



PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-gesellschaft
Friedrichstraße 14, 70174 Stuttgart

Stadt Tübingen
Fachbereich Haushalt und Beteiligungen
Herrn Bürgermeister Michael Lucke
Wienergässle 1
72070 Tübingen

Universitätsstadt Tübingen Fachbereich Finanzen	
Eing. 29. Jan. 2013	
	Herrn U...

PricewaterhouseCoopers Legal
Aktiengesellschaft
Rechtsanwalts-gesellschaft

Friedrichstraße 14
70174 Stuttgart

Postfach 10 38 53

70033 Stuttgart
www.pwclegal.de

Tel.: +49 711 25034-3113

Fax: +49 711 25034-4229

enno.thoennes@de.pwc.com

Eingang: 29. JAN. 2013

23. Januar 2013

0.0667840.001

(Bei Antwort bitte angeben)

4
01
02
782 15 am 5.2.

Beihilferechtliche Prüfung der Übertragung von Grundbesitz der Stadt Tübingen an die GWG Tübingen mbH

Sehr geehrter Herr Bürgermeister Lucke,

mit Bezug auf unser Angebot vom 15. Oktober 2012 bedanken wir uns für die Annahme des Angebotes und werden nachfolgend die Übertragung von Grundbesitz der Stadt Tübingen an die GWG Tübingen mbH beihilferechtlich prüfen. Dabei gehen wir von nachfolgendem Sachverhalt aus.

A. Sachverhalt

Die Stadt Tübingen ist Hauptgesellschafterin der GWG - Gesellschaft für Wohnungs- und Gewerbebau Tübingen mbH (nachfolgend: GWG). In der Vergangenheit wurde umfassend Grundbesitz von der Stadt auf die GWG Tübingen übertragen. Ziel der Übertragung war eine kompetente Verwaltung, Bewirtschaftung sowie die mittel- und langfristige Sanierung und Modernisierung der Objekte.

Die Übertragung erfolgte in drei Tranchen, deren notarielle Kaufverträge vom 23.12.1996, 18.12.1997 und 31.03.2009 datieren. Der Kaufpreis der ersten und zweiten Tranche wurde durch den Gutachterausschuss auf Grundlage des vereinfachten Ertragswertverfahrens ermittelt. Der ermittelte Kaufpreis betrug 30 Mio. DM für die erste Tranche und 4,4 Mio. EUR für die zweite Tranche, wobei der Wert für den Grund und Boden nicht in Ansatz gebracht wurde. In den Kauf-

...

Vorsitzender des Aufsichtsrats: StB Prof. Dr. Dieter Endres

Vorstand: RA Dr. Thomas Fischer, RA StB Thomas Klein

Sitz der Gesellschaft: Frankfurt am Main · Amtsgericht Frankfurt am Main HRB 74165 · Konto: 589801000, BLZ 500 400 00

Berlin · Bielefeld · Dresden · Düsseldorf · Erfurt · Essen · Frankfurt/M. · Hamburg · Hannover · Karlsruhe · Kassel · Kiel · Leipzig · Mannheim · München · Osnabrück · Saarbrücken · Schwerin · Siegen · Stuttgart

verträgen ist jedoch vorgesehen, dass 70 Prozent des festgesetzten Richtwertes für den Grund und Boden nachzuzahlen sind, wenn die GWG den erworbenen Grundbesitz innerhalb von 20 Jahren ab Vertragsabschluss weiterveräußert.

Für die dritte Tranche wurde ein Kaufpreis von 5,9 Mio. EUR vereinbart, ebenfalls ohne Berücksichtigung des Wertes für Grund und Boden. Gleichzeitig wurde ein Gesellschafterbeitrag für die Gebäudesanierung bzw. energetische Sanierung der Stadt über 4,9 Mio. EUR gewährt und mit dem Kaufpreis verrechnet. Lediglich der Differenzbetrag von 1 Mio. EUR ist an die Stadt als Kaufpreis geflossen. Zur Finanzierung dieses Kaufpreises wurde der GWG eine Ausfallbürgschaft in Höhe von 1 Mio. EUR durch die Stadt gewährt. Auch im Kaufvertrag über die dritte Tranche verpflichtet sich die GWG, 70 Prozent des Bodenrichtwertes als Nachzahlung zu leisten, wenn die übertragenen Grundstücke bis zum 31.03.2029 veräußert werden. Des Weiteren verpflichtet sich die GWG, jährlich die Verkäufe von Grundstücken und Wohnungseigentum, welches sie im Rahmen der drei Tranchen erworben hat, der Stadt anzuzeigen. Im Hinblick auf den Klimaschutz hat der Gemeinderat dann über die Festsetzung der Nachzahlung zu entscheiden. In diesem Zusammenhang hat sich die GWG im Kaufvertrag der dritten Tranche verpflichtet, nachzuweisen, ob der auf die Nachzahlungsklausel entfallende Bodenwertanteil der veräußerten Grundstücke für die energetische Sanierung im Zuge des Klimaschutzprogrammes eingesetzt worden ist.

B. Rechtliche Würdigung

Die Veräußerung der Immobilien, die Gewährung des Investitionszuschusses und die Bürgschaftsübernahme der Stadt könnte eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) darstellen. Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche Beihilfen, die den Wettbewerb verfälschen, unzulässig, wenn sie nicht im Vorfeld durch die Kommission genehmigt (notifiziert) wurden.

I. Voraussetzungen einer staatlichen Beihilfe

Wie zutreffend im Gutachten des Verbandes baden-württemberger Wohnungs- und Immobilienunternehmen e.V. (nachfolgend: vbw) ausgeführt, liegt eine staatliche Beihilfe vor, wenn die folgenden Tatbestände kumulativ erfüllt sind:

- Gewährung aus staatlichen Mitteln
- Selektivität der Maßnahme
- Verschaffung eines Vorteils
- Verfälschung des Wettbewerbs
- Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels

1. Gewährung aus staatlichen Mitteln

Wie im Gutachten des vbw zutreffend ausgeführt, handelt es sich bei der vergünstigten Überlassung von Grundbesitz durch die Stadt um die Gewährung staatlicher Mittel. Denn eine solche liegt vor, wenn hierdurch ein staatlicher Haushalt belastet wird oder eine Entlastung eines staatlichen Haushaltes unterbleibt. Die vergünstigte Überlassung des Grundbesitzes führt zu geringeren Einnahmen des städtischen Haushalts und ist daher als eine fehlende Entlastung des Haushalts zu werten.

2. Selektivität der Maßnahme

Die Selektivität der Maßnahme wird zutreffend bejaht, da die vergünstigte Überlassung der Immobilien nur gegenüber der GWG und nicht gegenüber allen am Markt agierenden Unternehmen erfolgte.

3. Verschaffung eines Vorteils

Die staatliche Maßnahme muss dazu führen, dass bei dem empfangenden Unternehmen eine Begünstigung, mithin ein Vorteil eintritt. Die vergünstigte Überlassung der Immobilien und damit der Verzicht auf einen Teil des Kaufpreises stellen grundsätzlich einen geldwerten Vorteil und damit eine Begünstigung gegenüber der GWG dar.

Eine Begünstigung entfällt jedoch, wenn seitens des Empfängers eine angemessene Gegenleistung erbracht wird. Demnach ist entscheidend darauf abzustellen, ob ein privater Veräußerer die betreffenden Immobilien zu demselben Kaufpreis und denselben Bedingungen veräußert hätte. Es ist daher entscheidend, ob etwaige Leistungen der GWG aus objektiver Sicht als marktüblich betrachtet werden können.

Stellt man allein auf den Verkauf der Immobilien ab, ist davon auszugehen, dass ein privater Veräußerer die Immobilien gegenüber einem fremden Dritten nicht zu einem vergünstigten Preis überlassen hätte. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Wert des Grund und Bodens im Rahmen der Kaufpreisermittlung Berücksichtigung gefunden hätte. Jedoch ist auch der Umstand zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Veräußerung an die GWG die energetische Sanierung der Gebäude Berücksichtigung gefunden hat. Des Weiteren bestand auch eine Pflicht der GWG, Teile der Wohnungen für soziale Zwecke zu überlassen. Ein etwaiger Sanierungsstau wäre ebenfalls bei der Bewertung des Gebäudes zu berücksichtigen. Im Zweifel wäre daher anhand eines Wertgutachtens nachzuweisen, dass der gezahlte Preis, aufgrund der oben genannten Besonderheiten, als marktüblich anzusehen wäre. Soweit der Nachweis nicht gelingt, ist die unterlassene Anrechnung des Grund und Bodens mit zeitlich begrenzter Nachzahlungsklausel als eine Begünstigung zu werten. Unstrittig stellt die Gewährung eines Investitionszuschuss in Höhe von 4,9 Mio. EUR für die dritte Tranche eine Begünstigung der GWG dar, der keine unmittelbare Gegenleistung an die Stadt entgegensteht.

Ebenso ist die in diesem Zusammenhang gewährte Bürgschaft nach den Vorgaben der Kommission nicht als marktüblich zu werten. Die Kommission hat in ihrer "Bürgschaftsmitteilung" erläutert, unter welchen Voraussetzungen eine Einzelbürgschaft als marktüblich gilt und folglich als staatliche Beihilfe ausgeschlossen werden kann (Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrages auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften vom 20.06.2008, 2008/C 155/02). Danach ist es erforderlich, dass sich das betreffende Unternehmen nicht in finanziellen Schwierigkeiten befindet, die Bürgschaft an eine bestimmte Finanztransaktion gebunden und in der Höhe begrenzt ist, die Bürgschaft höchstens 80 Prozent des ausstehenden Kreditbetrages beträgt und eine angemessene Avalprovision entrichtet wird. Daher wird die Finanzierung der dritten Tranche durch die Bürgschaft vollständig gesichert, so dass die Bürgschaft auch nach der Bürgschaftsmitteilung als eine Begünstigung anzusehen ist.

Vorliegend darf nicht allein die Veräußerung der Grundstücke isoliert betrachtet werden, da die Stadt zugleich Mehrheitsgesellschafterin der GWG ist. Aufgrund ihrer Stellung als Gesellschafterin partizipiert die Stadt auch an dem Ergebnis der GWG. Damit ist zu untersuchen, inwieweit sowohl die Veräußerung der Immobilien mit den enthaltenen stillen Reserven, als auch die Gewährung des Finanzierungszuschusses bei der Veräußerung der dritten Tranche sowie die Gewährung der Bürgschaft und auch die Möglichkeit des Gemeinderates unter bestimmten Sanierungsvoraussetzungen auf die Nachzahlung zu verzichten, als eine Investition der Gesellschafterin in die GWG gesehen werden kann. Eine Investition in ein Unternehmen ist nur dann nicht als Beihilfe zu werten, wenn ein marktwirtschaftlich handelnder privater Investor in einer vergleichbaren Situation sich genauso verhalten hätte (sog. Private-Investor-Test).

Die GWG erwirtschaftete in den letzten Jahren Gewinne. Damit erhält der Gesellschafter grundsätzlich eine Rendite aus seiner Investition. Somit ist davon auszugehen, dass auch ein privater Investor eine entsprechende Investition tätigen würde. Gleichwohl ist jedoch zu beachten, dass die Stadt nicht alleinige Gesellschafterin der GWG ist. Damit profitieren neben der Stadt auch die weiteren Gesellschafter von höheren Gewinnen der GWG, welche in Folge der vergünstigten Überlassung der Immobilien entstanden sind.

Es ist davon auszugehen, dass ein privater Investor lediglich in die GWG investiert hätte, wenn er - und nicht auch die übrigen Gesellschafter - von der Investition profitieren würde. Des Weiteren ist ein Private-Investor-Test auch nur dann positiv, wenn aus der Investition eine Rendite zu erwarten ist. Unklar ist im vorliegenden Fall, ob die Gewinne der GWG überhaupt den Gesellschaftern zufließen oder thesauriert werden. Soweit Ausschüttungen erfolgen, wäre darüber hinaus zu prüfen, ob die Ausschüttung die Investitionen übersteigen, da nur in diesem Fall eine Rendite angenommen werden kann.

Dies gilt insbesondere für die Nichtberücksichtigung des Grund und Bodens sowie für den Investitionszuschuss bei der Veräußerung der dritten Tranche an die GWG. Eine direkte Vergütung erhält die Stadt nur, wenn die GWG die Grundstücke innerhalb der Nachzahlungsfrist veräußert. Aber auch in diesem Fall erfolgt die Nachzahlung nur im Umfang von 70 % der Bodenwerte. Den übrigen Gesellschaftern verbleibt damit ein anteiliger Vorteil in Höhe von 30 % bei einer Veräußerung oder in voller Höhe, wenn keine Veräußerung innerhalb der Nachzahlungsfrist erfolgt oder der Gemeinderat auf eine Nachzahlung aufgrund von energetischen Sanierungen verzichtet. Es ist davon auszugehen, dass ein privater Investor weder eine solche Nachzahlungsklausel noch die Möglichkeit des Verzichtes auf die Nachzahlung vereinbaren würde.

Gleiches gilt für den Investitionszuschuss in Höhe von rund 4,9 Mio. EUR, welcher im Rahmen der Veräußerung der dritten Tranche an die GWG gewährt wurde. Dieser Zuschuss wirkt sich auch für die übrigen Gesellschafter vorteilhaft aus, womit ein privater Investor diesen nicht in der vorliegenden Form gewährt hätte. Der Vorteil würde nur entfallen, wenn die anderen Gesellschafter ihrem Geschäftsanteil entsprechend ebenfalls eine Einlage tätigen würden.

Im Ergebnis liegt damit unseres Erachtens bei allen drei Tranchen eine Begünstigung der GWG vor, da keine angemessene Gegenleistung durch die GWG erbracht wird und sich ein privater Unternehmer in der entsprechenden Situation anders verhalten hätte.

4. Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV genügt allein das Drohen einer Wettbewerbsverfälschung um eine verbotene Beihilfe zu begründen. Damit sind die Anforderungen an dieses Tatbestandsmerkmal gering. In der Regel ist eine Wettbewerbsverfälschung bereits bei Vorliegen der Begünstigung eines Unternehmens erfüllt, da aufgrund des funktionalen Unternehmensbegriffs ein Wettbewerb vorausgesetzt wird und durch eine Begünstigung - mit Ausnahme von Einzelfällen - auch die Verzerrung des Wettbewerbs zumindest droht.

Dagegen war in der Vergangenheit das Merkmal der Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels ein wesentlicher Punkt, mit dem eine staatliche Beihilfe abgelehnt wurde, wenn die begünstigten Unternehmen keine grenzüberschreitenden Aktivitäten durchführten.

Wie zutreffend dargestellt, kam die Kommission hinsichtlich der Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel in der Vergangenheit mehrfach zu dem Schluss, dass Tätigkeiten rein lokaler Natur den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten nicht beeinträchtigen (u.a. Entscheidung der Kommission vom 12.01.2001, SG(2001) D/ 285046, "Freizeitbad Dorsten"; Entscheidung der Kommission in der Rechtssache N 630/2003 (Abl. C 275 vom 08.12.2005) "Unterstützung örtlicher Museen in Sardinien").

Die Rechtsprechung stellt entgegen der Auffassung der Kommission sowohl für die Frage der Wettbewerbsverfälschung als auch der Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels neben der Konsumentensicht auch auf den potentiellen Wettbewerb zwischen den Unternehmen ab (Urteil des EuGH vom 10. Januar 2006, C-222/04, "Cassa di Risparmio di Firenze"). In diesem Zusammenhang ist zu untersuchen, ob und inwieweit durch die Beihilfe der Marktzugang potentieller Wettbewerber auf dem spezifischen Markt erschwert wird. Eine lokale Begrenzung der staatlichen Beihilfe und damit keine innergemeinschaftliche Beeinträchtigung kann somit nur noch in den Fällen angenommen werden, in denen kein europaweit agierender Wettbewerber existiert.

Wie zutreffend im Gutachten des vbw dargestellt, gibt es in Europa jedoch mehrere Wohnungsunternehmen, die in verschiedenen Mitgliedsstaaten Niederlassungen und Immobilien besitzen. Dies zeigt sich auch bei der Veräußerung staatlicher Immobilienportfolios, bei der regelmäßig mehrere Interessenten, zum Teil aus dem europäischen Ausland, Angebote abgeben. In Folge des Umfangs der von der Stadt Tübingen an die GWG veräußerten Immobilienportfolios kann unseres Erachtens nicht ausgeschlossen werden, dass weitere Wohnungsunternehmen Interesse an dem Erwerb der Immobilien gehabt hätten. Als Folge davon ist aufgrund der Begünstigung der GWG durch die Nichtberücksichtigung des Grundstückswertes und die Gewährung des Investitionszuschusses, unseres Erachtens auch eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels im vorliegenden Fall anzunehmen.

II. Zwischenergebnis

Die Veräußerung des Immobilienbestandes an die GWG unterhalb des Marktpreises, die Gewährung des Investitionszuschusses und die Übernahme der Bürgschaft durch die Stadt verwirklicht unseres Erachtens den Tatbestand der verbotenen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV.

Gegebenenfalls könnten Ausnahmetatbestände im vorliegenden Fall eine Beihilfe oder die Notifizierungspflicht durch die Kommission entfallen.

III. Ausnahmetatbestände

Hierbei ist zwischen Ausnahmetatbeständen zu unterscheiden, welche Auswirkungen auf die Annahme einer Beihilfe, die Notifizierungspflicht oder die Möglichkeit zur Durchsetzung der Rückforderung durch die Kommission haben.

1. *Möglichkeit der Rückforderung von Beihilfen durch die Kommission*

Die Kommission kann unseres Erachtens etwaige Beihilfen im Zuge der Veräußerung der Tranchen eins und zwei nicht mehr zurückfordern. Die Gewährung der Beihilfen ist zutreffend spätestens mit der Eintragung der GWG im Grundbuch zu sehen. Diesbezüglich bestehen die Befugnisse der Kommission zur Rückforderung von Beihilfen durch Ablauf der Frist von 10 Jahren nicht mehr.

Unseres Erachtens gilt dies auch für die Grundstücke, welche zwischenzeitlich durch die GWG veräußert wurden und für die eine 70 prozentige Nachzahlung an die Stadt erfolgte. Auch wenn die potentielle Möglichkeit einer Nachzahlungspflicht besteht, liegt unseres Erachtens im Zeitpunkt der Immobilienübertragung eine endgültige Beihilfegewährung vor. Die Pflicht zur Nachzahlung im Falle der Veräußerung war bereits Bestandteil des Kaufvertrags. Soweit der Kaufvertrag als staatliche Beihilfe anzusehen ist, ergibt sich durch Nachzahlungsverpflichtung keine andere Wertung der Beihilfe. Vor dem Hintergrund, dass die vorliegende Regelung allenfalls zu einer Reduzierung der gewährten Beihilfe führen und es keinesfalls zu einer Ausweitung der gewährten Beihilfe kommen kann, wird auch nicht ein neuer Beihilfetatbestand verwirklicht. Bei der Nachzahlung handelt es sich auch nicht um eine Maßnahme der Kommission oder der Stadt auf Antrag der Kommission, welche zum Neubeginn der Frist des Art. 15 Abs. 2 der EG-Verordnung Nr. 659/1999 führen würde. Eine etwaige Nachzahlung ist unseres Erachtens bereits Bestandteil der oben festgestellten Beihilfe und kein erneutes Aufgreifen der Beihilfe im Sinne des Art. 15 Abs. 2 der EG-Verordnung Nr. 659/1999.

Für die Beihilfe im Zusammenhang mit der Veräußerung der dritten Tranche ist die Frist des Art. 15 Abs. 1 EG-Verordnung Nr. 659/1999 noch nicht abgelaufen, so dass die Kommission die damit zusammenhängenden Beihilfen zurückfordern könnte.

Im Ergebnis ist daher in einem nächsten Schritt zu untersuchen, inwieweit diese Beihilfe von der Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV befreit war.

2. De-Minimis-Verordnung

Nach der De-minimis-Verordnung (Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 vom 15. Dezember 2006) sind Beihilfen, die einem Unternehmen gewährt werden als so geringfügig anzusehen, dass sie von der Notifizierungspflicht befreit sind, wenn der Umfang der Beihilfen 200.000 EUR in drei Steuerjahren nicht übersteigt. Nach der sog. DAWI-De-minimis-Verordnung (Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012) sind darüber hinaus Beihilfen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Umfang von 500.000 EUR in drei Steuerjahren von der Notifizierung ausgenommen.

Die vorliegend in Rede stehenden Beihilfen übersteigen die nach den De-minimis-Verordnungen möglichen Beträge erheblich, so dass nach diesen Verordnungen keine Befreiung von der Notifizierungspflicht erfolgen kann. Dies gilt auch für die übernommene Bürgschaft, deren Bruttosubventionsäquivalent zwar unterhalb der Schwellenwerte der De-minimis-Verordnung liegt, da jedoch alle an die GWG gewährten Vergünstigungen zusammen zu rechnen sind.

3. Freistellungsentscheidung

Die Freistellungsentscheidung ist nicht auf die absolute Höhe der staatlichen Beihilfe, sondern nur auf Ausgleichszahlungen beschränkt, so dass auch Beihilfen im vorliegenden Umfang vom Notifizierungsverfahren ausgenommen sein können. Die Freistellungsentscheidung gilt für Beihilfen, die bis zum 31.01.2012 gewährt wurden (Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden). Für Beihilfen ab dem 01.02.2012 wurde die Freistellungsentscheidung durch den Freistellungsbeschluss ersetzt (Beschluss der Kommission vom 20.12.2011 über die Anwendung von Artikel 106 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind). Für die Frage, ob die Leistungen der Stadt an die GWG beihilfekonform gewährt werden durften, ist demnach anhand der Voraussetzungen der Freistellungsentscheidung zu prüfen, inwieweit die Voraussetzungen erfüllt wurden.

Zunächst ist der Anwendungsbereich der Freistellungsentscheidung nur eröffnet, wenn es sich bei den Tätigkeiten um Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) handelt. Die Tätigkeit der GWG, welche insbesondere die Förderung sozialen Wohnraums umfasst, wurde unseres Erachtens zutreffend als DAWI qualifiziert. Das Recht der Stadt, aufgrund der Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen nach Art. 28 Abs. 2 GG einzelne DAWI zu bestimmen, wird in Baden-Württemberg durch § 102 Abs. 1 Gemeindeordnung Baden-Württemberg (GemO) beschränkt.

Die Voraussetzungen des § 102 Abs. 1 GemO gelten auch für kommunale Eigengesellschaften in der Rechtsform der GmbH. Die Förderung eines öffentlichen Zweckes ist bei der Tätigkeit der GWG zu bejahen, so dass der rechtliche Rahmen der Stadt für die Qualifizierung der Tätigkeit der GWG als DAWI nicht überschritten wurde.

Die Freistellungsentscheidung sieht für die Freistellung der Ausgleichsleistungen von der Notifizierungspflicht vor, dass das Unternehmen mit der Erbringung der DAWI durch einen oder mehrere Verwaltungs- oder Rechtsakte betraut werden muss. Jedoch bedingt Art. 4 der Freistellungsentscheidung einen gewissen Mindestinhalt einer Betrauung. Demnach muss unter anderem folgendes aus dem Betrauungsakt hervorgehen:

- a) Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen;
- b) das beauftragte Unternehmen und der geografische Geltungsbereich;
- c) Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte;
- d) die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen;
- e) die Vorkehrungen, die getroffen wurden, damit keine Überkompensierung entsteht bzw. etwaige überhöhte Ausgleichszahlungen zurückgezahlt werden.

Die Form des Betrauungsaktes kann von der Kommune frei gewählt werden. So kann die Betrauung durch einen Verwaltungsakt in Form eines Zuwendungsbescheides oder als rechtlicher Akt in Form eines privat- oder öffentlich-rechtlichen Vertrags erfolgen. Ebenso ist unter den Begriff "Rechtsakt" im Sinne der Freistellungsentscheidung unseres Erachtens auch ein gesellschaftsrechtlicher Beschluss zu fassen. Insofern können Gemeinderatsbeschlüsse, in denen die Gesellschaft mit der Erbringung betraut wird und die durch den gesetzlichen Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung umgesetzt werden, den Formvoraussetzungen entsprechen. Ebenso können die Regelungen eines Gesellschaftsvertrages die oben genannten Voraussetzungen erfüllen.

Die Betrauung kann in mehreren Akten festgehalten werden (vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI vom 20.12.2011, Rz. 52), so dass sich die notwendigen Inhalte der Betrauung sowohl aus dem Gesellschaftsvertrag als auch aus Beschlüssen der Gesellschafter ergeben können. Es ist jedoch zu beachten, dass der Erlass eines Betrauungsakts nur eine Wirkung für die Zukunft entfalten kann. Dies folgt aus dem Umstand, dass die Freistellungsentscheidung fordert, dass die Parameter für die Berechnung nach Art. 4 lit. d) im Vorfeld erstellt werden müssen.

a) Betrauungsakt

Entgegen den Regelungen des Freistellungsbeschlusses kann eine Betrauung nach der Freistellungsentscheidung aus konkludenten Handlungen der Stadt erfolgen. In diesem Zusammenhang ist daher zu untersuchen, ob der Immobilienverkauf mit den zugehörigen Gemeinderatsbeschlüssen und dem Gesellschaftsvertrag der GWG nicht den Anforderungen eines mehrstufigen Betrauungsakts entspricht.

Die Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtung ergeben sich unseres Erachtens sowohl aus dem im Gesellschaftsvertrag niedergelegten Gesellschaftszweck der GWG als auch aus dem Grundstückskaufvertrag vom 31. März 2009, in denen einerseits die Verpflichtung zur energetischen Sanierung der Immobilien (Teil II. Nr. 7) und andererseits eine soziale Komponente (Teil II. Nr. 9) festgelegt wurden. Wie bereits oben erwähnt handelt es sich hierbei um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

Das beauftragte Unternehmen - vorliegend die GWG - ist sowohl durch die Gemeinderatsbeschlüsse und durch den Grundstückskaufvertrag eindeutig bestimmt.

Ausschließliche Rechte sind nach unserem Verständnis der GWG nicht gewährt worden. Die Übertragung der Immobilien gibt zwar der GWG die Möglichkeit der wirtschaftlichen Nutzung bzw. Verwertung. An einem die Konzession begründenden Nutzungsrecht fehlt es in der Regel jedoch, wenn das Nutzungsrecht allein im Eigentumsrecht des entsprechenden Wirtschaftsteilnehmers verwurzelt ist (Urteil des EuGH vom 25. März 2010, C-451/08, "Helmut Müller").

Die Parameter, anhand deren der mögliche Ausgleich berechnet wird, dienen der Transparenz der Beihilfe und sollen verhindern, dass dem betrauten Unternehmen ein wirtschaftlicher Vorteil erwächst, der es gegenüber anderen Wettbewerbern begünstigt. An die Festlegung der Parame-

ter werden von der Kommission keine erhöhte Anforderungen gestellt, solange die Ausgleichsleistungen eindeutig bestimmt werden können (vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften vom 20.12.2011, Rz. 55). Vorliegend kann unseres Erachtens vertreten werden, dass sowohl der Kaufvertrag vom 31. März 2009 als auch der Gemeinderatsbeschluss vom 1. Dezember 2008 diese Parameter enthält. Die Ausgleichsleistungen der Stadt sind dort eindeutig festgelegt. Auch die Änderungen der Ausgleichsleistungen ergeben sich aus dem Kaufvertrag. Wird ein Teil der Grundstücke veräußert, so entsteht eine Nachzahlungsverpflichtung in Höhe von 70% des Richtwerts des Grund und Bodens zum Zeitpunkt der Veräußerung.

Als problematisch ist allerdings die Frage der Überkompensationsregelung zu sehen. Nach Art. 4 lit. e) der Freistellungsentscheidung ist im Betrauungsakt niederzulegen, inwieweit eine Überkompensation verhindert bzw. sofern sie bereits eingetreten ist, wie sie beseitigt werden kann. Von einer Überkompensation spricht man, wenn das Unternehmen Ausgleichsleistungen erhält, die über das hinausgehen, was erforderlich ist, die Kosten aus der Erbringung der DAWI unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eine angemessene Rendite abzudecken (vgl. Art. 5 Abs. 1 der Freistellungsentscheidung). Zu beachten ist dabei, dass nur die Kosten und Einnahmen der betrauten DAWI hierbei berücksichtigt werden dürfen. Werden verschiedene Tätigkeiten durchgeführt, so ist anhand einer Trennungsrechnung zu ermitteln, ob durch die Gewährung der Ausgleichsleistungen eine Überkompensation entstanden ist.

Auf den vorliegenden Fall bezogen bedeutet dies, dass die GWG nachzuweisen hat, dass durch die Gewährung der staatlichen Beihilfe kein Vorteil entstanden ist. Eine Gesamtsicht hinsichtlich aller Kosten und Einnahmen aus den Tätigkeiten der GWG würde nach den uns vorliegenden Unterlagen zu der Annahme einer Überkompensation führen, da die GWG mit einem jährlichen Gewinn abschließt, es sei denn, dieser Gewinn stellt sich als angemessene Rendite dar. Unter dem Begriff "angemessene Rendite" ist ein angemessener Kapitalertrag unter Berücksichtigung des von dem Unternehmen aufgrund des staatlichen Eingreifens eingegangenen Risikos bzw. unter Berücksichtigung des fehlenden Risikos zu verstehen (vgl. Art. 5 Abs. 4 der Freistellungsentscheidung). Dies kann sich von Wirtschaftszweig zu Wirtschaftszweig unterscheiden. Im Zweifel ist die Berechnung der angemessenen Rendite im Betrauungsakt festzulegen. Inwieweit der jährliche Gewinn der GWG einer solchen Beurteilung standhält, kann nicht im Rahmen dieses Gutachtens beurteilt werden.

Auf eine Festlegung kann allerdings verzichtet werden, wenn die Durchführung der DAWI keinen Gewinn erzielt. Vorliegend kann nach dem Gesellschaftsvertrag die gesamte Tätigkeit der GWG als eine DAWI aufgefasst werden. Jedoch kann auch vertreten werden, dass die Betrauung nur die im Grundstücksvertrag vom 31. März 2009 aufgeführten Gebäude betrifft, für die auch die soziale Verpflichtung und die Verpflichtung zur energetischen Sanierung besteht. Daher wäre zu untersuchen, ob die GWG durch die Übernahme dieser Wohnung vor dem Hintergrund der im Vertrag eingegangenen Verpflichtungen überhaupt Gewinne erzielt. Soweit die GWG nur anhand des im Zweifel vergünstigten Kaufpreises, des Investitionszuschuss und der Bürgschaft in der Lage ist, diese Wohnungen kostendeckend betreiben kann, wäre eine Überkompensation nicht gegeben. Zudem könnte die in den Kaufverträgen enthaltene Nachzahlungsregelung als Regelung zur Vermeidung von Überkompensationen gewertet werden. Jedoch verbleibt der GWG auch im Nachzahlungsfall zumindest ein Vorteil in Höhe von 30 % des Wertes von Grund und Boden, so dass diese Regelung eine Überkompensation nicht vollständig vermeiden kann.

b) Zwischenergebnis

Mangels bestimmter Formvorschriften für einen Betrauungsakt können die Handlungen der Stadt, welche sie im Rahmen des Immobilienverkaufs vorgenommen hat, den Anforderungen eines Betrauungsakts nach der Freistellungsentscheidung entsprechen. Hierzu müsste aber die GWG den Nachweis erbringen, dass durch die Gewährung der Ausgleichsleistungen ihr kein wirtschaftlicher Vorteil in Form einer Überkompensation entstanden ist. Soweit die gewährten Begünstigungen die GWG nur in die Lage versetzt hat, die durch die Übernahme der Wohnungen und der damit zusammenhängenden Verpflichtungen entstehenden Verluste zu verhindern, läge keine Überkompensation und damit kein wirtschaftlicher Vorteil vor.

Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass im Rahmen einer Überprüfung durch ein Gericht oder die Kommission eine andere Ansicht vertreten wird. Insbesondere der Umstand, dass sich die oben genannten Voraussetzungen zum Teil aus konkludenten Handlungen der Stadt ergeben und nicht eindeutig in Schriftform im Vorfeld der Gewährung niedergelegt wurden, könnte gegen die Annahme einer Betrauung bzw. einer beihilfekonformen Finanzierung sprechen. Auch kann diskutiert werden, ob in den Gemeinderatsbeschlüssen die Vorkehrungen zur Verhinderung einer Überkompensation ausreichend dokumentiert wurden. Als Folge einer Ablehnung einer ordnungsgemäßen Betrauung wären die staatlichen Beihilfen nicht von der Notifizierungspflicht freigestellt. Ein Verstoß gegen diese Pflicht führt nach der Rechtsprechung gem. § 134 BGB zur Nichtigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts.

C. Zusammenfassung/Handlungsempfehlung

Wie im Gutachten des vbw zutreffend dargestellt, verwirklicht die vergünstigte Veräußerung der Immobilien, die Gewährung des Investitionszuschusses und die übernommene Bürgschaft den Tatbestand einer staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV.

Da bereits mehr als 10 Jahre seit Gewährung der Beihilfen im Zusammenhang mit der Veräußerung der ersten und zweiten Tranche vergangen sind, kann die Kommission unseres Erachtens diese Beihilfen nicht mehr zurückfordern.

Eine Ausnahme von der Notifizierungspflicht kann unseres Erachtens nicht nach der De-minimis-Verordnung begründet werden.

Unseres Erachtens kann jedoch argumentiert werden, dass der Grundstückskaufvertrag und der damit zusammenhängende Gemeinderatsbeschluss sowie der Gesellschaftsvertrag der GWG den Anforderungen eines Betrauungsakts nach der Freistellungsentscheidung erfüllen. Diese Argumentation ist allerdings insoweit risikobehaftet, dass die GWG den Nachweis erbringen muss, dass die Gewährung der Vorteile nur zur Abdeckung der aus der Übernahme entstehenden Verluste diene. Des Weiteren besteht aufgrund der nicht eindeutigen Dokumentation des Betrauungsakts das zusätzliche Risiko, dass die Kommission oder ein Gericht das Vorliegen eines Betrauungsakts ablehnen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

PricewaterhouseCoopers Legal
Aktiengesellschaft
Rechtsanwaltsgesellschaft

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Enno Thönnies".

Enno Thönnies
Rechtsanwalt/Steuerberater

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "B. Schienle".

Bernhard Schienle
Rechtsanwalt