leistungsaustausch einerseits und einem Zuschuss andererseits kann problematisch sein, wenn eine Dienstleistung nicht ausschließlich im eigenen wirtschaftlichen Interesse des staatlichen Geldgebers, sondern auch im öffentlichen Interesse (z.B. nachhaltige Stadtentwicklung, regionale Wirtschaftsförderung und Schaffung von Beschäftigungsmöglichkeiten) durchgeführt wird. Jedenfalls genügt allein das allgemeine Interesse einer Kommune an der Tätigkeit eines Dienstleisters gemäß ständiger Rechtsprechung nicht für die Annahme einer Leistungsbeziehung.¹⁸
- (45) Ein Leistungsaustausch liegt nicht vor, wenn eine Gesellschaft von ihrer kommunalen Gesellschafterin z.B. jährlich einen Zuschuss zur bloßen Erfüllung ihres im Gesellschaftsvertrag geregelten Gesellschaftszwecks erhält.¹⁹ Dies steht der Anwendung des MEOT auf städtische Finanzierungsmaßnahmen für etwaige Entwicklungsleistungen der LPG jedoch nicht entgegen. Bislang ist der gesellschaftsvertraglich vereinbarte Gesellschaftszweck der LPG nicht – wie im Ratsbeschluss aus April 2019 vorgesehen – um die von der Sparte City-C umfassten Tätigkeiten ergänzt worden.
- (46) Demgegenüber ist ein Leistungsaustausch gemäß der Rechtsprechung der deutschen Finanzgerichtsbarkeit grundsätzlich anzunehmen, wenn eine Gebietskörperschaft und ein Unternehmen, an dem diese beteiligt ist, einen gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrag

¹⁶ MüKoBeihilfenR/Arhold, 2. Aufl. 2018, AEUV Art. 107 Rn. 189 m.w.N..

¹⁷ Vgl. u.a. Schenek, BWGZ 2014, 1143, 1145 f..

¹⁸ BFH, Urteil vom 29.10.2008 XI R 76/07; Urteil vom 22.07.1999 V R 74/98; FG Baden-Württemberg, Urteil vom 22.06.2018 9 K 1021/15, Rn. 34.

¹⁹ BFH, Urteil vom 29.10.2008 XI R 76/07; Urteil vom 22.07.1999 V R 74/98; FG Baden-Württemberg, Urteil vom 22.06.2018 9 K 1021/15, Rn. 34.

über konkrete Dienstleistungen zusätzlich zum bestehenden Gesellschaftsvertrag abschließen.²⁰ Dies ist vorliegend bislang nicht geschehen. Nach Auskunft der Stadt Leverkusen ist die LPG nicht durch öffentlichen Auftrag mit den Aufgaben im Rahmen der Sparte City-C beauftragt worden. Der Abschluss eines gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrages zwischen der Stadt und der LPG könnte aber eine Möglichkeit zur beihilfenrechtlichen Absicherung der beabsichtigten finanziellen Unterstützung darstellen.

- (47) Aus vergaberechtlicher Sicht setzt der Abschluss eines solchen Vertrages ohne vorherige Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens voraus, dass die Voraussetzungen von § 108 GWB an eine ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe erfüllt sind.
- (48) Die Stadt übt über die LPG eine ähnliche Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen im Sinne von § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB aus. Bei der LPG handelt es sich um eine 100 %-ige Tochter der Stadt Leverkusen. Aufgrund der Ausgestaltung der LPG als GmbH ist ihre Geschäftsführung an Weisungen der Stadt gebunden.
- (49) Allerdings müsste darüber hinaus auch das Wesentlichkeitskriterium gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfüllt sein. Dies setzt voraus, dass mehr als 80 % der Tätigkeiten des Auftragnehmers der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde.
- (50) Gesellschaftszweck der LPG ist gemäß § 2 des Gesellschaftsvertrags die Errichtung, die Unterhaltung, der Betrieb und die Verpachtung eines oder mehrerer Parkhäuser und anderer Parkanlagen im Stadtgebiet von Leverkusen. Zwar besteht nach unserem Verständnis kein über die Festlegungen des Gesellschaftsvertrags hinausgehender öffentlicher Auftrag der Stadt an die LPG zu Erbringung dieser Leistungen. Allerdings ist eine Vergabeentscheidung im eigentlichen Sinne für eine „Betrauung“ im Sinne von § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB nach herrschender Auffassung nicht erforderlich. § 108 unterscheidet begrifflich zwischen der „Vergabe“ eines öffentlichen „Auftrags“ im Wege des Inhouse-Geschäfts und der Tätigkeit anderer Aufgaben, mit denen die kontrollierte juristische Person durch den öffentlichen Auftraggeber „betraut“ wurde. Daraus wird gefolgert, dass es auf einen öffentlichen Auftrag hinsichtlich der für die Wesentlichkeitsschwelle maßgeblichen Aufgaben nicht ankommt. Ausreichend für eine „Betrauung“ im Sinne von § 108 Abs. 1

²⁰ BFH, Urteil vom 19.11.2009 V R 29/08; Urteil vom 9.11.2006 V R 9/04; Urteil vom 08.11.2007 V R 20/05; Urteil vom 18.12.2008 V R 38/06; FG Baden-Württemberg, Urteil vom 22.06.2018 9 K 1021/15, Rn. 15 und 32.

Nr. 2 GWB ist eine eindeutige Festlegung des Aufgabenspektrums im Gesellschaftsvertrag.²¹ Dies ist, wie vorstehend ausgeführt, mit Blick auf die Parkraumbewirtschaftung durch die LPG vorliegend der Fall. Eine Betrauung der LPG mit Aufgaben der Parkraumbewirtschaftung ist somit gegeben.

- (51) Der Begriff der „Betrachtung“ im Sinne von § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist nicht zu verwechseln mit einer DAWI-Betrachtung. Auf eine DAWI-Qualität der übertragenen Aufgaben kommt es im Rahmen von § 108 GWB nicht an. In der einschlägigen Fachliteratur wird lediglich vorausgesetzt, dass es sich um Leistungen handelt, die dem Aufgabenspektrum des öffentlichen Auftraggebers zuzuordnen sind.²²
- (52) Das Wesentlichkeitskriterium setzt ferner voraus, dass die für den Auftraggeber erbrachten Tätigkeiten mehr als 80 % der Tätigkeiten des Auftragnehmers ausmachen. Die Berechnung, ob die 80 %-Schwelle überschritten und das Wesentlichkeitskriterium eingehalten ist, richtet sich nach § 108 Abs. 7 GWB. Nach dieser Vorschrift kann für die Berechnung insbesondere auf den durchschnittlichen Anteil am Gesamtumsatz des Unternehmens in den letzten drei Jahren abgestellt werden. Zwar beruhten die Umsatzerlöse der LPG in den letzten Jahren zum überwiegenden Teil auf der Sparte „Parken“. Wie im Sachverhalt geschildert wurde, beliefen sich die Erträge aus der Verpachtung von Parkflächen in den Jahren 2018 und 2019 auf rund 936.000,00 Euro bzw. rund 953.000,00 Euro.
- (53) Für die Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums ist unbeachtlich, dass die in der Sparte „Parken“ erzielten Einnahmen nicht auf Zahlungen der Stadt, sondern auf Vergütungen eines Dritten – hier der APCOA – beruhten. Das OLG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 19.02.2020 entschieden, dass es sich bei Umsätzen, die ein kommunales Unternehmen aus ihr von der örtlichen Gemeinde übertragenen Tätigkeiten der lokalen Parkraumbewirtschaftung erzielt, nicht um schädliche Drittumsätze handelt.²³ Das Gleiche hat das OLG Düsseldorf in demselben Beschluss für Einnahmen aus Leistungen im Öffentlichen Personennahverkehr festgestellt. Entsprechende Umsatzerlöse sind für die Einhaltung der 80 %-Schwelle daher berücksichtigungsfähig. Auch in der Literatur ist anerkannt, dass es sich bei Umsätzen aus dem Parkraum-Management im Stadtgebiet, das ein kommunales

²¹ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 32 ff. zu § 108 GWB.

²² Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 37 zu § 108 GWB.

²³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2020 – VII-Verg 26/17, Rn. 43.

Unternehmen auf Veranlassung seines städtischen Gesellschafters durchführt, um Umsätze handelt, die aus einer Tätigkeit für die Stadt resultieren.²⁴

- (54) Diese Entscheidungspraxis steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH. Der EuGH hat bereits im Jahr 2006 entschieden, dass es für die Einstufung von Daseinsvorsorgeleistungen als „Tätigkeiten für den Auftraggeber“ nicht darauf ankommt, wem gegenüber das öffentliche Unternehmen die Leistungen erbringt, ob also die Gemeinde selbst oder die Nutzer Leistungsempfänger sind. Ebenso wenig ist maßgebend, ob das Unternehmen seine Vergütung von dem öffentlichen Auftraggeber oder von den Nutzern der Dienstleistung erhält.²⁵
- (55) Allerdings hat die LPG auch in der Sparte City-C aus der Vermietung einer Einzelhandelsfläche Umsatzerlöse i.H.v. etwa 350.000,00 Euro pro Jahr erzielt. Anders als bei der örtlichen Parkraumbewirtschaftung handelt es sich bei der Vermietung von Einzelhandelsflächen nicht um eine Aufgabe der lokalen Daseinsvorsorge. Bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH handelt es sich bei den entsprechenden Mieteinnahmen der LPG daher um mit Blick auf das Wesentlichkeitskriterium schädliche Drittumsätze. Da diese in den vergangenen Jahren mehr als 20 % der Jahresumsatzerlöse der LPG ausmachten, ist das Wesentlichkeitskriterium von § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht erfüllt.
- (56) Dementsprechend würde der Abschluss eines gegenseitigen Vertrags zwischen der Stadt und der LPG über die Erbringung operativer Entwicklungsleistungen ohne vorherige Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens mangels Vorliegens der Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe gegen die Vorschriften des Vergaberechts verstoßen.
- (57) Ein anderes Ergebnis könnte allenfalls erreicht werden, wenn die Stadt eine neue, in ihrem Alleineigentum stehende Gesellschaft außerhalb der LPG gründen und mit der Wahrnehmung entsprechender Entwicklungsaufgaben beauftragen würde. In diesem Fall wäre die Einhaltung der Wesentlichkeitsschwelle gemäß § 108 Abs. 7 S. 3 GWB anhand einer Prognose zur Einhaltung der 80/20-Umsatzverteilung in der Zukunft zu beurteilen. Aus der Prognose müsste hervorgehen, dass die neue Gesellschaft mindestens 80 % ihrer Umsatzerlöse aus für die Stadt erbrachten Tätigkeiten generieren würde. Dieses Ergebnis könnte wohl nur erreicht werden, wenn es sich bei der neuen Gesellschaft um eine reine Entwicklungsgesellschaft handelte, ohne dass das Eigentum an den Immobilien in der City-C bzw. jedenfalls das Eigentum an der (noch) vermieteten Einzelhandelsfläche auf

²⁴ Byok, NJW 2020, 1565, 1568.

²⁵ EuGH, Urteil vom 11.05.2006, Rs. C-340/04 – *Carbotermo*, Rn. 66 f.

sie übergehen würde. Andernfalls würde die neue Gesellschaft (vorerst) Mieteinnahmen und damit schädliche Drittumsätze in Höhe von etwa 350.000,00 Euro pro Jahr aus der Vermietung der Einzelhandelsfläche generieren. Das Wesentlichkeitskriterium wäre dann nur eingehalten, wenn sich die der neuen Gesellschaft von der Stadt für die Erbringung von Entwicklungsleistungen gezahlte Vergütung auf mindestens 1,4 Mio. Euro p.a. beliefe. Nur dann würden die Umsatzerlöse der Gesellschaft zu mindestens 80 % aus Erträgen von für die Stadt erbrachten Tätigkeiten resultieren. Im Falle einer niedrigeren Vergütung könnte das Wesentlichkeitskriterium gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB nur dadurch eingehalten werden, dass sich die Tätigkeit der neuen Gesellschaft auf die operativen Entwicklungsleistungen beschränkt, während das Eigentum an sämtlichen oder jedenfalls den vermieteten Immobilien in der City-C bei der LPG verbleibt.

- (58) Allerdings könnte auch dies im Ergebnis nur zur Begünstigungslosigkeit der städtischen Vergütung für Entwicklungsleistungen führen, wenn diese den vollen wirtschaftlichen Gegenwert der vereinbarten Dienstleistungen abdeckt. Demgegenüber wäre eine nur teilweise oder untergeordnete Beteiligung der Stadt an den Kosten der Dienstleistungserbringung ein starkes Indiz für das Vorliegen eines Zuschusses.²⁶ Der Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrags könnte in diesem Fall als „untauglicher Versuch“ zum Ausschluss des Beihilfenrechts durch die Einkleidung eines Zuschusses in einen objektiv nicht vorliegenden Leistungsaustausch gewertet werden.
- (59) Zum Ausschluss einer Begünstigung nach Maßgabe des MEOT müsste zudem dargelegt werden (können), dass die der neuen Gesellschaft von der Stadt gezahlte Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zu den von ihr erbrachten Dienstleistungen steht bzw. die Vergütung normalen Marktbedingungen entspricht. Im Falle einer Inhouse-Vergabe kann der Nachweis der Marktüblichkeit der Vergütung durch anerkannte Bewertungsmethoden wie etwa ein Benchmarking erfolgen.²⁷

b) Zwischenergebnis

- (60) Ein begünstigender Charakter einer finanziellen Unterstützung durch die Stadt für die operative Quartiersentwicklung könnte nur durch den Abschluss eines gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrags mit dem betreffenden Dienstleister ausgeschlossen werden. Allerdings könnte dies nur zur Begünstigungslosigkeit führen, wenn sich die Stadt dabei

²⁶ Dittrich, Kommentar zur BHO, 57. Aktualisierung 2019, Abschnitt 3.5 zu § 23 BHO.

²⁷ Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 97 ff..

zu einer Vergütung verpflichtet, die den vollen wirtschaftlichen Gegenwert der vereinbarten Dienstleistungen abdeckt. Zum Ausschluss einer Begünstigung müsste zudem dargelegt werden (können), dass die von der Stadt gezahlte Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zu den erbrachten Dienstleistungen steht bzw. die Vergütung normalen Marktbedingungen entspricht.

- (61) Sollte die Stadt einen entsprechenden Vertrag über die Quartiersentwicklung über eine Direktvergabe ohne vorherige Durchführung eines Ausschreibungsvertrags abschließen wollen, müsste sie eine neue Gesellschaft gründen. Eine Inhouse-Vergabe an die LPG wäre wegen Nichteinhaltung des Wesentlichkeitskriteriums gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB unzulässig. Zwar beruhten die Umsatzerlöse der LPG in den letzten Jahren zum überwiegenden Teil auf der Sparte „Parken“ und damit bei Zugrundelegung der jüngsten Rechtsprechung auf Umsätzen von für die Stadt erbrachten Tätigkeiten. Allerdings hat die LPG mehr als 20 % ihrer Umsatzerlöse aus Mieteinnahmen und damit aus mit Blick auf das Wesentlichkeitskriterium schädlichen Dritturnsätzen generiert.
- (62) Eine Inhouse-Vergabe wäre nur an eine neue gegründete, im Alleineigentum der Stadt stehende Gesellschaft zulässig, deren Tätigkeit sich im Wesentlichen auf von der Stadt vergütete Entwicklungsaufgaben beschränkt. Das Eigentum an den Immobilien in der City-C bzw. jedenfalls das Eigentum an der (noch) vermieteten Einzelhandelsfläche dürfte nur dann auf sie übergehen, wenn die schädlichen Dritturnsätze in Höhe von etwa 350.000,00 Euro pro Jahr aus der Vermietung der Einzelhandelsfläche 20 % der Jahresumsätze der neuen Gesellschaft nicht überschreiten.

Exkurs: Steuervorteil (§ 8 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 KStG)

Ungeachtet der steuerrechtlichen Zulässigkeit der Einordnung der Sparte City-C als begünstigtes Dauerverlustgeschäft, deren Bewertung nicht Gegenstand dieses Memorandums ist, könnte auch der daraus resultierende Steuervorteil (§ 8 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 KStG) eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung der LPG beinhalten. Die beihilfenrechtliche Einordnung der Nichtbesteuerung öffentlicher Ausgleichszahlungen für begünstigte Dauerverlustgeschäfte wird seit langem diskutiert. Viel spricht dafür, dass es sich dabei um eine selektive Begünstigung im Sinne von § 107 Abs. 1 AEUV handelt. Denn begünstigte Dauerverlustgeschäfte können gemäß § 8 Abs. 7 KStG nur von Betrieben gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Sinne von § 4 KStG oder von öffentlich beherrschten Kapitalgesellschaften durchgeführt werden. Daraus folgt, dass sich die Vorschrift nur für Betriebe der öffentlichen Hand entlastend auswirken kann, die bestimmte Tätigkeiten ausüben. Demgegenüber unterliegen private Unternehmen, die

entsprechende Verlustgeschäfte etwa im Rahmen einer DAWI-Betrachtung ausführen, den allgemeinen steuerlichen Vorschriften.

Im vergangenen Jahr hat der BFH den EuGH im Rahmen eines Vorlageersuchens mit der Frage der Beihilfenqualität dieses Steuerprivilegs befasst. Allerdings wurde die Klage im nationalen Ausgangsverfahren einvernehmlich zurückgenommen, bevor der EuGH über die Sache entscheiden konnte. Aus diesem Grunde hat sich das Vorlageverfahren vor dem EuGH erledigt.²⁸ Eine Klärung durch den EuGH bleibt vorerst aus. Der BFH selbst tendierte in seinem Vorlageersuchen dazu, das Steuerprivileg als staatliche Beihilfe einzustufen.²⁹ Da diese Frage grundsätzlicher Natur ist und weit über den vorliegenden Einzelfall hinausgeht, schlagen wir vor, die beihilfenrechtliche Relevanz von § 8 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 KStG aus der hiesigen Bewertung vorerst auszuklammern. Wir empfehlen jedoch, die LPG auf die bestehenden beihilfenrechtlichen Risiken hinzuweisen, die im Falle einer Feststellung der Beihilfenrechtswidrigkeit durch die Kommission oder den EuGH schlimmstenfalls zu einer Nachzahlung der eingesparten Steuervorteile zuzüglich Zinsen führen könnten.

Anders als bezüglich der erbetenen städtischen Unterstützung besteht für einen Ausschluss der Beihilfenqualität des Steuervorteils nach Maßgabe des MEOT vorliegend kein Raum. Der Steuervorteil kann nicht als im Rahmen eines Leistungsaustauschs gewährte Gegenleistung der öffentlichen Hand für von der LPG oder einer neuen städtischen Entwicklungsgesellschaft erbrachte Dienste gewertet werden. Das Aufkommen aus der Körperschaftsteuer fließt hälftig dem Bund und den Ländern zu. Diese sind in einen etwaigen Leistungsaustausch zwischen der Stadt Leverkusen und der LPG oder einer neuen städtischen Entwicklungsgesellschaft nicht eingebunden. Vielmehr würde die steuerlich begünstigte Gesellschaft den Steuervorteil zulasten von Bund und Ländern in Anspruch nehmen, ohne diesen gegenüber Dienstleistungen zu erbringen.

3. (Drohende) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung

- (63) Der Beihilfentatbestand wäre jedoch selbst bei Vorliegen einer Begünstigung nur erfüllt, wenn diese geeignet ist, den Wettbewerb im Binnenmarkt zu verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Grundsätzlich stellen die Unionsge-

²⁸ EuGH, Beschluss vom 14.02.2020 zur Streichung der Rechtssache aus dem Register, Rs. C-797/20 – Vorlageersuchen Bundesfinanzhof, ECLI:EU:C:2020:184.

²⁹ Vgl. dazu auch *Weber/Jürschik*, EuZW 2020, 233 f..

richte nur sehr geringe Anforderungen an das Vorliegen dieser Merkmale des Beihilfen-tatbestands. Bei einem Unternehmen, das innerhalb des Binnenmarktes tätig ist, gehen sie grundsätzlich ohne nähere Prüfung davon aus, dass jede Begünstigung geeignet ist, den Wettbewerb und den Handel im Binnenmarkt zu beeinträchtigen.³⁰ Es ist davon aus-zugehen, dass die Kommission den Sektor der Projektentwicklung als international ver-flochtenen Wirtschaftszweig einstufen würde. Theoretisch hätte die Stadt die Möglichkeit gehabt, einen kommerziellen Projektentwickler oder ein Planungsbüro mit der Prüfung und Weiterentwicklung der Entwicklungskonzepte für die City-C zu beauftragen. Inso-weit stünde ein städtischer Dienstleister in einem potentiellen Konkurrenzverhältnis zu Dienstleistern einer von grenzüberschreitendem Wettbewerb geprägten Branche.

- (64) Gegen die Annahme eines potentiellen Wettbewerbsverhältnisses spräche nicht, wenn es sich bei dem städtischen Dienstleister um eine Inhouse-fähige Einheit im vergaberechtl-ichen Sinne handelte. Letzteres könnte die Schlussfolgerung nahe legen, finanzielle Maß-nahmen der Stadt zugunsten der städtischen Gesellschaft als rein interne, außerhalb des Wettbewerbs stattfindende Vorgänge anzusehen. Dies widerspricht der ständigen Ent-scheidungspraxis der Kommission. Danach ist ein potentieller Wettbewerb um den Markt auch im Falle einer internen Lösung einer Aufgabenwahrnehmung grundsätzlich gege-ben. Darauf weist die Kommission in ihrer Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe ausdrücklich hin:

„Die Tatsache, dass die Behörden eine öffentliche Dienst-leistung einem internen Dienstleister übertragen (obgleich sie diese auch einem Dritten hätten übertragen können), schließt eine Wettbewerbsverfälschung nicht aus.“³¹

- (65) Etwas anderes gilt gemäß der zitierten Bekanntmachung der Kommission nur, wenn der interne Dienstleister über ein mit dem Unionsrecht im Einklang stehendes rechtliches Monopol verfügt in dem Sinne, dass Dritten die Erbringung der entsprechenden Dienst-leistung aufgrund rechtlicher Vorschriften untersagt ist.³² Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall.
- (66) Gleichwohl folgt aus dem Bestehen eines potentiellen Wettbewerbsverhältnisses mit an-deren Dienstleistern nicht zwangsläufig, dass sich eine finanzielle Unterstützung einer

³⁰ Vgl. u.a. EuG, Urteil vom 11.06.2009, Rs. T-189/03 – ASM, EU:T:2009:193, Rn. 68; Urteil vom 06.03.2002, verb. Rs. T-92/00 und T-103/00 – Disputaci6n Floral de Alava, EU:T:2002:61, Rn. 72.

³¹ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 188.

³² Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. EU 2016 C 262/1, Rn. 188.

städtischen Gesellschaft durch die Stadt tatsächlich nachteilig auf die Geschäftsmöglichkeiten ihrer potentiellen europäischen Wettbewerber und damit auf den Wettbewerb im Binnenmarkt auswirkt.

- (67) Die Kommission hat in einem Einzelfall entschieden, dass finanzielle Maßnahmen kommunaler Anteilseigner an eine Projektgesellschaft, die sie aus organisatorischen Gründen zur Vereinfachung der gemeinsamen Verfolgung gemeinsamer Ziele gegründet haben, unter bestimmten Voraussetzungen keine Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Davon kann gemäß dieser Einzelfallentscheidung u.U. ausgegangen werden, wenn sich die Aufgaben der Zweckgesellschaft auf Tätigkeiten beschränken, zu deren Durchführung die öffentlichen Anteilseigner selbst in der Lage wären und die sie im Falle des Verzichts auf die Gründung der Zweckgesellschaft selbst, d.h. ohne eine Übertragung der entsprechenden Aufgaben auf externe Dienstleister, erbracht hätten.
- (68) Dies hat die Kommission in ihrem Beschluss zu Refinanzierungsmaßnahmen des Kreises Kleve und der Gemeinde Weeze für eine von ihnen gegründete Zweckgesellschaft entschieden. Aufgabe dieser Zweckgesellschaft war die Bereitstellung öffentlicher Finanzierungsmittel der beiden Anteilseigner für den örtlichen Flughafen Weeze. Die Kommission konnte in jenem Verfahren davon überzeugt werden, dass die Gründung und Zwischenschaltung der Zweckgesellschaft als Finanzierungsvehikel aus organisatorischen Gründen erfolgt war und die Anteilseigner die operative Abwicklung der kommunalen Finanzströme für den Flughafen Weeze andernfalls unmittelbar selbst durchgeführt hätten. Aus diesem Grunde entschied die Kommission, dass die Refinanzierung der Zweckgesellschaft durch die kommunalen Eigner nicht zu Verdrängungseffekten zu Lasten von Banken oder anderen Investoren geführt hat. Denn für Letztere hätte es keinen Unterschied gemacht, ob die Anteilseigner die kommunale Finanzierung des Flughafens unmittelbar selbst abwickeln, oder ob sie aus organisatorischen Gründen eine Zweckgesellschaft gründen und diese entsprechend mit Finanzmitteln ausstatten.³³
- (69) Zwar ist zu beachten, dass es sich bei der Entscheidung zum Flughafen Weeze um eine Einzelfallentscheidung handelt, die bislang keinen ausdrücklichen Eingang in allgemeine Prüfungsgrundsätze der Kommission oder in andere Einzelfallentscheidungen gefunden hat. Sollte der Ausschluss eines begünstigenden Charakters einer städtischen Finanzierung von Entwicklungsleistungen durch die Gründung einer neuen städtischen Gesellschaft und dem Abschluss eines gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrags mit derselben

³³ Kommission, Beschluss vom 23.07.2014, Staatliche Beihilfe SA.19880 und SA.32576 – *Deutschland: Maßnahmen zugunsten des Flughafens Niederrhein (Weeze)*, Rn. 238 und 239.

keine Option für die Beteiligten sein, ließe sich die Beihilfenqualität eines städtischen Zuschusses an die LPG für operative Entwicklungsleistungen bei Beachtung der vorstehenden Kriterien gleichwohl mit guten Gründen mangels einer ersichtlichen Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung ablehnen. Voraussetzung dafür ist, dass überzeugend dargelegt werden könnte, dass die Stadt Leverkusen zur Entwicklung der City-C selbst in der Lage wäre und sie diese im Falle eines Verzichts auf die Dienste der LPG auch selbst, d.h. ohne eine Beauftragung externer Dienstleister, durchgeführt hätte.

4. Zwischenergebnis

- (70) Mangels einer insoweit bestehenden Unternehmenseigenschaft der LPG wäre eine finanzielle Unterstützung der Stadt für Belastungen, die für die LPG aus dem bloßen „Haben und Halten“ von Leerstandsimmobilien resultieren, beihilfenfrei.
- (71) Etwas Anderes gälte jedoch, soweit die LPG – wie im Ratsbeschluss aus April 2019 vorgesehen – auch operative Tätigkeiten der Quartiersentwicklung aufnähme und sie auch dafür eine Unterstützung von der Stadt erhielte. Bei entsprechenden Entwicklungsleistungen handelt es sich um wirtschaftliche Tätigkeiten. Ein begünstigender Charakter einer finanziellen Unterstützung durch die Stadt für die operative Quartiersentwicklung könnte nur durch den Abschluss eines gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrags mit dem betreffenden Dienstleister ausgeschlossen werden. In einem solchen Vertrag müsste sich die Stadt zu einer Vollfinanzierung der betreffenden Dienstleistungen verpflichten.
- (72) Sollte die Stadt einen entsprechenden Vertrag über die Quartiersentwicklung über eine Direktvergabe ohne vorherige Durchführung eines Ausschreibungsvertrags abschließen wollen, müsste sie eine neue städtische Gesellschaft gründen. Eine Inhouse-Vergabe an die LPG wäre wegen Nichteinhaltung des Wesentlichkeitskriteriums gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB unzulässig.
- (73) Sollten die Gründung und Beauftragung einer neuen städtischen Gesellschaft kein gangbarer Weg sein, könnte die Beihilfenqualität eines Zuschusses der Stadt für operative Entwicklungsleistungen der LPG u.U. mangels Vorliegens der Beihilfentatbestandsmerkmale der Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung abgelehnt werden. Voraussetzung dafür ist, dass die Stadt zur Durchführung der betreffenden Dienstleistungen selbst in der Lage wäre und sie diese im Falle eines Verzichts auf die Dienste der LPG selbst, d.h. ohne eine Beauftragung externer Dienstleister, durchgeführt hätte.

II. Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt

- (74) Nur wenn die Beihilfenqualität städtischer Finanzierungsmaßnahmen zum Ausgleich von Verlusten aus dem „Haben und Halten“ von Immobilien in der City-C und/oder für die Erbringung operativer Entwicklungsleistungen nach keiner der oben aufgezeigten Möglichkeiten rechtssicher abgelehnt werden könnte, bedürfte es vorsorglich der Prüfung, ob die Finanzierung ausnahmsweise entgegen dem grundsätzlichen Beihilfenverbot (Art. 107 Abs. 1 AEUV) mit dem Binnenmarkt vereinbar sein könnte. Nach unserem Verständnis dürfte den Beteiligten dabei primär an einer Lösung gelegen sein, die keine Notifizierung bei bzw. Genehmigung durch die Kommission erforderlich macht. Dies setzt voraus, dass die Anforderungen eines sog. Freistellungstatbestands erfüllt sind. Entsprechende Freistellungen sind in dem DAWI-Freistellungsbeschluss³⁴ der Kommission und in der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung für staatliche Beihilfen (AGVO)³⁵ geregelt.
- (75) Wie oben bereits ausgeführt wurde, wäre eine Einstufung von Tätigkeiten im Rahmen der Sparte City-C als DAWI mit großen rechtlichen Risiken verbunden. Überwiegende Gründe sprechen dafür, dass die Kommission die betreffenden Tätigkeiten jedenfalls nicht in vollem Umfang für DAWI-fähig hielte.
- (76) Eine Freistellung gemäß den Vorschriften der AGVO über Regionale Stadtentwicklungsbeihilfen (Art. 16 AGVO) scheidet insbesondere deshalb aus, weil das Gebiet der Stadt Leverkusen in der Fördergebietskarte 2014 - 2020 für die Bundesrepublik Deutschland nicht als Fördergebiet ausgewiesen ist. Dies ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 16 AGVO.
- (77) In Betracht kommt u.U. eine Freistellung als Investitionsbeihilfe für lokale Infrastrukturen gemäß Art. 56 AGVO. Dies kann jedoch nur auf der Grundlage ergänzender Informationen beurteilt werden.
- (78) Gemäß Art. 56 Abs. 5 AGVO sind nur die Kosten von Investitionen in materielle und immaterielle Vermögenswerte freistellungsfähig. Nach unserem Verständnis betrifft die Anfrage der LPG demgegenüber eine finanzielle Beteiligung der Stadt an den Kosten des laufenden Betriebs der Sparte City-C und (noch) nicht eines konkreten Investitionsvor-

³⁴ Kommission, DAWI-Freistellungsbeschluss, ABl. EU 2012 L 7/3.

³⁵ Verordnung (EU) Nr. 651/2014, ABl. EU 2014 L 187/1.

habens. Darüber hinaus dürfte das Gesamtinvestitionsvolumen des betreffenden Vorhabens für eine Freistellung nach Art. 56 AGVO einen Betrag Höhe von 20 Mio. Euro nicht überschreiten, wobei sich die öffentliche Förderung für die Investitionen insgesamt auf maximal 10 Mio. Euro belaufen darf. Vorsorglich müsste mit Blick auf die Einhaltung der 10 Mio. Euro-Schwelle auch der aus § 8 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 KStG resultierende Steuervorteil berücksichtigt werden. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass der 10 Mio. Euro-Schwellenwert im Falle einer befürchteten Feststellung der Beihilfenqualität des Steuerprivilegs überschritten wäre. Schlimmstenfalls würde die Freistellungswirkung von Art. 56 AGVO dadurch vollständig entfallen. Dies hätte zur Folge, dass die gesamte öffentliche Förderung für das Investitionsvorhaben einschließlich der städtischen Finanzierung unter Verstoß gegen die Notifizierungspflicht gewährt worden und ggf. zurückzufordern wäre.

- (79) Die Freistellung von Beihilfen von der Notifizierungspflicht nach der AGVO setzt ferner einen sog. Anreizeffekt voraus (Art. 6 Abs. 1 AGVO). Diese Voraussetzung entspricht wesensmäßig dem Verbot eines vorzeitigen Maßnahmenbeginns im deutschen Zuwendungsrecht. Gemäß Art. 6 Abs. 2 AGVO ist Mindestanforderung an den Anreizeffekt, dass der Beihilfenempfänger vor Beginn mit dem geförderten Vorhaben einen schriftlichen Förderantrag gestellt hat. Wie im Sachverhalt dargestellt wurde, hat die LPG bereits im Jahr 2015 mit dem Erwerb einzelner Immobilien in der City-C begonnen. Demgegenüber ist die Bitte an die Stadt um finanzielle Unterstützung erst im Jahr 2017 erfolgt. Ein Anreizeffekt könnte daher nur nachgewiesen werden, wenn die Förderung auf ein objektiv abgrenzbares Teilprojekt im Rahmen der City-C beschränkt würde, mit dem vor dem Schreiben des Geschäftsführers vom 19.10.2017 noch nicht begonnen wurde. Ob dies möglich ist, kann nur auf der Grundlage weitergehender Informationen beurteilt werden.
- (80) Aufgrund der an dieser Stelle nur vorläufig skizzierten hohen Anforderungen an eine Vereinbarkeit empfehlen wir, nach Möglichkeit primär die oben aufgezeigten Wege für eine bereits auf der Tatbestandsebene beihilfenfreie Lösung weiter zu verfolgen.
- (81) Abschließend ist festzustellen, dass selbst eine beihilfenfreie bzw. beihilfenrechtskonforme Ausgestaltung städtischer Zahlungen an die LPG oder eine andere städtische Gesellschaft nichts an den eigentlichen, bei der Revitalisierung der City C bestehenden Problemen ändern würde. Das eigentliche Hindernis besteht in den Eigentumsverhältnissen an den Immobilien in der City-C. Ohne einen vollständigen Eigentumserwerb an sämtlichen Immobilien durch die Stadt bzw. die LPG oder eine zwischen dem öffentlichen und dem privaten Eigentum klar differenzierende Teilungserklärung wird es auch mithilfe einer öffentlichen Projektgesellschaft nicht gelingen, die City-C zu revitalisieren.

* * * * *