

Eckpunkte für ein neues Tourismus- und Strukturkonzept für Tübingen

– Rechtliche Aspekte –

für die Wirtschaftsförderung Tübingen mbH

Baker Tilly Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Kronprinzstraße 8, 70173 Stuttgart
Dr. Stefan Meßmer
Dr. Christian Teuber



Inhaltsverzeichnis

A.	Ausgangssituation und Fragestellungen	4
B.	Rechtliche Einordnung.....	8
1.	Gesellschaftsrechtliche Aspekte	8
1.1	Wahl der GmbH als Rechtsform	8
1.2	Schritte zur Gründung der NewCo.....	9
1.3	Gestaltung des Gesellschaftsvertrags	9
1.3.1	Stammkapital / Einbringung von Mitteln der BVV	9
2.	Kommunalrechtliche Aspekte.....	10
2.1	Kommunalwirtschaftliche Betätigung in Privatrechtsform.....	10
2.2	Nachweis der Anforderungen von § 102 Abs. 1 GemO	11
2.3	Anzeige bei der Kommunalaufsicht.....	13
3.	Vergaberechtliche Aspekte	13
3.1	Allgemeines.....	13
3.2	Vergabepflicht der Aufgabenübertragung auf die NewCo	13
3.3	Vergabepflicht der Auswahl des Mitgesellschafters BVV	14
3.4	Vergabepflicht künftiger Zusatzbeauftragungen der NewCo.....	15
3.4.1	Vorliegen eines öffentlichen Auftrags.....	15
3.4.2	Keine Inhouse-Fähigkeit der NewCo	15
4.	Beihilferechtliche Aspekte	16
4.1	Prüfungsmaßstab und -methodik	16
4.2	Selektive Begünstigung aus staatlichen Mitteln.....	17
4.3	Wettbewerbsverfälschung	18
4.4	Grenzüberschreitender Bezug	21

4.5	Verbot der Quersubventionierung	22
5.	Steuerrechtliche Aspekte	23
5.1	Umsatzsteuer	23
5.2	Vorsteuerabzug.....	24
6.	Arbeitsrechtliche Aspekte.....	25
6.1	Allgemeines.....	25
6.1.1	Betriebsübergang allgemein	25
6.2	Sonderproblem ZVK	27
6.2.1	Grundsatz	27
6.2.2	Mitgliedschaft der NewCo im Abrechnungsverband I.....	29
6.2.3	Mitgliedschaft der NewCo im Abrechnungsverband II.....	30
6.2.4	Wahl des Abrechnungsverbandes der NewCo	30
6.2.5	Weitergehende Überlegungen	31
6.2.6	Handlungsempfehlungen ZVK	31
7.	Übertragung von Verträgen auf die NewCo	32

A. Ausgangssituation und Fragestellungen

In der Universitätsstadt Tübingen (Stadt) sind zurzeit mit dem Bürger- und Verkehrsverein Tübingen e.V. (BVV) sowie der Wirtschaftsförderung Tübingen mbH (WIT) zwei Institutionen im Bereich der touristischen Entwicklung und Vermarktung der Stadt aktiv.

Die WIT ist, wenn auch nicht ausschließlich, vorwiegend für strategische Themen der Tourismusentwicklung zuständig. Der BVV betreibt die Tourist Information Tübingen und managt die Gästebetreuung. Das Tourismusmarketing wird gemeinsam in Abstimmung miteinander durchgeführt.

Der BVV hatte im Jahr 2022 knapp über 400 Mitglieder aus verschiedenen Branchen. Er erhält von der Stadt, basierend auf einem Geschäftsbesorgungsvertrag aus dem Jahr 1979 und einer jährlichen Antragstellung, eine jährliche Zuwendung in Höhe von ca. TEUR 383 (für 2024).

Angesichts völlig veränderter Markt- und Rahmenbedingungen stellt sich das gegenwärtige Aufgaben-, Organisations- und Finanzierungskonstrukt als nicht zukunftsfähig dar. Die Mitgliederentwicklung des BVV ist zudem rückläufig, was bei gleichbleibenden Aufgaben die Finanzierung des Vereins perspektivisch gefährden kann. Zudem steht dem BVV mit den Eintritten der langjährigen Geschäftsführerin sowie des langjährigen Vorsitzenden in den Ruhestand eine erhebliche personelle Veränderung bevor.

In einem Moderations- und Beratungsprozess, begleitet von der Unternehmensberatung PROJECT M, wurde eine Zukunftsstruktur für den Tourismus in Tübingen erarbeitet und abgestimmt. Diese sieht eine gemeinsame Organisation in der Rechtsform einer GmbH (NewCo) mit den Gesellschaftern Stadt und BVV vor. Dabei soll die Stadt rund 80 % und der BVV die weiteren Kapitalanteile an der NewCo halten. Anfallende Verluste der NewCo sollen vollumfänglich von der Stadt getragen werden.

Die NewCo soll die bisherigen Aufgaben von WIT und BVV im Bereich des Tourismusmarketings fortführen, aber auch neue Aufgaben zur Förderung des Tourismus übernehmen. Gleichzeitig ist eine stärkere Verankerung dieses Aufgabenfelds in der Stadtverwaltung vorgesehen. Insgesamt soll die Innenstadt attraktiviert und gestärkt, die Aufenthalts- und Lebensqualität gesichert und mehr touristische Wertschöpfung erzielt werden.

Für die NewCo ist ausweislich der Berechnungen von PROJECT M ab 2028 von einem jährlichen Mittelbedarf von EUR 1,3 Mio. auszugehen. Dies entspricht nach Wegfall der Einmalaufwände nach Gründung im Jahr 2029 einem Mehrbedarf von TEUR 377 im Vergleich zu den bisherigen jährlichen Zuwendungen an die WIT im Bereich Tourismus und den BVV im Jahr 2025.

Die NewCo soll neben der Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführung auch einen Aufsichtsrat mit Vorsitz des Oberbürgermeisters haben. Das Personal der NewCo soll sich aus elf Mitarbeitenden des BVV sowie drei Mitarbeitenden der Abteilung Tourismus und Stadtmarketing der WIT zusammensetzen. Sämtliche Mitarbeitende werden bereits jetzt in Anlehnung an den geltenden TVöD vergütet, wenn auch nach unterschiedlichen Entgeltgruppen. Das begründet sich damit, dass die Mitarbeitenden des BVV bisher eher

operative Aufgaben wahrnehmen, diejenigen der WIT eher strategische. Stellenbewertungen liegen nicht vor.

Auch eine Übertragung der Stelle „Citymanagement“ der WIT (Stelle gegenwärtig nicht besetzt) wird geprüft. Die Finanzierung der NewCo soll über kommunale Zuwendungen sowie ein verändertes Einnahmenmodell erfolgen.

Der BVV erbringt derzeit folgende (einnahmeschaffenden) Tätigkeiten (Seite 30 der Präsentation Mietgliederversammlung BVV):

- Provisionen VVK: Der Vorverkauf (VVK) umfasst den Verkauf von Veranstaltungstickets über verschiedene Systeme und Anbieter, zudem Gutscheine für den Handels- und Gewerbeverein und ÖPNV-Tickets
- Warenverkauf: Hierbei handelt es sich um Souvenirs aller Art.
- Einnahmen aus der Verpachtung des Campingplatzes „Neckarcamping“ und der „Neckarstube“ auf dem Campingplatz
- Miet- und Pachteinnahmen
- Tübinger Blätter: Ein Stadtmagazin, das durch den Verein herausgegeben wird. Inhalt sind Geschichte und Geschichten der Stadt Tübingen
- Mitgliedsbeiträge – verbleiben beim Verein, keine Übertragung an Zielgesellschaft vorgesehen
- Eintrag und Anzeigen: Einnahmen aus Anzeigenschaltungen in Publikationen des Vereins, z.B. Unterkunftsverzeichnis, Veranstaltungsverzeichnis u.a.
- Incoming: Einnahmen aus der Vermittlung von Stocherkahnfahrten und Stadtführungen
- Sonstige Einnahmen: Verkauf Konferenzticket (Ticket zur kostenlosen ÖPNV-Nutzung für Tagungsgäste der Stadt in der Stadt), Opernbus (organisierte Fahrten zur Oper), Einnahmen aus Organisation des Tübinger Sommerfests, Zimmervermittlung Counter, Telefon, online / über Portal.

Für das Jahr 2024 werden vor diesem Hintergrund Einnahmen in Höhe von EUR 831.500 prognostiziert.

Zur Vorbereitung eines Grundsatzbeschlusses der Gremien von Stadt bzw. WIT und BVV soll im Auftrag von PROJECT M eine juristische Prüfung und Einordnung der vorgesehenen Gesellschaftsgründung in Bezug auf die folgenden Rechtsgebiete vorgenommen werden:

- Gesellschaftsrecht
- Kommunalrecht

- Vergaberecht
- Beihilferecht
- Steuerrecht
- Arbeitsrecht

Dabei sind insbesondere folgende Fragen zu prüfen:

- Ausformung der Aufgaben und Entscheidungsbefugnisse von Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat (wichtig: auch inhaltliche Beratung) und Geschäftsführung
- Einschätzung der kommunalrechtlichen Zulässigkeit vorbehaltlich einer späteren formalen kommunalaufsichtsrechtlichen Prüfung
- Vergaberechtliche Gestaltung im Hinblick auf die teils privatwirtschaftlichen Gesellschafter
- Vorgehensweise zur beihilferechtskonformen Umsetzung der Gesellschaft
- Vorgehensweise zur steueroptimierten Gestaltung der kommunalen Zuwendung an die Gesellschaft (insoweit ist das Urteil des Finanzgerichts Baden-Württemberg vom 21.11.2022 zu beachten)
- Einschätzung im Hinblick auf die Vorsteuerabzugsfähigkeit der Gesellschaft
- Vorgehensweise zur arbeitsrechtlichen Gestaltung im Wege eines Betriebsübergangs von der WIT und dem BVV auf die NewCo sowie Einschätzung zu den Möglichkeiten der Personalgestaltung
- Zeitliche Vorgehensweise zur Übertragung von Aufgaben, personellen Ressourcen und Vermögensgegenständen, insbes. im Hinblick auf die Anstellung der neuen Geschäftsführung, Prüfung Möglichkeiten der Vorgesellschaft und der Vor-GmbH
- Umgang mit den Fragen der Zusatzversorgung und der Rentenansprüche der Mitarbeitenden des BVV und der WIT (hierzu gab es bereits Korrespondenz mit dem KVBW)
- Möglichkeiten zur Übertragung von Mitteln des BVV an die NewCo
- Übertragung von bestehenden Verträgen zwischen WIT und Dienstleistern zur Durchführung von Veranstaltungen (Geschäftsbesorgung, Zuschussvereinbarungen) auf die NewCo

Für unsere Prüfung hat uns PROJECT M folgende Unterlagen überlassen:

- Angebotsbriefing PROJECT M Juristische Begleitung

- Aktuelle Organigramme WIT und BVV
- Präsentation PROJECT M „Eckpunkte für ein Tourismus- und Strukturkonzept für Tübingen“ für das Abstimmungsgespräch am 7. Mai 2024
- Satzung des BVV
- Vereinbarung zwischen der Stadt und dem BVV vom 20. Dezember 1979
- Zuschussantrag des BVV an die Stadt vom 13. Juli 2023
- Urteil des Finanzgerichts Baden-Württemberg vom 21. November 2022
- E-Mail-Korrespondenz von Frau Gabriele Eberle vom 12. Juni 2024 betreffend ZVK
- Präsentation des BVV für die Mitgliederversammlung am 20. September 2023 mit einer Übersicht der Einnahmen des BVV in den Jahren 2021 – 2024 (E-Mail Frau Vollheim von PROJECT M vom 26. Juli 2024)
- Aufstellung Verträge zum Stadtmarketing 2024 (E-Mail Frau Vollheim von PROJECT M vom 26. Juli 2024)
- Überschlägiger Kostenrahmen für die NewCo (E-Mail Frau Vollheim von PROJECT M vom 31. Juli 2024)

B. Rechtliche Einordnung

Unsere rechtliche Bewertung erfolgt ausschließlich hinsichtlich der aufgeworfenen Rechtsfragen in den Themengebieten (i.) Gesellschaftsrecht, (ii.) Kommunalrecht, (iii.) Vergaberecht, (iv.) Beihilferecht, (v.) Steuerrecht und (vi.) Arbeitsrecht im Hinblick auf die NewCo und auf Grundlage der uns zur Verfügung stehenden Informationen.

1. Gesellschaftsrechtliche Aspekte

1.1 Wahl der GmbH als Rechtsform

Zweckmäßige Rechtsform zur Umsetzung der vorgesehenen gemeinsamen Organisation mit neuen Aufgaben zur Förderung des Tourismus ist (auch) nach unserer Einschätzung die privatrechtlich organisierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

Hierfür spricht aus unserer Sicht insbesondere, dass die GmbH durch ihre eigene Rechtspersönlichkeit ein praxisgerechtes, selbständiges Agieren am Markt ermöglicht, zugleich aber den erforderlichen kommunalen Einfluss sichert. Eine GmbH bietet außerdem gegenüber einer Anstalt öffentlichen Rechts oder einem rechtlich unselbständigen Regie- oder Eigenbetrieb wegen ihrer auf das Stammkapital beschränkten Haftung, ihrer unkomplizierten Gründung, ihrer rechtlichen Selbständigkeit und ihrer unternehmerischen Führungsstruktur, welche Entscheidungsfreudigkeit und Handlungsschnelligkeit fördert, Vorteile.

In Abgrenzung zur Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) verfügt die GmbH zwar weder über Dienstherrenfähigkeit noch vermag sie öffentlich-rechtlich zu handeln (z. B. durch Erlass von Beitragssatzungen). Diese Vorteile der AöR sind für die vorgesehene neue Organisation im Bereich des Tourismusmarketings aber weder gewünscht noch erforderlich. Regie- und Eigenbetriebe sind ebenfalls nicht zweckmäßig. Ein Regiebetrieb hat keine eigene Rechtspersönlichkeit und ist eingebunden in die Organisationsstruktur seiner Trägerkörperschaft, hier der Stadt Tübingen. Er ist mithin Teil der Stadtverwaltung („Amt“). Eigenbetriebe sind rechtlich ebenfalls nicht verselbständigt, es kommt ihnen aber zumindest eine organisatorische und wirtschaftliche Selbstständigkeit zu. Im Ergebnis liefe die Gründung als Regie- oder Eigenbetrieb damit auf eine nicht gewollte Rekommunalisierung des Destinationsmarketings hinaus.

Organe der GmbH sind grundsätzlich die Gesellschafterversammlung und die Geschäftsführung. Als zusätzliches Kontrollorgan zur Sicherung des kommunalen Einflusses kann, wie vorliegend beabsichtigt, ein (fakultativer) Aufsichtsrat eingerichtet werden. Der Gesellschafterversammlung obliegt grundsätzlich u.a. die Feststellung des Jahresabschlusses, die Entlastung der Geschäftsführung, die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern. Die Geschäftsführer der GmbH handeln im Rahmen der gesellschaftsvertraglichen Regelungen eigenverantwortlich. Sie leiten die GmbH und vertreten diese nach außen. Im Rahmen des Gesellschaftsvertrags der GmbH und/oder einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der GmbH kann deren Handlungs- und Entscheidungsspielraum eingeschränkt werden. Dies geschieht regelmäßig durch einen Katalog zustimmungsbedürftiger Maßnahmen. Schließlich kann die Gesellschafterversammlung grundsätzlich Weisungen

gegenüber der Geschäftsführung erteilen. Insgesamt lässt sich feststellen, dass ein hinreichender kommunaler Einfluss auf eine GmbH durch eine entsprechende Gestaltung sichergestellt werden kann.

Die Finanzierung einer GmbH erfolgt aus ihrem Eigenkapital, das die Gründungsgesellschafter als Stammkapital einbringen oder anschließend in die Kapitalrücklage leisten. Darüber hinaus kommt insbesondere die Finanzierung durch die Aufnahme von Darlehen bei Kreditinstituten in Betracht. Schließlich ist auch eine (anteilige) Finanzierung durch Zuwendungen der öffentlichen Hand (vorliegend der Stadt) möglich.

1.2 Schritte zur Gründung der NewCo

Für die Gründung der NewCo als GmbH sind (neben etwaigen Beschlüssen der Gremien der vorgesehenen Gründungsgesellschafter) grundsätzlich folgende Schritte nötig:

- Erarbeitung eines Gesellschaftsvertrags, der die Zustimmung der Gründungsgesellschafter findet, einschließlich etwaiger Geschäftsordnungen
- Notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags
- Bestellung eines Geschäftsführers
- Leistung der Stammeinlage

Wenn die NewCo zum 1. Januar 2026 gegründet werden soll, sind folgende Beschlüsse des Stadtrats erforderlich:

- Grundsatzbeschluss (Herbst 2024): Kenntnisaufnahme und Absichtserklärung des Stadtrats, verbunden mit der Beauftragung der Verwaltung zur Vorbereitung eines abschließenden Umsetzungsbeschlusses
- Umsetzungsabschluss (Sommer 2025): Beschluss mit verbindlicher Wirkung zur Gründung der NewCo auf Basis der vorgelegten Detailprüfungen und Rechtsgrundlagen (Satzung der Gesellschaft, Geschäftsordnungen, Wirtschaftsplanung für 2026 usw.).

1.3 Gestaltung des Gesellschaftsvertrags

1.3.1 Stammkapital / Einbringung von Mitteln der BVV

Bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags ist u.a. die Höhe des zu erbringenden Stammkapitals näher zu bestimmen. Insofern sind verschiedene Optionen denkbar:

- a) Das Stammkapital der NewCo könnte EUR 25.000,00 (Mindeststammkapital, § 5 Abs. 1 GmbHG) betragen und von den Gesellschaftern entsprechend ihres Anteils am Stammkapital erbracht werden.

Darüber hinausgehendes Kapital könnte sowohl von der BVV als auch von der Stadt jeweils anteilig entsprechend ihres Gesellschaftsanteils in die Kapitalrücklage der NewCo geleistet werden, § 272 Abs. 2 Nr.4 HGB.

- b) Alternativ könnte das Stammkapital der NewCo auch höher als das Mindeststammkapital festgesetzt werden. Hierbei könnte das von der BVV für die NewCo vorgesehene Kapital berücksichtigt werden und weiteres Stammkapital von der Stadt entsprechend ihres vorgesehenen Anteils an der NewCo erbracht werden.

Die Variante a) hat den Vorteil geringerer Notarkosten und einer geringeren Haftungssumme der GmbH. Nachteilig könnte demgegenüber eine ggf. gegenüber der Variante b) geringere Bonität der NewCo sein.

Aus unserer Sicht sprechen die besseren Gründe für die Variante a). Eine abschließende Prüfung sollte aber erst zu einem späteren Zeitpunkt und bei fortgeschrittenem Stadium der Überlegungen erfolgen.

2. Kommunalrechtliche Aspekte

2.1 Kommunalwirtschaftliche Betätigung in Privatrechtsform

Da die Stadt unmittelbare Gesellschafterin der NewCo werden soll, greifen vorliegend §103 Abs. 1 und 2 und § 103a GemO BW.

Nach § 103 Abs. 1 GemO darf die Gemeinde ein Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn

1. das Unternehmen seine Aufwendungen nachhaltig zu mindestens 25 vom Hundert mit Umsatzerlösen zu decken vermag,
2. im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung sichergestellt ist, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird,
3. die Gemeinde einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens erhält,
4. die Haftung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird,
5. bei einer Beteiligung mit Anteilen in dem in § 53 des Haushaltsgrundsätzegesetzes bezeichneten Umfang im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung die in § 103 Abs. 1 Nr. 5 näher bezeichneten Vorkehrungen getroffen werden.

Die Erfüllung des öffentlichen Zwecks „Destinationsmarketing“ kann durch den Gesellschaftsvertrag sichergestellt werden; der erforderliche angemessene Einfluss der Stadt Tübingen wird bereits über ihre Gesellschafterstellung vermittelt. Mit rund 80 % der Kapitalanteile an der NewCo kann die Stadt Tübingen nahezu alle wesentlichen Entscheidungen auf

Gesellschaftsebene treffen. Die Haftung der Stadt Tübingen ist bei einer GmbH (= Gesellschaft mit beschränkter Haftung) schließlich von Gesetzes wegen beschränkt.

Die Umsetzung der genannten gesetzlichen Anforderungen stellt damit nach unseren Erfahrungen kein wesentliches Hindernis dar, wenn – wie vorgesehen – die NewCo die einnahmeschaffenden Tätigkeiten des BVV fortführt.

2.2 Nachweis der Anforderungen von § 102 Abs. 1 GemO

Weiter muss die Stadt darlegen, dass für die Gründung der NewCo die materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 102 GemO vorliegen. Dies gilt auch dann, wenn – wie hier – die beiden Vorgängereinheiten WIT und (der private Verein) BVV bereits (zulässigerweise) in demselben Tätigkeitsbereich wie die NewCo aktiv waren.

Nach § 102 Abs. 1 GemO darf die Gemeinde ungeachtet der Rechtsform wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
3. bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder erfüllt werden kann (sog. „verschärfte“ Subsidiaritätsklausel).

Über ein Tätigwerden der Gemeinden nach § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO entscheidet der Gemeinderat nach Anhörung der örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel (§ 102 Abs. 2 GemO).

Vorliegend ist der Anwendungsbereich von § 102 Abs. 1 GemO möglicherweise schon nicht eröffnet, soweit die NewCo im Bereich des unentgeltlichen Destinationsmarketings tätig wird. Denn die Vorgaben des § 102 Abs. 1 GemO gelten ausweislich ihres Wortlauts nur für die Errichtung wirtschaftlicher Unternehmen. Unabhängig von der unklaren Reichweite des Begriffs des wirtschaftlichen Unternehmens (hierzu ausführlich VG Karlsruhe, Urt. v. 29.08.2017, 11 K 2695/15, BeckRS 2017, 150728, Rn. 52-57) sind kraft gesetzlicher Definition des § 102 Abs. 4 Nr. 2 GemO *„Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der Kunstpflege, der körperlichen Ertüchtigung, der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege sowie öffentliche Einrichtungen ähnlicher Art“*, d. h. Einrichtungen, die Aufgaben von allgemeinem öffentlichem Interesse wahrnehmen, keine wirtschaftlichen Unternehmen im kommunalrechtlichen Sinne (Ade/Weber, in: PdK BW B-2, GemO § 102 Ziff. 5).

Jedenfalls das nicht einnahmeschaffende Destinationsmarketing, das die Bekanntheit einer Kommune und damit ihre allgemeine Wirtschaftskraft stärken soll, ist nach hier vertretener Rechtsauffassung dem Bereich der nicht-wirtschaftlichen Unternehmen zuzurechnen. Dies ist bisher allerdings nicht abschließend geklärt. So werden z. B. Tätigkeiten der kommunalen Wirtschaftsförderung wohl überwiegend dem Bereich der wirtschaftlichen Unternehmen

nach § 102 Abs. 1 GemO zugeordnet (vgl. Aker/Hafner/Notheis, Gemeindeordnung Baden-Württemberg, Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 102 Rn. 56; Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, Band 3, 4. Aufl, Stand 32. EL, § 102 Rn. 23, 33; vgl. auch die Beispiele für nicht-wirtschaftliche Unternehmen dort in Rn. 67 f., bei denen das Destinationsmarketing gerade nicht aufgeführt wird). Jedenfalls vor dem Hintergrund der erheblichen einnahmeschaffenden Tätigkeiten des BVV, die die NewCo nach unserer Kenntnis fortführen soll, wäre dieser Punkt mit der zuständigen Kommunalaufsicht abzustimmen.

Geht man vorsorglich davon aus, dass die NewCo ein wirtschaftliches Unternehmen nach § 102 Abs. 1 GemO darstellt, ist darauf zu verweisen, dass die verschärfte Subsidiaritätsklausel des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO nur bei einem Tätigwerden „*außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge*“ eingreift. Dieser Begriff ist gesetzlich nicht definiert. Der baden-württembergische Landesgesetzgeber hat aber im Rahmen der Novellierung der Gemeindeordnung im Jahr 1999 in die Gesetzesbegründung eine – nicht abschließende - Aufzählung kommunaler Daseinsvorsorgeaufgaben aufgenommen (LT-Drucks. 12/4055, S. 24). Dort wird ausgeführt: „*Unter den Begriff der Daseinsvorsorge fallen, jeweils grundsätzlich bezogen auf den örtlichen Wirkungskreis, unstreitig z.B. die Stadtplanung und Stadtentwicklung, der soziale Wohnungsbau, die kommunale Wirtschaftsförderung in Form der Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur, Maßnahmen im Zusammenhang mit der kommunalen Sozial- und Jugendhilfe, das Krankenhauswesen, die Förderung von Kultur, Bildung und Sport, der öffentliche Personennahverkehr, die Wasser- und Energieversorgung sowie die kommunale Entsorgungswirtschaft (Abfall und Abwasser).*“

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg ist der kommunalrechtliche Begriff der Daseinsvorsorge vor diesem Hintergrund nicht auf Maßnahmen beschränkt, die für das Leben und Zusammenleben der Bürger in einer kommunalen Gemeinschaft existenziell (zwingend) notwendig sind. Andererseits sei zu beachten, dass die Kommunen der Privatwirtschaft nicht ohne Not schrankenlos Konkurrenz machen sollen. Ausgehend von dieser gesetzgeberischen Zielsetzung für die Subsidiaritätsklausel und der historisch gewachsenen Kommunalwirtschaft sei daher „*auf der Grundlage einer Interessenabwägenden, die Belange der Privat- und der Kommunalwirtschaft gleichermaßen berücksichtigenden Betrachtungsweise zu bewerten und zu entscheiden, ob eine wirtschaftliche Betätigung unter den Begriff der Daseinsvorsorge fällt*“ (VGH Mannheim, Urt. v. 05.11.2014, 1 S 2333/13, NVwZ-RR 2013, 307, Rn. 67 m.w.N.; ebenso VG Karlsruhe, Urt. v. 29.08.2017 - 11 K 2695/15, BeckRS 2017, 150728, Rn. 62).

Gemessen an diesem Maßstab sind nach unserer Rechtsauffassung die Tätigkeiten der NewCo im Bereich des Destinationsmarketings im Hinblick auf ihre rechtliche Einordnung als Leistungen im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge nicht anders zu beurteilen als Leistungen der herkömmlichen kommunalen Wirtschaftsförderung oder der allgemeinen Stadtentwicklung, so dass die Subsidiaritätsklausel vorliegend beachtet ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Destinationsmarketing die Aufgabe der NewCo nach außen erkennbar prägt und die angesprochenen einnahmeschaffenden Tätigkeiten – unabhängig von ihrem konkreten Umfang – lediglich untergeordneten Charakter aufweisen, also von der gemeinwohldienlichen Aufgabe „mitgezogen“ werden.

2.3 Anzeige bei der Kommunalaufsicht

Nach § 108 GemO besteht eine Vorlagepflicht der Stadt gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde bei Beschlüssen über Maßnahmen und Rechtsgeschäfte nach § 103 Abs. 1 und 2, §§ 103 a, 105 a Abs. 1, §§ 106, 106 a und 107 GemO. Dabei ist mit den vorstehend genannten Erwägungen das Vorliegen ihrer gesetzlichen Voraussetzungen nachzuweisen.

3. Vergaberechtliche Aspekte

3.1 Allgemeines

Vorliegend ist zwischen drei Fragestellungen zu differenzieren: (i.) Zunächst stellt sich die Frage, ob die Gründung der NewCo zum Zwecke des Destinationsmarketings einen vergabepflichtigen Vorgang darstellt. (ii.) Weiter ist zu prüfen, ob die Auswahl des Mitgesellschafters BVV dem Vergaberecht unterliegt. (iii.) Schließlich ist zu prüfen, ob die Stadt künftig berechtigt ist, die NewCo ohne vorherige Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens mit weiteren Leistungen zu beauftragen.

3.2 Vergabepflicht der Aufgabenübertragung auf die NewCo

„Öffentliche Aufträge“ sind nach § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB grundsätzlich im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben. Nach § 103 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge *„entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern [...] und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die [...] die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben“*.

Gründen öffentliche Auftraggeber mit anderen öffentlichen Auftraggebern oder Privaten – wie hier dem BVV – eine GmbH, ist dieser Vorgang zunächst vergaberechtlich unbeachtlich, da in der Schaffung einer Organisation keine Beschaffung von Lieferungen oder Leistungen liegt. Anders kann es sich jedoch verhalten, wenn der Organisation die Erfüllung von Aufgaben des gründenden öffentlichen Auftraggebers und die Erbringung damit verbundener Leistungen übertragen werden sollen. In solchen Fällen eines mehrschrittigen Vorgangs bedarf es einer einheitlichen Bewertung des Vorgangs und seiner Zielsetzung unter dem Gesichtspunkt, ob der Vorgang in seiner Gesamtheit als öffentlicher Auftrag i. S. v. § 103 Abs. 1 GWB einzustufen ist (Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 103 Rn. 54; Mädler, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 103 GWB Rn. 107).

Für die Annahme eines öffentlichen Auftrages kommt es vorliegend somit darauf an, ob die Stadt als Mehrheitsgesellschafter der NewCo bei einer ganzheitlichen Betrachtung zum Zwecke der *entgeltlichen* Beschaffung als Nachfrager einer Leistung am Markt tätig wird. Das kann grundsätzlich auch zum Zwecke der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (hier: des Destinationsmarketings) zu bejahen sein; die konkrete Art und Weise der Finanzierung dieser Aufgaben (hier: über jährliche Zuwendungen) ist dabei vergaberechtlich grundsätzlich unerheblich (OLG München, Beschl. v. 25.03.2011, Verg 4/11). In der Rechtsprechung wird insoweit das Vorliegen eines einheitlichen Vorgangs dann verneint, wenn die Erbringung von Leistungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber durch die zu gründende Gesell-

schaft nicht aus dessen Gesellschafterstellung als solcher herrührt, sondern des Abschlusses eines zusätzlichen Vertrags bedarf (OLG Rostock, Beschl. v. 05.02.2020, 17 Verg 4/19, NZBau 2021, 70 Rn. 70 ff.); letzteres ist hier nicht vorgesehen.

Das grundsätzliche Risiko einer Verpflichtung der Stadt zur öffentlichen Ausschreibung ihres Destinationsmarketings kann im Übrigen dadurch weiter begrenzt werden, dass die Stadt der NewCo die Aufgabe des Tourismusmarketings hoheitlich durch Zuwendungsbescheid überträgt und die (künftige) Finanzierung dieser Aufgabe im Wege jährlicher Zuwendungsbescheide sicherstellt.

Denn eine Finanzierung im Wege eines Zuwendungsbescheids und damit auf Grundlage eines Verwaltungsakts begründet keinen entgeltlichen öffentlichen Auftrag. Dies gilt auch bei der im Vergaberecht stets gebotenen funktionalen Betrachtung jedenfalls dann, wenn es an einer einklagbaren Verpflichtung (der Stadt) zur Erbringung einer Primärleistung fehlt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.07.2018, VII-Verg 1/18 – Soziale Betreuungsleistungen für Flüchtlinge; Hüttinger, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 103 Abs. 1 GWB Rn. 73; ebenso OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.01.2019, VII-Verg 22/18).

Für die Annahme eines entgeltlichen Vertrags reicht es schließlich nicht aus, wenn in den Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid eine Verpflichtung des Zuwendungsempfängers zur ordnungsgemäßen Mittelverwendung vorgesehen ist und nach den dortigen Regelungen die Zuwendung vom Empfänger zu erstatten ist, wenn sie nicht oder nicht mehr für den vorgesehenen Zweck verwendet wird.

Eine abweichende Einordnung wäre nur dann angezeigt, wenn in dem Zuwendungsbescheid eine entsprechende „Vorgabendichte“ dahingehend enthalten wäre, dass die NewCo bestimmte in dem Zuwendungsbescheid oder ergänzenden Regelungen vorgesehene Leistungen erbringen müsste (vgl. VK Westfalen, Beschl. v. 02.07.2019, VK 1-17/19) bzw. die Stadt die Erfüllung dieser Leistungen verlangen könnte.

Wir gehen davon aus, dass in dem Gesellschaftsvertrag der NewCo und in den Zuwendungsbescheiden der Stadt die Aufgaben der NewCo – auch aus umsatzsteuerrechtlichen Zweckmäßigkeitserwägungen heraus – nur allgemein umschrieben werden, so dass daraus keine konkrete Leistungserbringungspflicht abgeleitet werden kann. Die NewCo entscheidet dann eigenständig – im Rahmen der im Gesellschaftsvertrag verankerten öffentlichen Zielsetzung und unter Berücksichtigung der ihr zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel –, ob und welche einzelnen Leistungen sie innerhalb dieses Rahmens erbringt und anbietet.

Die Gründung der NewCo ist nach alledem nach unserer Rechtsansicht vergaberechtlich gestaltbar.

3.3 Vergabepflicht der Auswahl des Mitgesellschafters BVV

Die Auswahl des BVV als Gesellschafter der NewCo ist vorliegend nach unserer Rechtsansicht aus den nachfolgenden Gründen unabdingbar und unterliegt deshalb in Anlehnung an den Rechtsgedanken von § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV nicht dem Vergaberecht:

- Der BVV hat bereits bislang größere Teile der Aufgaben der künftigen Tourismusorganisation wahrgenommen und bringt diese in die künftige Organisation ein.
- Die mit der Aufgabenwahrnehmung verbundenen jahrelang gewachsenen vertraglichen Verbindungen mit den Dienstleistern ohne den BVV herzustellen, wäre binnen überschaubarer Frist nicht darstellbar, daher nachteilig für die NewCo und zudem unwirtschaftlich.
- Zudem verfügt der BVV über einen Stamm von Mitarbeitenden, der über die erforderlichen Erfahrungen und Qualifikationen für die NewCo verfügt. Dies betrifft insbesondere den Betrieb der Tourist Information. Die Umsetzung mit eigenem Personal oder mit einem anderen Dienstleister wäre nachteilig für die NewCo und zudem unwirtschaftlich.
- Darüber hinaus bringt der BVV als breites Netzwerk mit Mitgliedern aus allen touristischen Leistungsbereichen ein Netzwerk ein, welches für die NewCo unverzichtbar ist. Dieses selbst aufzubauen, ist binnen überschaubarer Frist nicht möglich. Es gibt keinen anderen Dienstleister als den BVV, der über ein solches Netzwerk in Tübingen und über Tübingen hinaus verfügt.

Die Auswahl eines anderen Vertragspartners als des BVV im Rahmen eines Vergabeverfahrens kommt somit vorliegend nicht in Betracht, da andere potenzielle Mitgesellschafter nicht in der Lage wären, in gleicher Weise zur vorgesehenen Aufgabenerfüllung der NewCo beizutragen wie der BVV.

3.4 Vergabepflicht künftiger Zusatzbeauftragungen der NewCo

3.4.1 Vorliegen eines öffentlichen Auftrags

Sollte die Stadt die NewCo künftig mit der Erbringung bestimmter (zusätzlicher) entgeltlicher Leistungen beauftragen wollen (einschließlich der Gewährung bestimmter finanzieller Mittel für diese Zwecke), liegt das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags nach § 103 GWB nahe, da die Stadt dann zum Zwecke der entgeltlichen Beschaffung als Nachfrager einer Leistung am Markt tätig werden würde. Für den BVV gilt dies nicht, da der BVV schon nicht öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts ist.

3.4.2 Keine Inhouse-Fähigkeit der NewCo

Für die vergaberechtliche Zulässigkeit einer solchen Beauftragung wäre deshalb das Vorliegen der vergaberechtlichen Bereichsausnahme des § 108 GWB für sog. Inhouse-Geschäfte entscheidend, da eine öffentliche Ausschreibung solcher Leistungen weder beabsichtigt noch zielführend ist, weil in diesem Falle eine Zuschlagserteilung auf das Angebot der NewCo nicht sichergestellt wäre.

Da künftig eine direkte private Kapitalbeteiligung des BVV an der NewCo vorgesehen ist, und diese damit ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen darstellt, ist die Annahme eines Inhouse-Geschäfts allerdings wegen des Fehlens der geforderten Kontrolle über die Gesellschaft nach § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB grundsätzlich ausgeschlossen.

Eine private Kapitalbeteiligung im vorstehenden Sinne, die nach der Rechtsprechung des EuGH unabhängig von ihrer Größe das Kontrollkriterium ausschließt, liegt nämlich bereits dann vor, wenn ein Unternehmen, das sich ausschließlich in privater Hand befindet, am Auftragnehmer beteiligt ist (EuGH, Ur. v. 11.01.2005, C-26/03, Rn. 49 f. – *Stadt Halle*). Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es nicht an. Deshalb gilt auch die Beteiligung durch gemeinnützige Einrichtungen als private Beteiligung i. S. d. § 108 GWB (vgl. Säcker/Wolf, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 108 GWB Rn. 46 m. w. N.).

Eine Ausnahme hiervon ist in § 108 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 2 GWB lediglich vorgesehen für indirekte private Kapitalbeteiligungen oder für eine direkte private Kapitalbeteiligung, die aber durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben ist (Burgi, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 11 Rn. 18). Diese Regelung zielt insbesondere auf öffentliche Einrichtungen mit Pflichtmitgliedschaft. Vorliegend greift diese Ausnahme nicht ein.

Die künftige Beauftragung der NewCo durch die Stadt mit der Erbringung bestimmter Leistungen wäre deshalb nach Maßgabe der jeweils hierfür geltenden vergaberechtlichen Bestimmungen ausschreibungspflichtig.

4. Beihilferechtliche Aspekte

4.1 Prüfungsmaßstab und -methodik

Maßstab für das Vorliegen einer Beihilfe zugunsten der NewCo ist das Beihilfenverbot nach Art. 107 Abs. 1 AEUV: *„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“*

Danach ist in einem ersten Schritt stets der Verbotstatbestand des Art. 107 Abs. 1 Hs. 2 AEUV zu prüfen. Nur dann, wenn dieser Tatbestand nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob die beabsichtigte Finanzierung der NewCo über jährliche Zuwendungen der Stadt auf eine andere Bestimmung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 Hs. 1 AEUV gestützt werden kann. Eine solche andere Bestimmung enthält beispielsweise der *„Beschluss der Europäischen Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags 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“* (2012/21/EU - Freistellungsbeschluss), der die beihilfenrechtskonforme Gewährung von Ausgleichsleistungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) ermöglicht.

Falls der Verbotstatbestand des Art. 107 Abs. 1 Hs. 2 AEUV wegen des Fehlens der Tatbestandsvoraussetzungen für eine „Beihilfe“ mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann, bedarf es keines Betrauungsaktes als Voraussetzung für die Annahme einer DAWI. Dies ist insoweit bedeutsam, als die Europäische Kommission an das

Vorliegen von DAWI – insbesondere auch im Bereich der Tourismuswirtschaft – hohe Anforderungen stellt. Die Europäische Kommission umschreibt den Terminus der DAWI in Ziffer 2 der Arbeitsunterlage *„Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“* vom 29. April 2013, SWD(2013) 53 final/2 als *„wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden.“*

Hierdurch eröffnet die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten zwar einerseits einen weiten Beurteilungsspielraum, wie Ziffer 4 des DAWI-Leitfadens bestätigt: *„Wie in der DAWI-Mitteilung erwähnt, verfügen die nationalen, regionalen und lokalen Behörden der Mitgliedstaaten – je nach Zuständigkeitsverteilung nach innerstaatlichem Recht – bei der Festlegung dessen, was sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ansehen, über einen weiten Ermessensspielraum“*. Die Befugnis der Mitgliedstaaten, DAWI zu definieren, ist andererseits jedoch nicht unbegrenzt. Auch wenn die Mitgliedstaaten in diesem Bereich über einen weiten Ermessensspielraum verfügen, dürfen sie DAWI nur festlegen, soweit dies einem wirklichen Bedarf an gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen entspricht und tatsächlich ein (nachgewiesenes) Marktversagen besteht, d.h. die bezuschussten Tätigkeiten ohne die dauerhaften Zuwendungen der Stadt nachweislich nicht oder jedenfalls nicht so am Markt angeboten werden (zur Einstufung der „Bereitstellung touristischer Informationen“ und vergleichbarer Leistungen durch die EU-Kommission als DAWI siehe den Sachverhalt in EuG (Vierte Kammer), Urt. v. 09.06.2009, T-152/06, BeckRS 2009, 71365, Rn. 8). Das Tätigkeitsspektrum der NewCo, das mit den bisher von der BVV erbrachten Leistungen auch umfangreiche einnahmeschaffende Leistungen umfasst, kann voraussichtlich nicht uneingeschränkt unter diese strengen Anforderungen subsumiert werden, schon weil für Leistungen im Bereich des Destinationsmarketings nicht ohne Weiteres ein Marktversagen unterstellt werden kann (zur Möglichkeit, Zuschüsse zum Tourismus- oder Stadtmarketing als (zulässige) „Investitionsbeihilfe für lokale Infrastrukturen“ im Sinne von Art. 56 AGVO anzusehen, siehe ergänzend Otter/Ciftci, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, AGVO Art. 56 Rn. 12).

4.2 Selektive Begünstigung aus staatlichen Mitteln

Im vorliegenden Fall kann bereits in Frage gestellt werden, ob die vorgesehenen Zuwendungen der Stadt Tübingen eine (selektive) Begünstigung der NewCo (aus staatlichen Mitteln) i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen.

Eine Begünstigung nach Art. 107 Abs. 1 AEUV ist jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d. h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte. Von Belang sind weder der Grund noch das Ziel des staatlichen Eingreifens, sondern allein die Auswirkung der Maßnahme auf das Unternehmen. Nicht maßgeblich ist ferner, ob die zu überprüfende Kostenstelle im betriebswirtschaftlichen Sinne einen Ertrag abwirft, d. h. gewinnbringend ist. Auch die Verminderung eines Verlustes durch staatliche Zuwendungen kann eine Beihilfe darstellen (Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe vom 19. Juli 2016, Rn. 66 f.).

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, denn unter normalen Marktbedingungen würde ein privates Unternehmen – jedenfalls ohne entsprechende Gegenleistungen – keine kommunalen Zuwendungen erhalten. Fraglich ist allerdings, ob die erhaltenen Begünstigungen im Sinne eines „Mehrwertes“ bei der NewCo verbleiben, soweit das Destinationsmarketing der NewCo jedermann unentgeltlich ohne Zugangsbeschränkungen zugutekommt. Die unentgeltliche und diskriminierungsfreie Vorteilsweitergabe kann das Vorliegen einer beihilferechtlichen Begünstigung aufheben: *„Falls ein zwischengeschaltetes Unternehmen lediglich als Instrument zur Übermittlung des Vorteils an den Empfänger dient und ihm selbst kein Vorteil verbleibt, sollte es in der Regel nicht als Beihilfeempfänger angesehen werden.“* (Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe vom 19. Juli 2016, Fußnote 179).

Diese Aussage der Europäischen Kommission findet sich in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission allerdings bislang nicht weiter aufgearbeitet. Es können insoweit auch abweichende Rechtsmeinungen vertreten werden, so dass zur Risikovermeidung hier das Vorliegen einer Begünstigung unterstellt werden soll.

4.3 Wettbewerbsverfälschung

Soweit die NewCo erhaltene Zuwendungen ausschließlich zu Zwecken des allgemeinen unentgeltlichen Destinationsmarketings verwendet, unterfallen diese Zuwendungen nach hier vertretener Rechtsauffassung auch unabhängig vom Vorliegen einer Begünstigung schon tatbestandlich nicht dem Beihilfenverbot, da sie jedenfalls nicht dazu geeignet sind, den Wettbewerb zu tangieren. Dies gilt allerdings nicht für die Tätigkeiten, mit denen sich die NewCo in den Wettbewerb begibt, wie insbesondere die einnahmeschaffenden Tätigkeiten und kommerziell ausgerichteten Leistungsangebote des BVV, die von der NewCo nach unserem Verständnis jedenfalls teilweise auch künftig beibehalten und ausgeübt werden sollen.

Eine Wettbewerbsverfälschung i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV kommt in Betracht, wenn und soweit die NewCo in einem liberalisierten Wirtschaftszweig, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte, Tätigkeiten ausübt, die einnahmeschaffend sind (Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe vom 19. Juli 2016, Rn. 187). Nicht den Wettbewerbsregeln des Unionsrechts unterliegen hingegen Tätigkeiten, die nach ihrer Art, den für sie geltenden Regeln und ihrem Gegenstand keinen Bezug zum Wirtschaftsleben haben.

Die Europäische Kommission stellt insoweit – gerade am Beispiel der vorliegend relevanten kommunalen Tourismusförderung – Folgendes klar: *„Sobald die Leistungen ohne Vergütung erfolgen, stellt die Leistung keine Handlung im ökonomischen Sinne dar. Demzufolge handelt es sich nicht um staatliche Beihilfe. Handlungen, durch die der Staat allein eine öffentliche Aufgabe und Verantwortung ausübt, sind nicht ökonomischer Natur und unterliegen daher im Allgemeinen nicht den beihilfenrechtlichen Grundsätzen des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmers.“* (Entwurf einer Arbeitshilfe zur beihilfenrechtlichen Relevanz der Tourismusfinanzierung vom 4. Juli 2017, Rn. 5).

Für den touristischen Sektor weist die Europäische Kommission zudem darauf hin, dass unentgeltliche Tätigkeiten des allgemeinen Destinationsmarketings, wozu beispielsweise Werbekampagnen, die Organisation von kostenlosen Informationsveranstaltungen und die Erstellung einer Website mit allgemeinen Informationen gehören, grundsätzlich der Verbreitung von Informationen an die Öffentlichkeit zugerechnet und als Werbung für eine Region oder ein Gebiet angesehen werden und folglich keine wirtschaftliche Aktivität sein können (Entwurf einer Arbeitshilfe zur beihilfenrechtlichen Relevanz der Tourismusfinanzierung vom 4. Juli 2017, Rn. 9).

Nach diesen Maßstäben sind *„Handlungen wie die Herstellung und der Vertrieb touristischen Informationsmaterials, wie Broschüren, Karten- und Busfahrpläne oder jedwede vergleichbare Art der Verbreitung von Informationen zu kulturellen und touristischen Aktivitäten (einschließlich durch Webseiten, mittels unentgeltlicher Besuchsangebote oder Führungen), die von jedem Besucher kostenlos in Anspruch genommen werden können, nicht wirtschaftlicher Art.“* (Entwurf einer Arbeitshilfe zur beihilfenrechtlichen Relevanz der Tourismusfinanzierung vom 4. Juli 2017, Rn. 8).

Ausgehend von dem dargestellten Prüfungsmaßstab stellt sich die Einzelbetrachtung der vorgesehenen Geschäftsfelder der NewCo in Bezug auf eine etwaige Wettbewerbsrelevanz i. S. d. Beihilferechts nach hier vertretener Rechtsauffassung wie folgt dar:

Soweit die NewCo im Rahmen des allgemeinen Destinationsmarketings unentgeltliche touristische Informationen zu verschiedenen Themen für die von ihr „betreute“ Destination Tübingen zusammenstellt und veröffentlicht, können diese Tätigkeiten unter Zugrundelegung der dargelegten Auffassung der Europäischen Kommission auch beihilferechtlich als nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten ohne Wettbewerbsrelevanz i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV und damit als beihilfefrei angesehen werden.

Denn hierbei handelt es sich nach der Klarstellung der Europäischen Kommission nicht um Handlungen im ökonomischen Sinne, sondern um die Ausübung einer öffentlichen Aufgabe. Staatliche Zuwendungen für nicht-ökonomische Handlungen vermögen den Wettbewerb nicht zu verfälschen. Sie sind deshalb auch – schon tatbestandlich – nicht beihilferelevant; eines Rückgriffs auf einen Betrauungsakt zur Begründung einer DAWI bedarf es daher hier nicht.

Ein anderes Bild ergibt sich für alle Tätigkeiten der NewCo, die einnahmeerzielend und somit dem wirtschaftlichen Bereich zuzurechnen sind oder sonst einen Bezug zu kommerziell ausgerichteten Tätigkeiten und Angeboten haben. Insoweit liegen ökonomische Handlungen vor, die als geeignet angesehen werden können, den Wettbewerb i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu verfälschen.

Nach unserer Kenntnis soll die NewCo sowohl nicht-wirtschaftlich als auch wirtschaftlich tätig sein. Vor dem dargestellten beihilferechtlichen Hintergrund stellt sich insoweit die Frage, ob der Vertrieb von Wanderkarten etc. nicht zu den üblichen Zusatzleistungen gehört, die von den Besuchern einer Tourist-Information erwartet werden. In der touristischen Praxis und im Destinationsmanagement gibt es eine Art „must have“ in Sachen Betrieb einer

Tourist-Information. Hierzu hat die Bundesorganisation DTV (Deutscher Tourismusverband) eine eigene Zertifizierung („Service Q“) aufgebaut. Zu diesem ortsüblichen Angebot soll das Angebot von Postkarten, Wanderkarten, Leihgeräten (Räder, Wanderstöcke, GPS-Geräte etc.), touristischen „Mitbringseln“ und Eintrittskarten zu regionalen Veranstaltungen gehören.

Insofern könnte argumentiert werden, dass zum Betrieb einer Tourist-Information eine Verkaufstätigkeit (in geringem Umfang) definitionsgemäß dazugehört. Dies könnte insbesondere dadurch erhärtet werden, dass mögliche Umsatzerlöse in der Tourist-Information belegen würden, dass sich die NewCo in ihrer Verkaufstätigkeit auf die bestehende Erwartungshaltung der Gäste beschränkt und keinerlei Bestrebungen unternimmt, diese als Finanzierungssäule für weitere Tätigkeiten zu nutzen.

Detaillierte Aussagen zur Abgrenzung von wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten lassen sich Rn. 21 des sog. FuEuI-Unionsrahmens (Mitteilung der Kommission „Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation“, ABl. EU vom 28.10.2022, C 414/1) entnehmen. Darin führt die Europäische Kommission aus, dass dann, wenn eine Forschungseinrichtung oder Forschungsinfrastruktur fast ausschließlich für eine nicht-wirtschaftliche Tätigkeit genutzt wird, ihre Finanzierung ganz aus dem Anwendungsbereich des Beihilferechts herausfallen kann, sofern die wirtschaftliche Nutzung eine reine Nebentätigkeit darstellt, die mit dem Betrieb der Forschungseinrichtung oder Forschungsinfrastruktur unmittelbar verbunden und dafür erforderlich ist oder die in untrennbarem Zusammenhang mit der nicht-wirtschaftlichen Tätigkeit steht, und ihr Umfang begrenzt ist.

Die Europäische Kommission geht davon aus, dass dies der Fall ist, wenn für die wirtschaftlichen Tätigkeiten dieselben Inputs (wie Material, Ausrüstung, Personal und Anlagekapital) eingesetzt werden wie für die nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten und wenn die für die betreffende wirtschaftliche Tätigkeit jährlich zugewiesene Kapazität nicht mehr als 20 % der jährlichen Gesamtkapazität der betreffenden Einrichtung bzw. Infrastruktur beträgt. Damit handelt es sich hier um eine „Bagatellregelung“ (im Sinne einer Faustformel) im Hinblick auf unbedeutende wirtschaftliche Nebentätigkeiten.

Diese Aussagen beziehen sich in erster Linie auf Einrichtungen und Infrastrukturen, die primär nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten und daneben in untergeordnetem Umfang auch wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben (vgl. hierzu Wagner, NZKart 2021, 411; Wagner/Lemmonier, EuZW 2021, 45). In der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission wird insoweit zwischen Fällen unterschieden, in denen zwischen nicht-wirtschaftlichen und wirtschaftlichen Tätigkeiten der betroffenen Einrichtungen getrennt werden kann, und solchen Konstellationen, in denen eine wirtschaftliche Tätigkeit untrennbar mit nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten verbunden ist (Wagner/Lemmonier, EuZW 2021, 45, 47). Für diese Untrennbarkeit reicht es aber nicht bereits aus, dass durch solche Annexstätigkeiten Einnahmen erzielt werden (können), die der Haupttätigkeit zugutekommen (Wagner, NZKart 2021, 411, 412).

Dieses Konzept hat die Europäische Kommission auch im Hinblick auf die Beurteilung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) herangezogen. So geht die Europäische Kommission davon aus, dass bestimmte Nebentätigkeiten untrennbar

mit den DAWI-Haupttätigkeiten verbunden sind, da diese etwa mit dem Betrieb von Krankenhäusern verbunden und dafür erforderlich seien, da sie in einem modernen Krankenhaus erwartet werden könnten. Deshalb seien sie untrennbar mit der Haupttätigkeit verbunden, da sie dieselbe Infrastruktur nutzten und ihrem Umfang nach gering seien (vgl. Wagner/Lemmonier, EuZW 2021, 45, 49 f.).

Ob wirtschaftliche Zusatzleistungen wie die der NewCo auch vorliegend als unbedeutende Nebenleistungen eingeordnet werden können, hängt mithin von der „Untrennbarkeit“ der Leistungen ab. Vorliegend könnte argumentiert werden, dass die mögliche „Untrennbarkeit“ nicht so stark ausgeprägt ist wie bei den oben dargestellten, von der Europäischen Kommission entschiedenen Konstellationen, so dass die Untrennbarkeit in Zweifel gezogen werden könnte. Dies wäre noch im Detail zu prüfen. Wir gehen derzeit – vor allem mit Blick auf die bisherigen Vermietungsaktivitäten und das Anzeigengeschäft des BVV – davon aus, dass die wirtschaftlichen Tätigkeiten der NewCo entsprechendes Gewicht haben und jedenfalls in ihrer Gesamtheit nicht als rein untergeordnete (untrennbare) Tätigkeiten anzusehen sind.

Für die beihilferechtliche Einordnung sind die wirtschaftlichen Tätigkeiten somit nach unserer Einschätzung vorsorglich nicht als untergeordnete Nebenleistungen anzusehen, sondern als eigenständige wirtschaftliche Tätigkeiten zu behandeln.

4.4 Grenzüberschreitender Bezug

Soweit die Bezuschussung der Geschäftsfelder der NewCo nicht bereits aus den vorstehenden Erwägungen heraus beihilfefrei ist, kommt es für die Anwendbarkeit des Beihilfeverbotes des Art. 107 Abs. 1 AEUV damit entscheidend darauf an, ob die kommunalen Zuwendungen dazu geeignet sind, den innereuropäischen Handel zu beeinträchtigen.

Für die Annahme einer grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV muss nicht nachgewiesen werden, dass die kommunalen Zuwendungen tatsächlich Auswirkungen auf den Handel zwischen Europäischen Mitgliedstaaten haben, sondern lediglich, ob sie Auswirkungen auf diesen Handel haben könnten. Der Begriff „Handel“ ist dabei im weitestmöglichen Sinne zu verstehen; hierunter fallen grundsätzlich sämtliche marktgängigen Leistungen (Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe vom 19. Juli 2016 Rn. 190).

Allerdings hat die Europäische Kommission in einer Reihe von Fällen die Auffassung vertreten, dass bestimmte Tätigkeiten lediglich rein lokale Auswirkungen haben und deshalb den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen. Das ist nach ihrer Ansicht regelmäßig der Fall, soweit der Beihilfeempfänger Güter bzw. Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem einzigen Mitgliedstaat anbietet, wahrscheinlich keine Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anzieht und davon ausgegangen werden kann, dass die Maßnahme allenfalls marginale Auswirkungen auf die Bedingungen für grenzübergreifende Investitionen oder die grenzübergreifende Niederlassung haben wird (vgl. Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe vom 19. Juli 2016 Rn. 196).

Bereits das geographische Gebiet, auf das sich das Tätigwerden der NewCo erstreckt, ist auf die lokale Ebene, das Stadtgebiet Tübingens, beschränkt. Unter Anwendung des von der Europäischen Kommission vorgegebenen Maßstabs halten wir Auswirkungen der vorgesehenen wirtschaftlichen Betätigungen der NewCo, beispielsweise der geringfügigen Vermietungsaktivität oder der Herausgabe eines lokalen Anzeigenblatts, auf den grenzüberschreitenden Handel oder Investitionen ausländischer Mitbewerber deshalb für eher unwahrscheinlich. Eine Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden innereuropäischen Handels läge dann nicht vor, die Tatbestandsvoraussetzungen einer (grundsätzlich unzulässigen) Beihilfe wären dann auch für das wirtschaftliche Tätigkeitsfeld der NewCo zu verneinen. Das aber kann im Rahmen dieser grundlegenden konzeptionellen Stellungnahme nicht abschließend beurteilt werden und hängt entscheidend von den im Einzelnen vorgesehenen Aufgaben der NewCo ab (siehe zum Ganzen auch Landtag Baden-Württemberg, Drucksache 16/640 vom 26.09.2016, Seite 2 f; Leitfaden „EU-Beihilfenrecht – DAWI und Infrastrukturfinanzierung“, Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg, Dezember 2016, S. 55 f).

4.5 Verbot der Quersubventionierung

Hiervon ausgehend fällt nach unserer Rechtsansicht die unmittelbare Bezuschussung der Geschäftsfelder der NewCo jedenfalls insoweit nicht unter den Beihilfentatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV, als die NewCo die erhaltenen Zuwendungen ausschließlich zur Finanzierung von Maßnahmen des allgemeinen unentgeltlichen Destinationsmarketings verwendet. Im Übrigen, also insbesondere hinsichtlich der bisher vom BVV ausgeübten wirtschaftlichen Betätigung, könnte das europarechtliche Beihilfenverbot dagegen greifen, soweit nicht für die konkreten Tätigkeiten anhand der dargestellten Kriterien rein lokale Auswirkungen ohne grenzüberschreitende Handelsbeeinträchtigung festgestellt werden können.

Wir weisen in diesem Zusammenhang vorsorglich auf das beihilferechtliche Verbot der Quersubventionierung hin. Danach hat der Zuwendungsempfänger – hier die NewCo – sicherzustellen, dass die beihilferechtskonform gewährten Zuwendungen nicht – auch nicht mittelbar – zur Quersubventionierung oder mittelbaren Subventionierung anderer, dem Beihilferecht unterfallender Wirtschaftstätigkeiten genutzt werden können. Zum Nachweis bedarf es insoweit einer buchhalterischen Trennungsrechnung, wonach die Geschäftsfelder (Kostenstellen) der NewCo in Bezug auf Einnahmen und Ausgaben separat voneinander zu führen sind. Nur so könnten – sofern europarechtlich geboten – die Tätigkeiten der NewCo, die in einem erheblichen Umfang einnahmeerzielend sind bzw. einen Bezug zu kommerziell ausgerichteten Tätigkeiten und Angeboten haben, hinreichend von den nicht dem Beihilfeverbot unterliegenden Tätigkeiten des allgemeinen unentgeltlichen Destinationsmarketings abgegrenzt werden. Bei der zukünftigen Ausgestaltung der Aufgabenbereiche der NewCo ist dementsprechend detailliert herauszuarbeiten, welche Aufgabenbereiche einer beihilferechtskonformen Zuwendungsgewährung unterfallen und welche im Rahmen der Trennungsrechnungen hinausfallen, sofern es bei den noch herauszuarbeitenden einnahmeschaffenden Tätigkeiten nicht bereits am grenzüberschreitenden Bezug mangelt.

5. Steuerrechtliche Aspekte

5.1 Umsatzsteuer

Die Zuwendungen der Stadt Tübingen an NewCo könnten umsatzsteuerlich als Entgelt i. S. v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 UStG anzusehen sein.

Die steuerliche Würdigung ist insbesondere davon abhängig, ob das Zuwendungsverhältnis der Stadt Tübingen zur NewCo als Leistungsaustausch und die Zuwendung mithin als „unechter Zuschuss“ zu qualifizieren ist. Für die Annahme eines Leistungsaustauschs müssen Leistung und Gegenleistung in einem wechselseitigen unmittelbaren Zusammenhang stehen. Liegt ein solcher unmittelbarer Zusammenhang vor, ist der Zuschuss als Entgelt bzw. Entgeltbestandteil (sofern darüber hinaus ein weiteres Entgelt vereinbart wurde) anzusehen. Er ist folglich in die umsatzsteuerliche Bemessungsgrundlage einzubeziehen.

Bei der Beurteilung des Zusammenhangs zwischen Zuschuss und Gegenleistung ist maßgeblich auf die zugrundeliegenden Rechtsakte, Verträge oder Vereinbarungen abzustellen. Ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch einer oder beider Partei(en) ist allerdings keine notwendige Voraussetzung (BFH, Urt. v. 09.10.2003, V R 51/02, in: BStBl. II 2004, 322, UStAE 10.2 Abs. 2 S. 4).

Im Unterschied zu den unechten Zuschüssen sind „echte“ Zuschüsse nicht als (zusätzliches) Entgelt oder Entgeltbestandteil anzusehen. Ein echter Zuschuss liegt vor, wenn Zahlungen gänzlich unabhängig von einem Leistungsaustausch bzw. von einer spezifischen Leistung gewährt werden. Diese dienen primär der Förderung des Zuschussempfängers, nicht hingegen seiner Leistungsempfänger. Sie können bspw. auf strukturpolitischen, volkswirtschaftlichen oder allgemeinpolitischen Motiven beruhen. Echte Zuschüsse sind nicht Gegenstand der umsatzsteuerlichen Bemessungsgrundlage. In Ermangelung eines Leistungsaustausches stellen sie nichtsteuerbare Vorgänge dar.

Hiervon ausgehend empfiehlt es sich auch aus steuerlicher Sicht, das Zuwendungsverhältnis der Stadt zur NewCo mittels echter Zuschüsse auszugestalten. Dafür bieten sich – auch mit Blick auf die angestellte vergaberechtliche Betrachtung – „klassische“ Zuwendungsbescheide in Form von Verwaltungsakten (§ 35 S. 1 L-VwVfG) an, die hinsichtlich des Zuwendungszwecks möglichst abstrakt gefasst sind („Destinationsmarketing“) und der NewCo eigene Gestaltungsspielräume belassen („nach eigenem Ermessen“). Die Gewährung der Zuschüsse erfolgt dabei als Einlage in die Kapitalrücklage.

Weitergehend wird die NewCo – auch vor dem Hintergrund der dargestellten beihilferechtlichen Erwägungen – lediglich dazu verpflichtet, etwaige Tätigkeiten, die nicht im Zusammenhang mit den im Zuwendungsbescheid festgelegten Tätigkeiten stehen, in der Buchführung getrennt auszuweisen und entsprechende Aufteilungen der Kosten und Einnahmen vorzunehmen sowie zuwendungsübliche Nebenbestimmungen zu beachten (z. B. die AN-Best-I in der Fassung der VV zu § 44 LHO BW).

Durch solche Zuwendungsbescheide wird nach hier vertretener Rechtsauffassung keine konkrete Leistung vereinbart, sondern die NewCo lediglich in die Lage versetzt, ihrem gesellschaftsvertraglichen Zweck nachzukommen. Im Weiteren hat die Stadt keinen Einfluss

auf die konkrete Nutzung der Zuschüsse. Es obliegt vielmehr der NewCo selbst, die Gelder entsprechend dem Zuwendungszweck einzusetzen. Damit fehlt es aus hiesiger Sicht an einer unmittelbaren Verknüpfung von Leistung und Zuschusszahlung und folglich an einem umsatzsteuerbaren Leistungsaustausch.

Das Finanzgericht Baden-Württemberg teilt diese Rechtsansicht. In einem auf Klage der WIT ergangenen Urteil vom 7. November 2022 (9 K 1385/22) hat es einen Zuschuss, mit dem die Stadt die allgemeine Wirtschaftsförderungstätigkeit der WIT unterstützt hat, für nicht umsatzsteuerpflichtig erklärt. Eine „*Leistung gegen Entgelt*“ im gesetzlich geforderten Sinne liege nicht vor, „*wenn ein Zuschuss lediglich der Förderung des Zahlungsempfängers im allgemeinen Interesse – aus strukturpolitischen, volkswirtschaftlichen oder allgemeinpolitischen Gründen – dient und nicht Gegenwert für eine steuerbare Leistung des Zahlungsempfängers an den Geldgeber sein soll*“. Jedenfalls dann, wenn die Zahlung nicht zur Ausführung konkret bestimmter Umsätze und ohne eine rechtlich durchsetzbare Einflussmöglichkeit auf die einzelnen Tätigkeiten geleistet wird, sondern nur zu dem übergeordneten Zweck, dem Zahlungsempfänger seine allgemeinwohlwirksame, oftmals strukturell defizitäre Tätigkeit überhaupt erst (bzw. weiterhin) zu ermöglichen, fehle es an der erforderlichen rechtswirksamen Verknüpfung von Leistung und Zuschusszahlung zu einem steuerbaren Umsatz (Seiten 11 f. des Urteils).

Wir weisen allerdings darauf hin, dass insoweit auch gegenteilige Rechtsauffassungen vertreten werden können, so dass wir dringend zur Absicherung der Umsatzsteuerfreiheit im Wege eines verbindlichen steuerrechtlichen Auskunftsverfahrens raten. Ferner wird darauf hingewiesen, dass sich – jedenfalls für die Stadt – auch weitergehende steuerliche Fragen stellen können (z. B. ertragsteuerlicher Art, verdeckte Gewinnausschüttung), die steuerrechtlich geprüft und im Zweifelsfalle ebenfalls im Wege eines verbindlichen Auskunftsverfahrens abgesichert werden sollten. Klarstellend weisen wir darauf hin, dass diese Fragen lediglich die Stadt Tübingen, nicht jedoch die NewCo betreffen.

Der Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft hat jeweils die zwingende Voraussetzung, dass der Sachverhalt bis zur Erteilung der Auskunft noch nicht verwirklicht sein darf. Vereinzelt wird von Seiten der Finanzämter bereits in den Grundsatzbeschlüssen zur Gesellschaftsgründung und -finanzierung eine Verwirklichung des Sachverhaltes gesehen, obwohl die eigentlich auskunftsrelevanten Zuwendungsbescheide noch gar nicht erlassen sind. Auch wenn wir insoweit eine abweichende Rechtsauffassung vertreten, regen wir deshalb ein Auskunftsverfahren zum frühestmöglichen Zeitpunkt an.

5.2 Vorsteuerabzug

Hinsichtlich des Vorsteuerabzuges sollte im jeweiligen Einzelfall und insbesondere bei Investitionen, die dem Allgemeingebrauch gewidmet und kostenlos genutzt werden können, im Rahmen der Budgetierungsphase geprüft werden, inwieweit ein solcher in Betracht kommt. Es empfiehlt sich, die Voraussetzung für den jeweiligen Vorsteuerabzug zu prüfen und diese Prüfung entsprechend zu dokumentieren. Ein Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft kann bei signifikanten Vorsteuerbeträgen auch hier die notwendige Rechtssicherheit bringen.

Nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 1 UStG kann die gesetzlich geschuldete Steuer für Leistungen als Vorsteuer abgezogen werden. Danach ist der Steuerpflichtige, der „*Gegenstände und Dienstleistungen für die Zwecke seiner besteuerten Umsätze verwendet*“, zum Vorsteuerabzug berechtigt. Hierfür muss ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang zwischen Eingangs- und Ausgangsleistung bestehen.

Ein Recht auf Vorsteuerabzug wird zugunsten des Steuerpflichtigen allerdings auch bei Fehlen eines direkten und unmittelbaren Zusammenhangs zwischen einem bestimmten Eingangsumsatz und einem oder mehreren zum Abzug berechtigenden Ausgangsumsätzen dann angenommen, wenn die Kosten für die fraglichen Dienstleistungen zu den allgemeinen Aufwendungen des Steuerpflichtigen gehören und als solche Kostenelemente der von ihm gelieferten Gegenstände oder erbrachten Dienstleistungen sind. Derartige Kosten hängen nämlich direkt und unmittelbar mit der gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen zusammen.

Ist ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang nicht gegeben, ist eine Vorsteueraufteilung vorzunehmen. Die Vorsteueraufteilung ist gemäß § 15 Abs. 4 S. 2 UStG auf Basis der zum jeweils maßgeblichen Zeitpunkt vorhandenen Absicht bzw. tatsächlichen Verwendung anhand einer sachgerechten Schätzung des abziehbaren Teils der Vorsteuerbeträge vorzunehmen. In der Regel wird unterstellt, dass die Aufteilung im Verhältnis der umsatzsteuerpflichtigen zu den nicht umsatzsteuerbaren Umsätzen sachgerecht sei. Hierbei ist zu beachten, dass Zuschüsse, die nicht der Umsatzsteuer unterliegen (siehe vorstehend), bei einer Vorsteueraufteilung zu dem im Rahmen der Schätzung maßgeblichen „Gesamtumsatz“ als vorsteuerschädliche Umsätze zu würdigen sind.

Erzielt die NewCo neben den Zuschüssen keine eigenen umsatzsteuerpflichtigen Ausgangsumsätze, wäre der Vorsteuerabzug in Gänze zu versagen.

6. Arbeitsrechtliche Aspekte

6.1 Allgemeines

6.1.1 Betriebsübergang allgemein

Bei der Übertragung der Aufgaben von der WIT und dem BVV auf die NewCo und der Überleitung der in der WIT und im BVV tätigen Arbeitnehmer handelt es sich nach hier vertretener Rechtsauffassung um Betriebsübergänge (ggf. auch, wenn nicht alle Aufgaben und das gesamte Personal übertragen werden sollen, um Teilbetriebsübergänge), auf die die gesetzliche Regelung des § 613a BGB anzuwenden ist.

Danach gehen die Arbeitsverhältnisse mit dem Inhalt über, den sie im Zeitpunkt des jeweiligen Betriebsübergangs haben. Das bedeutet, dass dem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis auf die NewCo übergeht, in der neuen Gesellschaft grundsätzlich die Ansprüche zustehen, die ihm auch jeweils in seinem bisherigen Arbeitsverhältnis bei WIT und BVV zugestanden haben (z.B. hinsichtlich der Höhe der Vergütung einschließlich möglicher Zusatzleistungen und Sonderzahlungen, der Dauer der Betriebszugehörigkeit, dem Umfang von Urlaubsansprüchen, der Altersversorgung etc.). Von dieser gesetzlichen Regelung kann grundsätzlich nicht abgewichen werden.

Da bei den Arbeitsverhältnissen der Arbeitnehmer von WIT und BVV jeweils Anlehnungen an Tarifverträge bestehen, werden die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach § 613a Abs. 1 BGB auch zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Arbeitgeber (= NewCo) und dem übergehenden Arbeitnehmer. Sie dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers von der NewCo geändert werden. Diese Regelung gilt nicht, wenn bei der NewCo die Rechte und Pflichten durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrages oder durch andere Betriebsvereinbarungen geregelt werden. Das würde aber voraussetzen, dass die NewCo tarifgebunden ist bzw. einen Betriebsrat hat, mit dem entsprechende Betriebsvereinbarungen abgeschlossen werden. Da die NewCo neu gegründet wird, wird zumindest zu Beginn ihrer Tätigkeit und damit auch im Zeitpunkt des Übergangs (noch) kein Betriebsrat bestehen, so dass es entsprechend dort auch keine Betriebsvereinbarungen geben wird, die gelten könnten. Ob die NewCo tarifgebunden ist, hängt maßgeblich davon ab, ob sie nach ihrer Gründung Mitglied in einem Arbeitgeberverband, insbesondere im Kommunalen Arbeitgeberverband Baden-Württemberg wird.

Eine Kündigung von Arbeitsverhältnissen durch den bisherigen Arbeitgeber (WIT und BVV) oder den neuen Arbeitgeber (NewCo) wegen des Übergangs des Betriebs oder Betriebsteils wäre grundsätzlich unwirksam. Weder die WIT noch der BVV können daher vorab durch entsprechende betriebsbedingte Kündigungen die Zahl der Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse auf die NewCo übergehen, reduzieren.

Die vom Übergang betroffenen Arbeitnehmer sind nach § 613a Abs. 5 Nr. 1 bis 4 BGB vor dem jeweiligen Übergang in Textform vom bisherigen oder neuen Arbeitgeber zu informieren über Zeitpunkt bzw. geplanten Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für den Arbeitnehmer und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen. An die Formulierung dieses Informationsschreibens werden von der Rechtsprechung hohe Anforderungen gestellt, um den einmonatigen Lauf der Widerspruchsfrist gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses in Gang zu setzen.

Wir weisen darauf hin, dass in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist, ob die gesetzlich erwähnten sozialen Aspekte in diesem Zusammenhang überhaupt einen eigenen Bedeutungsgehalt haben. In den Blick zu nehmen, dürften insbesondere mittelbare Folgen sein, die sich aus den ökonomischen Rahmenbedingungen des Betriebsüberganges ergeben, sofern diese zu einer so gravierenden Gefährdung der wirtschaftlichen Absicherung der Arbeitnehmer bei der NewCo führen, dass sie als ein wesentliches Kriterium für einen Widerspruch anzusehen sind.

Auf den im Arbeitsrecht geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz wird hingewiesen. Hiernach ist es der NewCo als zukünftigem Arbeitgeber verwehrt, einzelne Arbeitnehmer bei der Gewährung von Leistungen ohne Sachgrund gegenüber anderen Arbeitnehmern in einer vergleichbaren Lage schlechter zu stellen. Im Hinblick hierauf ist es erforderlich, die richtige Eingruppierung der betroffenen Arbeitnehmer in das Vergütungssystem des herangezogenen Tarifvertrages anhand der von ihnen tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten nachzuvollziehen und in der NewCo fortzuschreiben; damit einhergehend empfehlen sich Stellenbewertungen.

6.2 Sonderproblem ZVK

Sowohl die Arbeitnehmer des BVV als auch der WIT sind in der Zusatzversorgung des KVBW (nachfolgend KVBW) zusatzversichert. Allerdings sind der BVV und die WIT nicht Mitglieder im selben Abrechnungsverband. Wohingegen der BVV Mitglied im Abrechnungsverband I ist, ist die WIT Mitglied im Abrechnungsverband II.

Da im Falle eines Betriebsübergangs die Arbeitsverhältnisse mit dem Inhalt auf den Erwerber (NewCo) übergehen, die diese im Zeitpunkt des Übergangs haben, sind grundsätzlich die Versicherungen im KVBW, soweit rechtlich möglich, weiterzuführen bzw. ist den betroffenen Arbeitnehmer eine andere, vergleichbare Versorgung zu gewähren.

Zur Vermeidung von Ausgleichszahlungen sollte die NewCo Mitglied des KVBW werden. Die Wahl des Abrechnungsverbandes hängt hierbei insbesondere von den jeweils zu zahlenden Ausgleichsbeträgen, als auch von den Vor- bzw. Nachteilen der jeweiligen Abrechnungsverbände, sowohl für die NewCo als neuen Arbeitgeber, wie auch der Versicherten ab.

6.2.1 Grundsatz

Grundlage für die Mitgliedschaft und die Versorgung im KVBW ist deren Satzung (aktuell in ihrer Fassung vom 1. Januar 2024- nachfolgend: KS).

Danach kann die Mitgliedschaft erworben werden von Gemeinden, Landkreisen, Zweckverbänden und öffentlich-rechtlichen Sparkassen, Verbänden dieser juristischen Personen und sonstigen Körperschaften, selbstständigen Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, aber auch von Arbeitgebern, die nicht juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, sofern sie unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages über die zusätzliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes vom 1. März 2002 (ATV-K) fallen. Unter den Geltungsbereich des ATV-K fallen die Arbeitgeber, die entweder Mitglied im Kommunalen Arbeitgeberverband Baden-Württemberg sind oder die aufgrund vertraglicher Vereinbarung den für den öffentlichen Dienst geltenden ATV-K oder in Bezug auf die Leistungen und die wesentlichen Grundsätze der Finanzierung ein Tarifrecht wesentlich gleichen Inhalts anwenden.

Für Arbeitgeber, die – wie die NewCo – nicht juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, setzt eine Mitgliedschaft weiter voraus, dass eine juristische Person des öffentlichen Rechts eine Bürgschaft (= Gewährträgerschaft) für die sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Verpflichtungen übernimmt. Insoweit sind weitergehende Prüfungen und Abstimmungen geboten.

Die Mitgliedschaft der NewCo beginnt auf Antrag mit Aufnahme durch den KVBW. Mit Erwerb der Mitgliedschaft verpflichtet sich die NewCo, für ihre Arbeitnehmer das geltende Versorgungstarifrecht nach Maßgabe des ATV-K anzuwenden. Auch Beschäftigungsverhältnisse ohne Tarifbindung unterliegen daher der Versicherungspflicht. Ab Beginn der Mitgliedschaft sind alle Arbeitnehmer zu versichern, die das 17. Lebensjahr vollendet haben und vom Beginn des Beschäftigungsverhältnisses an die Wartezeit von 60 mit Aufwendungen für die KVBW-Rente (Pflichtversicherung) belegten Kalendermonaten erfüllen können.

Gemäß § 55 Abs. 2 S. 2 KS besteht für jedes Mitglied – also auch der NewCo – grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen dem Abrechnungsverband I und dem Abrechnungsverband II. Der KVBW gewährt den Arbeitnehmern im Rentenfall – zusätzlich zur Deutschen Rentenversicherung – eine betriebliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung sowie Leistungen bei Erwerbsminderung.

Die Abrechnungsverbände unterscheiden sich im Wesentlichen in der Art der Finanzierung. Beim Abrechnungsverband I handelt es sich gemäß § 55 Abs. 1 S.1 KS um eine umlagefinanzierte Zusatzversorgung mit teilweiser Kapitaldeckung durch Zusatzbeiträge gemäß § 64 KS. Zur Finanzierung der Umlage haben die Mitglieder – hier der BVV – eine Umlage zu entrichten. Der Arbeitnehmeranteil beträgt 0,55 % des zusatzversorgungspflichtigen Entgelts, der Arbeitgeberanteil 5,75 %.

Der Abrechnungsverband II ist eine kapitalgedeckte Zusatzversicherung, vgl. § 55 Abs. 1 S. 2 KS. Zur Finanzierung der Zusatzversorgung ist ein Pflichtbeitrag aus den zusatzversorgungspflichtigen Entgelten der Beschäftigten zu entrichten, hier konkret von der WIT. Dieser Pflichtbeitrag beträgt seit Januar 2024 insgesamt 8,0 % und setzt sich zusammen aus einem Arbeitgeberanteil von 7,6 und einem Arbeitnehmeranteil von 0,4 %.

Werden Arbeitnehmer, die im KVBW aufgrund der Mitgliedschaft ihres Arbeitgebers in Abrechnungsverband I pflichtversichert sind, durch Betriebsübergang auf einen anderen Arbeitgeber übertragen, der nicht Mitglied im Abrechnungsverband I des KVBW ist, ist der übertragende Arbeitgeber nach § 15 f der Satzung des KVBW zur Zahlung eines anteiligen Kapitalbetrages zum Ausgleich der anteiligen Rentenlasten und -anwartschaften, die bisher beim KVBW für die übertragenen Arbeitnehmer entstanden sind (und bei dem KVBW bestehen bleiben) verpflichtet. Die Höhe richtet sich nach den anteiligen Rentenlasten und -anwartschaften, die bis zum Ausscheiden der übergehenden Arbeitnehmer für diese beim KVBW entstanden sind. Die Berechnung erfolgt durch den KVBW (und kann auch nur durch diese erfolgen), die finanziellen Belastungen für den übertragenden Arbeitgeber können aber erheblich sein (vgl. auch die eingangs als Prüfungsunterlage erwähnte Mitteilung des KVBW).

Eine Ausgleichszahlung hat außerdem zu erfolgen, wenn die Mitgliedschaft eines Mitglieds (= Arbeitgeber) im KVBW endet. Dies ist nach § 14 der Satzung der Fall, wenn das Mitglied aufgelöst oder in eine andere juristische Person überführt wird oder die Mitgliedschaft kündigt.

Gemäß § 15 a der Satzung hat das ausscheidende Mitglied an den KVBW grundsätzlich einen Ausgleichsbetrag zu entrichten zur Absicherung der bisher erworbenen Ansprüche seiner Arbeitnehmer (diese Ansprüche bleiben bestehen, es kommen nur mit dem Ausscheiden keine weiteren mehr hinzu). Auch diesen Betrag berechnet der KVBW, seine Höhe richtet sich ebenfalls nach der Höhe der bisher erworbenen Rentenansprüche und -anwartschaften der Beschäftigten des ausscheidenden Mitglieds. Auch auf diese Regelung hat der KVBW in ihrer kurzen Stellungnahme gegenüber dem BVV bereits hingewiesen.

Auch bei der Übertragung von Arbeitsverhältnissen aus dem Abrechnungsverband II auf einen Arbeitgeber, der nicht Mitglied im Abrechnungsverband II ist, hat das übertragende

Mitglied einen Ausgleichsbeitrag zu entrichten. Dies folgt in diesem Fall unmittelbar aus § 59f S. 1 KS.

Auch hier hat eine Ausgleichszahlung zudem zu erfolgen, wenn die Mitgliedschaft eines Mitglieds im Abrechnungsverband II durch Ausscheiden endet, vgl. § 59a Abs. 1 S. 1 der Satzung.

Vor dem Hintergrund, dass sich die WIT und der BVV in unterschiedlichen Abrechnungsverbänden befinden, ist demnach in jedem Fall eine Ausgleichszahlung zu leisten. Die Höhe der Ausgleichszahlung dürfte sich jedoch in den verschiedenen Szenarien erheblich unterscheiden. Den jeweiligen Betrag berechnet in allen Fällen der KVBW. Eine Schätzung durch den KVBW ist erst nach Bearbeitung der jeweiligen Zuordnungslisten möglich.

6.2.2 Mitgliedschaft der NewCo im Abrechnungsverband I

Der BVV ist seit 1. Juni 1960 Mitglied im Abrechnungsverband I des KVBW. Würde die NewCo ebenfalls Mitglied des KVBW im Abrechnungsverband I werden, würden die Pflichtversicherten (=übergehende Arbeitnehmer) und deren Anwartschaften auf sie übergehen. Die auf dem KVBW lastenden Verpflichtungen aus beitragsfreien Versicherungen und Rentenfällen, die aus früheren Beschäftigungsverhältnissen des BVV mit ehemaligen Arbeitnehmern resultieren, würden beim BVV verbleiben.

Eine Ausgleichszahlung zulasten der BVV gemäß § 15f KS für seine Pflichtversicherten (= seine bisherigen Arbeitnehmer, die übergehen) und die dem übertragenden Bestand zuzuordnenden Anwartschaften und Leistungsansprüche (das können z.B. Rentenzahlungen an übergehende Beschäftigte sein) würde in diesem Szenario entfallen.

Hingegen hätte die WIT – als Mitglied im Abrechnungsverband II – gemäß § 59f KS für seine Pflichtversicherten (=übergehende Arbeitnehmer) einen Ausgleichsbeitrag zu leisten. Wie hoch dieser sein würde, können wir nicht ermitteln, eine entsprechende Berechnung müsste durch den KVBW erfolgen.

Schließlich hätte eine Auflösung der WIT oder der BVV zur Folge, dass die Mitgliedschaft im KVBW endet. In diesem Falle hätte sowohl die BVV nach § 15a ff. KS als auch die WIT nach §§ 59a ff. KS einen Ausgleichsbetrag zu leisten.

Letzteres Szenario lässt sich – im Falle der Gründung der NewCo- nach hiesiger Auffassung vermeiden, soweit mindestens 1 Arbeitnehmer beim BVV bzw. bei der WIT verbleiben.

Der BVV verliert zwar mit dem Destinationsmarketing sein operatives Kerngeschäft, steuert dieses aber über seine zukünftige Rolle als Mitgesellschafter der NewCo mit seinem verbleibenden Personalbestand mit und löst sich daher bei weitgehend unverändertem Aufgabenbestand nicht auf. In diesem Sinne haben wir mit Schreiben vom 2. September 2024 beim KVBW die Erteilung einer verbindlichen Auskunft beantragt.

Auch eine Auflösung der WIT ist nicht abzusehen. Auch über den 1. Januar 2026 hinaus wird die WIT weiterhin Arbeitnehmer beschäftigen und ihrem verbleibenden Aufgabenspektrum selbstständig nachgehen.

6.2.3 Mitgliedschaft der NewCo im Abrechnungsverband II

Sollte die NewCo hingegen Mitglied im Abrechnungsverband II werden, ginge dies zu Lasten der BVV.

Gemäß § 15f der Satzung hätte die BVV für seine Pflichtversicherten (=übergehende Arbeitnehmer) einen Ausgleichsbeitrag zu leisten.

Die WIT hingegen bliebe in diesem Fall von der Ausgleichzahlung verschont.

Ihre bereits bestehende Mitgliedschaft im Abrechnungsverband hätte zur Folge, dass die Pflichtversicherten (=übergehende Arbeitnehmer) der WIT und deren Anwartschaften in diesem Fall auf die NewCo übergehen. Die auf dem KVBW lastenden Verpflichtungen aus beitragsfreien Versicherungen und Rentenfällen, die aus früheren Beschäftigungsverhältnissen der WIT mit ehemaligen Beschäftigten resultieren, würden in diesem Fall bei der WIT verbleiben.

6.2.4 Wahl des Abrechnungsverbandes der NewCo

Um zu verhindern, dass sowohl für die Übertragung der Arbeitnehmer der WIT als auch der Arbeitnehmer des BVV zum 01. Januar 2026 auf die NewCo ein Ausgleichsbeitrag an den KVBW zu zahlen ist, sollte die NewCo in jedem Fall Mitglied im KVBW werden.

Eine Mitgliedschaft der NewCo im KVBW setzt voraus, dass die NewCo sich verpflichtet, den ATV-K für alle ihre Beschäftigten (d.h. sowohl für diejenigen, die von BVV und WIT auf sie übergehen als auch für möglicherweise weitere, von außen kommende Beschäftigte) anzuwenden. Eine solche Verpflichtung kann durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen mit den zu übernehmenden Arbeitnehmern eingegangen werden, aber u.U. auch durch Eintritt in den Kommunalen Arbeitgeberverband Baden-Württemberg.

Für die Aufnahme als Mitglied in den KVBW ist neben einem entsprechenden Aufnahmeantrag, den die NewCo nach ihrer Gründung stellen müsste, weiter erforderlich, dass sie dem KVBW eine Sicherheit stellt. Das kann insbesondere durch eine entsprechende Übernahme der Gewährträgerschaft durch die Stadt erfolgen, aber auch durch Bankbürgschaften öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute.

Schließlich muss, wenn sie als Mitglied aufgenommen ist, die NewCo alle ihre pflichtversicherten Arbeitnehmer zum KVBW anmelden und die anfallenden Umlagen und Beiträge an den KVBW zahlen. Wie hoch diese Belastung jährlich sein wird, hängt von der Anzahl der pflichtversicherten Arbeitnehmer und der Höhe ihres Entgeltes und damit ihrer Versorgungsansprüche ab. Auch dies können wir nicht berechnen, darum kann, wenn die übergehenden Arbeitnehmer feststehen, der KVBW gebeten werden.

Wir gehen nach alledem davon aus, dass die NewCo GmbH alle gesetzlichen Anforderungen an eine Mitgliedschaft im KVBW erfüllen kann. Die Erteilung einer entsprechenden verbindlichen Auskunft haben wir mit Schreiben vom 02. September 2024 beim KVBW beantragt. Die Höhe der Ausgleichszahlungen ist der Entscheidung des KVBW vorbehalten.

6.2.5 Weitergehende Überlegungen

Vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Abrechnungsverbände stellt sich zudem die Frage, ob die Wahl des Abrechnungsverbandes Auswirkungen auf die – vom Wechsel betroffenen Arbeitnehmer der WIT bzw. des BVV – hat.

Eine Auswirkung auf die den Arbeitnehmern zustehende Betriebsrente im Falle des Renteneintritts hat die Wahl des Abrechnungsverbandes nicht.

Denn die Höhe der Betriebsrente ergibt sich nicht aus der Zuordnung des BVV bzw. der WIT zu einem der Abrechnungsverbände der Kassensatzung. Sie findet ihre gesetzliche Grundlage im Tarifvertrag über die zusätzliche Altersvorsorge der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes – Alters- vorsorge TV Kommunal – (ATV-K). Der KVBW als Zusatzversorgungseinrichtung regelt gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 ATV-K lediglich die Finanzierung der Pflichtversicherung.

Ausweislich von § 7 Abs. 1 ATV-K errechnet sich die monatliche Betriebsrente aus der Summe der bis zum Betriebsbeginn erworbenen Versorgungspunkte, multipliziert mit dem Messbetrag von 4,00 Euro. Die Versorgungspunkte ergeben sich dabei unabhängig vom einschlägigen Abrechnungsverband der jeweiligen Kassensatzung. Gemäß § 8 Abs. 1 a) ATV-K bestimmen sich diese insbesondere nach dem Zusatzversorgungspflichtigen Entgelt. Das Zusatzversorgungspflichtige Entgelt ist in beiden Abrechnungsverbänden grundsätzlich der steuerpflichtige Arbeitslohn.

Ein Unterschied besteht lediglich hinsichtlich der Lohnsteuer- bzw. sozialversicherungsrechtlichen Behandlung und der jeweiligen Beitragszahlungen.

Die Umlagen beim Abrechnungsverband I sind, soweit sie vom Arbeitgeber getragen werden, ein lohnsteuerpflichtiger Bezug. Bis zu einer Grenze von 2.718 Euro sind sie steuerfrei gestellt. Über den steuerfreien Betrag hinausgehende Umlagezahlungen sind bis zu 89,48 Euro monatlich gemäß § 16 Abs. 2 ATV-K pauschal zu versteuern. Der Arbeitnehmeranteil beträgt in diesem Fall aktuell 0,55 % des Zusatzversorgungspflichtigen Entgelts, der Arbeitgeberanteil 5,75 %.

Die Pflichtbeiträge des Abrechnungsverbandes II sind im Rahmen des § 3 Nr. 63 EStG hingegen steuer- und sozialversicherungsfrei. Dieser Beitrag beträgt seit Januar 2024 insgesamt 8,0 % und setzt sich zusammen aus einem Arbeitgeberanteil von 7,6 % und einem Arbeitnehmeranteil von 0,4 %.

6.2.6 Handlungsempfehlungen ZVK

Zur Vermeidung weitergehender Ansprüche zu Lasten der WIT und des BVV und zur Sicherung der Versorgungsansprüche der auf die NewCo übergehenden Arbeitnehmer sollte die NewCo Mitglied im KVBW werden.

Die Wahl des Abrechnungsverbandes sollte insbesondere von den jeweils zu erwartenden Ausgleichszahlungen abhängig gemacht werden und erst nach erfolgter Schätzung der Beträge durch den KVBW erfolgen. Denn die Höhe der jeweiligen Ausgleichszahlungen wird zwischen den beiden Alternativen aller Voraussicht nach deutlich variieren.

Die Stadt müsste eine entsprechende Gewährträgerhaftung gegenüber dem KVBW übernehmen, die NewCo müsste sich zur Anwendung des ATV-K gegenüber aller ihrer Arbeitnehmer verpflichten. Sie wäre zudem ab Beginn ihrer Mitgliedschaft zur Anmeldung aller pflichtversicherten Beschäftigten verpflichtet und hätte Umlagen an den KVBW zu zahlen.

Nicht alle Arbeitnehmer des BVV sollten zur NewCo wechseln. Jedenfalls sollte der BVV mit wenigstens einem Arbeitnehmer seine bisherigen Aufgaben in der neuen Gesellschaft koordinierend fortsetzen, damit die Mitgliedschaft des BVV im KVBW nicht endet und erhebliche höhere Ausgleichszahlungen vermieden werden können.

Da auch die WIT nach dem 01. Januar 2026 weiterhin Arbeitnehmer haben wird, bleibt sie ebenfalls grundsätzlich Mitglied im KVBW.

7. Übertragung von Verträgen auf die NewCo

Im Hinblick auf die mögliche Übertragung bestehender Verträge zwischen der WIT und Dienstleistern zur Durchführung von Veranstaltungen (Geschäftsbesorgungsvertrag mit der Tübingen Erleben GmbH, Zuschussvereinbarungen mit dem Handel- und Gewerbeverein Tübingen e.V.) auf die NewCo besteht derzeit kein gesonderter Prüfungsbedarf, da die in Frage stehenden und uns zur Verfügung gestellten Verträge sämtlich zum Ende des Jahres 2025 auslaufen. Die NewCo könnte somit neue (eigene) Verträge mit Wirkung zum 1. Januar 2026 abschließen.

* * *

Baker Tilly
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Kronprinzstraße 8, 70173 Stuttgart

Dr. Christian Teuber
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht

Dr. Stefan Meßmer
Rechtsanwalt