



**KPMG Law**

Unsere Expertise. Ihre Sicherheit.

# Rechtsgutachten

**EU-beihilferechtliche Überprüfung der künftigen finanziellen Beziehungen zwischen der Landeshauptstadt Wiesbaden und dem Eigenbetrieb TriWiCon sowie der geplanten Wiesbaden Congress & Marketing GmbH**

**ERSTELLT VON:** KPMG LAW RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH  
RA Dr. Carsten Jennert, LL. M. | RA Dr. Armin Huhn

**FÜR:** LANDESHAUPTSTADT WIESBADEN - EIGENBETRIEB TRIWICON  
Herrn Günter Göpfert | Herrn Markus Rau

**DATUM:** 21. Mai 2019



**KPMG RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH**

## **Rechtsgutachten**

---

EU-beihilferechtliche Überprüfung der künftigen finanziellen Beziehungen zwischen der Landeshauptstadt Wiesbaden und dem Eigenbetrieb TriWiCon sowie der geplanten Wiesbaden Congress & Marketing GmbH

---

**Erstellt von:** **KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**  
RA Dr. Carsten Jennert, LL.M. | RA Dr. Armin Huhn

**Erstellt für:** **Landeshauptstadt Wiesbaden, Eigenbetrieb TriWiCon**  
Herrn Günter Göpfert | Herrn Markus Rau

**Datum:** **21. Mai 2019**

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>A.</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>7</b>
I.	Der Eigenbetrieb TriWiCon.....	7
II.	Tochtergesellschaften des Eigenbetriebs TriWiCon und ihre Tätigkeiten.....	7
1.	Die Rhein-Main-Hallen GmbH und der Betrieb des RMCC.....	7
2.	Die Kurhaus Wiesbaden GmbH und der Betrieb des Kurhausareals sowie des Jagdschlusses Platte.....	8
3.	Die Wiesbaden Marketing GmbH und der Betrieb des Stadtmarketings und der Touristeninformation.....	9
III.	Zusammenführung in der Wiesbaden Congress & Marketing GmbH.....	10
IV.	Finanzierung des Eigenbetriebs TriWiCon und der WCM.....	11
1.	Finanzierung des Eigenbetriebs TriWiCon.....	11
2.	Finanzierung der WCM.....	11
V.	Die bisherige Betrauung der Tochtergesellschaften mit sog. Dawl.....	13
<b>B.</b>	<b>Prüfungsauftrag</b> .....	<b>14</b>
<b>C.</b>	<b>Dokumentation</b> .....	<b>15</b>
<b>D.</b>	<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....	<b>17</b>
<b>E.</b>	<b>Rechtliche Würdigung</b> .....	<b>22</b>
I.	Vorliegen von Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV zugunsten der WCM.....	22
1.	Unternehmen / wirtschaftliche Tätigkeiten.....	23
1.1.	Betrieb des RMCC.....	24
1.2.	Betrieb des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte.....	24
1.3.	Betrieb von Stadtmarketing & Touristeninformation (inkl. Feste & Märkte).....	25
2.	Begünstigung.....	27
2.1.	Begriff der Begünstigung.....	28
2.2.	Begünstigende Maßnahmen.....	28
2.2.1.	Jährliche Verlustübernahmen zur Finanzierung des Betriebs des RMCC.....	28
2.2.2.	Vergünstigter Mietzins für das RMCC.....	29
2.2.3.	Vergünstigter Mietzins für das Kurhausareal.....	30
2.2.4.	Vergünstigter Mietzins für das Jagdschloss Platte.....	31
2.2.5.	Zuschüsse für Stadtmarketing und Touristeninformation (inkl. Feste und Märkte).....	32

2.3.	Prima facie keine Begünstigung durch Erbringung zentraler Dienstleistungen und Personalgestellung gegen Kostenerstattung .....	32
2.4.	Kein Ausschluss der Begünstigungen nach der <i>Altmark-Trans-</i> Rsprechung .....	33
3.	Staatliche Mittel .....	34
4.	Selektivität .....	34
5.	Wettbewerbsverfälschung und zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung .....	34
5.1.	Begriff der Wettbewerbsverfälschung .....	35
5.2.	Begriff der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung .....	35
5.3.	Einschränkende Entscheidungspraxis der EU-Kommission .....	36
5.4.	Auswirkungen der Maßnahmen zugunsten der WCM .....	36
5.4.1.	Auswirkungen auf den Markt für Messehallen und Kongresszentren .....	36
5.4.2.	Auswirkungen auf den Markt für repräsentative Veranstaltungsräume .....	37
5.4.3.	Auswirkungen auf den Markt für Stadtmarketing, Touristeninformation, Feste und Märkte .....	38
II.	Vorliegen von Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV zugunsten des Eigenbetriebs TriWiCon .....	40
1.	Unternehmen / wirtschaftliche Tätigkeiten .....	40
1.1.	Unterhaltung des RMCC, Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte .....	40
1.2.	Beteiligung an Tätigkeiten der WCM aufgrund wirtschaftlicher Einheit .....	40
2.	Begünstigung .....	42
3.	Finanzierung aus staatlichen Mitteln .....	42
4.	Selektivität .....	43
5.	Wettbewerbsverfälschung und zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung .....	43
III.	Rechtsfolgen: Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot Art. 108 Abs. 3 AEUV .....	43
IV.	Ausnahmen: Gesetzliche Befreiung von der Notifizierungspflicht und dem Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 AEUV .....	44
1.	AGVO-Freistellung nur teilweise möglich und insoweit unzumutbar .....	45
1.1.	AGVO-Freistellung zugunsten Kurhausareal und Jagdschloss Platte denkbar .....	45
1.2.	Weitergehende AGVO-Freistellung scheidet aus .....	47
2.	Freistellung nach der (Dawl-) <i>De Minimis</i> -Verordnung nicht möglich .....	47
3.	Freistellung auf Grundlage des Beschlusses 2012/21/EU gut vertretbar .....	47
3.1.	Anwendbarkeitsschwelle .....	48
3.2.	Die Tätigkeiten der WCM und des TriWiCon bestehen überwiegend aus Dawl ...	49
3.2.1.	Begriff der Dawl .....	49
3.2.2.	Einordnung der Tätigkeiten von WCM und Eigenbetrieb TriWiCon als Dawl .....	50
3.2.2.1.	Unterhaltung und Betrieb des RMCC .....	50

3.2.2.1.1. Universaler und obligatorischer Charakter.....	51
3.2.2.1.2. Öffentliches Interesse.....	51
3.2.2.1.2.1. Öffentliches Interesse an Räumlichkeiten für gesellschaftliche, kulturelle, wissenschaftliche und politische Großveranstaltungen.....	51
3.2.2.1.2.2. Öffentliches Interesse an Räumlichkeiten für Messen und andere wirt- schaftsnahe Veranstaltungen wie Kongresse, Tagungen und Seminare	52
3.2.2.1.2.3. Anerkennung des öffentlichen Interesses an Räumlichkeiten für Großveranstaltungen aller Art durch die EU-Kommission.....	53
3.2.2.1.3. Zweifel der KOM i. R. d. Dawl-Monitorings SA.44264 überzeugen nicht.....	53
3.2.2.1.4. Vorliegen eines Marktversagens.....	56
3.2.2.1.4.1. Beihilferechtliche Kriterien zur Feststellung eines Marktversagens.....	56
3.2.2.1.4.2. Bedarf an besonders großen Räumlichkeiten.....	57
3.2.2.1.4.3. Bedarf an besonderen baulichen Eigenschaften .....	58
3.2.2.1.4.4. Bedarf verschiedene Veranstaltungen an einem Ort durchzuführen.....	58
3.2.2.1.4.5. Bedarf an besonders moderner Ausstattung und modernem Image.....	58
3.2.2.1.4.6. Indizien für ein Marktversagen im Falle des RMCC.....	59
3.2.2.1.4.6.1. Analyse privater Räumlichkeiten für Tagungen, Kongresse & Seminare.....	59
3.2.2.1.4.6.2. RMCC gleicht Marktversagen für Tagungen, Kongresse & Seminare mit mehr als 440 Sitzplätzen in einem Raum aus .....	60
3.2.2.1.4.6.3. Analyse privater Räumlichkeiten für Messen und Großveranstaltungen .....	61
3.2.2.1.4.6.4. RMCC gleicht Marktversagen für Messen und Großveranstaltungen mit mehr als 3.500 Sitzplätzen in einem Raum aus .....	62
3.2.2.1.4.6.5. RMCC gleicht Marktversagen in Bezug auf bauliche Qualität und repräsentativen Charakter aus.....	62
3.2.2.1.4.6.6. RMCC gleicht Marktversagen in Bezug auf Lage, Erreichbarkeit und umliegende Übernachtungsmöglichkeiten aus.....	63
3.2.2.1.5. Dawl-Nebentätigkeiten im Zusammenhang mit dem RMCC.....	63
3.2.2.1.5.1. Begriff der Dawl-Nebentätigkeiten.....	64
3.2.2.1.5.2. Dawl-Nebentätigkeiten im Falle des RMCC .....	64
3.2.2.2. Unterhaltung und Betrieb des Kurhausareals .....	65
3.2.2.2.1. Universaler und obligatorischer Charakter.....	65
3.2.2.2.2. Öffentliches Interesse.....	66
3.2.2.2.3. Vorliegen eines Marktversagens.....	67
3.2.2.2.4. Dawl-Nebentätigkeiten im Zusammenhang mit dem Kurhausareal.....	67
3.2.2.3. Unterhaltung und Betrieb des Jagdschlusses Platte/ Kein Marktversagen.....	68

3.2.2.4.	Betrieb des Stadtmarketings und der Touristeninformation.....	69
3.2.2.4.1.	Universaler und obligatorischer Charakter.....	69
3.2.2.4.2.	Öffentliches Interesse.....	70
3.2.2.4.3.	Marktversagen.....	70
3.2.2.2.5	Dawl-Nebentätigkeiten im Bereich des Stadtmarketings und der Tourismusinformation.....	71
V.	Erforderlichkeit einer Betrauung mit Dawl.....	71
1.	Anforderungen an die Form der Betrauung.....	72
1.1.	Betrauung der WCM durch Zuwendungsbescheid.....	73
1.2.	Betrauung des Eigenbetriebs TriWiCon durch Beschluss gem. § 5 HEigBGes ....	73
2.	Regelungsinhalt des Betrauungsaktes.....	73
2.1.	Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen .....	74
2.1.1.	Gegenstand der Dawl.....	74
2.1.2.	Dauer der Betrauung .....	74
2.2.	Betrautes Unternehmen und gegebenenfalls das betreffende Gebiet.....	75
2.3.	Art etwaiger ausschließlicher oder besonderer Rechte.....	75
2.4.	Ausgleichsmechanismus und Berechnungsparameter .....	76
2.4.1.	Beschreibung des Ausgleichsmechanismus.....	76
2.4.2.	Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen.....	76
2.4.3.	Maßnahmen zur Vermeidung & Rückforderung von Überkompensationen.....	77
2.5.	Verweis auf den Beschluss 2012/21/EU.....	77
3.	Trennungsrechnung gemäß Art. 5 Abs. 9 Beschluss 2012/21/EU .....	77
VI.	Genehmigung der Beihilfen nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV .....	80
1.	System der Ausnahmetatbestände.....	80
2.	Genehmigung von Beihilfen nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV.....	80
2.1.	Verfolgung eines politischen Ziels von gemeinsamen Interesse .....	81
2.2.	Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der staatlichen Finanzierung .....	81
2.2.1.	Erforderlichkeit .....	82
2.2.2.	Verhältnismäßigkeit.....	84
2.3.	Keine unangemessene Wettbewerbsverzerrung.....	85

# A Sachverhalt

## I. Der Eigenbetrieb TriWiCon

Der Eigenbetrieb TriWiCon ist ein öffentlich-rechtliches, unselbstständiges Sondervermögen der Landeshauptstadt Wiesbaden („LHS Wiesbaden“) gemäß § 115 Abs. 1 Nr. 3 HGO i.V.m. § 1 Abs. 1 HEigBGes. Als solches ist er nach § 1 seiner Satzung für die Wahrnehmung städtischer Aufgaben auf dem Gebiet des Messe-, Kongress- und Veranstaltungswesens sowie des Tourismus und des Stadtmarketings zuständig.

Insbesondere übernimmt der Eigenbetrieb TriWiCon sogenannte Eigentümerfunktionen wie die Durchführung von Bau- und Instandhaltungsmaßnahmen sowie die Organisation des Betriebs für bestimmte städtischen Grundstücke und Gebäude, die mit seinem Satzungszweck in Zusammenhang stehen. Zu diesen Grundstücken und Gebäuden zählen das Kurhausareal (Kurhaus, Kurhaus-Kolonaden und Kurpark, Bowling Green), das Jagdschloss Platte, sowie das im Jahr 2018 errichtete RheinMain CongressCenter („RMCC“).

Einzelne Räumlichkeiten oder Flächen dieser Immobilien, wie etwa das Restaurant und die Spielbank im Kurhaus vermietet der Eigenbetrieb TriWiCon dabei direkt an Dritte. Zum ganz überwiegenden Teil setzt der Eigenbetrieb TriWiCon jedoch seine 100%igen Beteiligungsgesellschaften Kurhaus Wiesbaden GmbH, Rhein-Main-Hallen GmbH und Wiesbaden Marketing GmbH zum Betrieb dieser Grundstücke und Gebäude ein. Auf Basis von Gesellschafterbeschlüssen u. ä. legt er dabei die strategische Gesamtausrichtung der Aufgabenwahrnehmung fest. Schließlich ist der Eigenbetrieb TriWiCon über verschiedene Miet-, Dienstleistungs- und Personalgestellungsverträge mit seinen Beteiligungsgesellschaften verbunden.

## II. Tochtergesellschaften des Eigenbetriebs TriWiCon und ihre Tätigkeiten

### 1. Die Rhein-Main-Hallen GmbH und der Betrieb des RMCC

Gegenstand der Rhein-Main-Hallen GmbH ist der Betrieb des Rhein- Main CongressCenter („RMCC“).

Das RMCC ist das Kongress-, Messe- und Veranstaltungszentrum der LHS Wiesbaden. Es bietet mit drei Etagen und 45 Hallen, Sälen und Studios Platz für insgesamt 12.500 Besucher, wovon sich über 5.000 Besucher gleichzeitig in der Halle Nord aufhalten können. Der Betrieb des RMCC umfasst im Wesentlichen folgende Tätigkeiten:

- Verwaltung und Vermietung der Räumlichkeiten des RMCC an Veranstalter

- Veranstaltungsorganisation in Form der Organisation, Planung, Durchführung und Konzeption von Veranstaltungen (Messen,- Kongresse);
- Vermietung der Gastronomieflächen im RMCC an die Kuffler CC Gastro GmbH sowie einschließlich der Vermittlung von Catering- und Gastronomie-Leistungen an Veranstalter;
- Vermietung von Veranstaltungsmobiliar sowie von moderner Veranstaltungstechnik einschließlich technischer und IT-Dienstleistungen;
- Bewerbung des RMCC in Print- und Online-Medien.

Grundlage dieses Betriebs durch die Rhein-Main-Hallen GmbH ist ein Mietvertrag mit dem Eigenbetrieb TriWiCon vom 01. April 2018. Nach § 4 dieses Mietvertrags bezahlt die Rhein-Main-Hallen GmbH „zunächst“ einen Mietzins von jährlich 3,4 Mio. EUR. Anschließend wird die Miethöhe von den Parteien alle zwei Jahre einvernehmlich neu festgelegt.

## **2. Die Kurhaus Wiesbaden GmbH und der Betrieb des Kurhausareals sowie des Jagdschlusses Platte**

Gegenstand der Kurhaus Wiesbaden GmbH ist der Betrieb des Kurhauses in Wiesbaden, der Kurhaus-Kolonaden und der dem Kurhaus zugeordneten Freiflächen sowie des Jagdschlusses Platte.

Das Kurhaus selbst besteht aus acht unterschiedlichen Räumen, einem großen Konzertsaal und dem großen Foyer. Die Kurhaus-Kolonaden bestehen aus drei weiteren Veranstaltungsräumen. Dabei verfügt der größte Saal im Kurhaus (Friedrich-von-Thiersch-Saal) über eine Kapazität von 600 m<sup>2</sup> und bis zu 1.350 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung. Die acht weiteren Säle und das Foyer weisen Kapazitäten zwischen 60 und 440 m<sup>2</sup> (entspricht 70 – 400 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung) auf. Die drei Räume in den Kurhaus-Kolonaden haben 160 – 375 m<sup>2</sup> und bieten Platz für 150 – 500 Sitzplätze in Reihenbestuhlung.

Das Jagdschloss Platte besteht aus einem Erdgeschoss mit Räumen zwischen 14 und 191 m<sup>2</sup> und einem Obergeschoss mit 387,6 m<sup>2</sup>. Der größte zusammenhängende Raum bietet dabei Sitzplätze für bis zu 381 Personen in Reihenbestuhlung.

Der Betrieb des Kurhausareals (Kurhaus, Kurhaus-Kolonaden, Freiflächen im Kurpark und Bowling Green) sowie des Jagdschlusses Platte beinhaltet im Wesentlichen folgende Tätigkeiten:

- Verwaltung und Vermietung des Kurhausareals: Dabei vermietet die Kurhaus Wiesbaden GmbH Räumlichkeiten und Außenflächen im Kurhausareal an externe Veranstalter z.B. für Konzerte, Firmenevents, Kongresse, Tagungen und Seminare. Zusätzlich bietet die Kurhaus Wiesbaden GmbH die Planung, Organisation und Durchführung der dort stattfindenden Veranstaltungen an und vermittelt



Gastronomieleistungen des privaten Gastronomie- und Cateringservice im Kurhaus (Kuffler Kurhaus Gastronomie GmbH & Co. KG);

- Verwaltung und Vermietung der Räumlichkeiten im Jagdschloss Platte, insbesondere des Gastronomiebereiches an die private Jagdschloss Platte Gastro GmbH & Co. KG;
- Nebendienstleistungen für Veranstaltungen wie insbesondere in den Bereichen Veranstaltungsbau, Vermietung von Mobiliar, technische Dienstleistungen und Vermietung von Veranstaltungstechnik;
- Unterhaltung des Bowling-Green, des Kurparks und dessen Einrichtungen;
- Vermittlung von Zimmerkontingenten für Kongress- und Tagungsveranstalter.

Grundlage für den Betrieb des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte durch die Kurhaus Wiesbaden GmbH sind zwei Mietverträge vom 01. Januar 2010. Danach zahlt die Kurhaus Wiesbaden GmbH für die Nutzung des Kurhausareals eine sog. Kostenmiete. Für das Jahr 2017 belief sich diese Kostenmiete auf rd. TEUR 451. Der Mietzins für das Jagdschloss Platte beträgt pauschal TEUR 40 p.a.

Daneben besteht zwischen dem Eigenbetrieb TriWiCon und der Kurhaus Wiesbaden GmbH ein Vertrag vom 01. Januar 2009 über die Gestellung von Personal an die Kurhaus Wiesbaden GmbH gegen Erstattung der bei TriWiCon entstehenden Personal- und Personalverwaltungskosten.

Schließlich erbringt der Eigenbetrieb TriWiCon bestimmte Dienstleistungen für die Kurhaus Wiesbaden GmbH gegen Entgelt (2019: ca. TEUR 694,8) u.a. im Bereich des Finanz- und Rechnungswesens, der Erstellung von Jahresabschlüssen und Steuererklärungen sowie im Bereich der IT- und Personaldienste.

### **3. Die Wiesbaden Marketing GmbH und der Betrieb des Stadtmarketings und der Touristeninformation**

Gegenstand der Wiesbaden Marketing GmbH ist die Profilierung und Stärkung der LHS Wiesbaden im Wettbewerb der Städte und Regionen mit Mitteln des Marketings. Zusätzlich veranstaltet die Wiesbaden Marketing GmbH verschiedene Märkte und Feste in Wiesbaden. Vereinfachend erbringt sie die folgenden Tätigkeiten in den Bereichen des Stadtmarketings und der Touristeninformation:

- Konzeption, Entwicklung und grafische Umsetzung von Printmedien für die LHS Wiesbaden zu Informationszwecken sowie zur Werbung für die LHS Wiesbaden, ihre Sehenswürdigkeiten und ihre touristischen Angebote durch die Grafikabteilung „City Dialog“, teils auch in Zusammenarbeit mit städtischen Beteiligungsgesellschaften und privaten Unternehmen gegen Entgelt.
- Online-Redaktion und Pflege der Website [www.wiesbaden.de](http://www.wiesbaden.de) mit Presseberichten, Informationen und Aktuellem über Ämter, Betriebe, Einrichtungen und Veranstaltungen der LHS Wiesbaden sowie Versendung von Newslettern;

21. Mai 2019

- Werbung für die LHS Wiesbaden auf Messen einschließlich der Beteiligung privater Unternehmen gegen Entgelt (sog. Messeanschießer);
- Werbemaßnahmen zugunsten Dritter v.a. von privaten Veranstaltern und Hotels in Wiesbaden im Rahmen der Marketingkooperation „WiesbadenKongressallianz“;
- Die Organisation und Durchführung von Veranstaltungen, Märkten und Festen, wie dem jährlichen Ostermarkt (über 100 Stände), dem Herbstmarkt (rd. 60 Stände), dem Sternschnuppenmarkt (rd. 130. Stände), der Rheingauer Weinwoche (rd. 115 Stände), der Wiesbadener Wochenmärkte, des Wiesbadener Flohmarkts (jeden dritten Samstag im Parkfeld Biebrich) und der sog. ESWE-Zeit am Warmen Damm sowie weitere kleinerer Veranstaltungen;
- Organisation und Durchführung von Messen in Wiesbaden wie der „Germany Travel Mart“. Hierbei präsentieren sich deutsche Anbieter den wichtigsten Einkäufern aus der internationalen Reisebranche mit rund 350 internationalen Einkäufern und ca. 1000 Teilnehmer/innen p.a.;
- Touristeninformation und Vermittlung touristischer Angebote: Betrieb der Wiesbadener Touristeninformation in der Marktstraße sowie der Online-Touristeninformation: Informationen über die LHS Wiesbaden, ihre Sehenswürdigkeiten und touristischen Angebote; Vermittlung von Hotelreservierungen, gastronomischen Angeboten sowie Tickets für Veranstaltungen in Wiesbaden (aber auch bundesweit); Vermittlung und Durchführung von Ausflügen, Stadtführungen und Stadtfahrten sowie von Halb- und Ganztagsprogramme für Gruppenreisende; Verkauf von Souvenirs und Werbeartikeln der LHS Wiesbaden.

Auch zwischen der Wiesbaden Marketing GmbH und dem Eigenbetrieb TriWiCon besteht ein Personalgestellungsvertrag vom 01. Januar 2009 über die Gestellung von Personal an die Wiesbaden Marketing GmbH gegen Erstattung der bei TriWiCon entstehenden Personal- und Personalverwaltungskosten.

Schließlich erbringt der Eigenbetrieb TriWiCon auch für die Wiesbaden Marketing GmbH bestimmte Dienstleistungen gegen Entgelt im Bereich des Finanz- und Rechnungswesens, der Erstellung von Jahresabschlüssen und Steuererklärungen sowie im Bereich der IT- und Personaldienste.

### **III. Zusammenführung in der Wiesbaden Congress & Marketing GmbH**

Der Eigenbetrieb TriWiCon beabsichtigt, die Kurhaus Wiesbaden GmbH und die Rhein-Main-Hallen GmbH im Jahr 2019 in der Wiesbaden Marketing GmbH zusammenzuführen.

Die Wiesbaden Marketing GmbH soll in diesem Zusammenhang in „Wiesbaden Congress & Marketing GmbH“ („WCM“) umbenannt werden. Nach § 2 des Entwurfes des Gesellschaftsvertrages der neuen WCM soll diese folgenden Unternehmensgegenstand haben:



*„Gegenstand des Unternehmens sind die Profilierung und Stärkung der Landeshauptstadt Wiesbaden im Wettbewerb der Städte und Regionen mit Mitteln des Marketings, der Betrieb des Kurhauses in Wiesbaden, der Kurhaus-Kolonaden und der dem Kurhaus zugeordneten Freiflächen sowie des Jagdschlusses Platte, die Nutzung und Verwaltung des Rhein-Main CongressCenter in Wiesbaden.“*

#### **IV. Finanzierung des Eigenbetriebs TriWiCon und der WCM**

##### **1. Finanzierung des Eigenbetriebs TriWiCon**

Nach dem vorläufigen Wirtschaftsplan des Eigenbetriebs TriWiCon für das Jahr 2019 (Stand: Oktober 2018) erwartet dieser für das Jahr 2019 vor Zuschüssen der LHS Wiesbaden einen Jahresfehlbetrag von TEUR -13.505,4 (zum Vergleich: TEUR -12.184,3 in 2018).

Das Ergebnis des Eigenbetriebs TriWiCon wird dabei auch künftig erheblich durch dessen jährliche Verlustübernahmen zugunsten des RMCC (2019: TEUR -3.234,1; 2018: TEUR -3.129,0) sowie durch dessen Zuschüsse zugunsten des Stadtmarketings und der Touristeninformation (2019: TEUR -2.620,1; 2018: TEUR -2.621,7) belastet.

Diese Jahresfehlbeträge des Eigenbetriebs TriWiCon werden lediglich durch die jährlichen Zuschüsse der LHS Wiesbaden in Höhe von TEUR 11.288,0 für 2019 (und TEUR 9.998,0 für 2018) sowie durch die Überlassung der Einnahmen aus der städtischen Kurtaxe (2017: TEUR 504) reduziert. Nach Zuschüssen und Kurtaxe erwartet der Eigenbetrieb TriWiCon für 2019 noch einen Jahresfehlbetrag von TEUR -2.217,4 (zum Vergleich in 2018: TEUR -2.185,3).

##### **2. Finanzierung der WCM**

Auskunftsgemäß ist geplant, dass sich die finanziellen Beziehungen zwischen der LHS Wiesbaden, dem TriWiCon und der WCM nach der Zusammenführung der bisherigen Tochtergesellschaften des Eigenbetriebs TriWiCon in der WCM im Wesentlichen fortsetzen wie bisher (ggf. mit Ausnahme des Cash-Pooling). Unter dieser Annahme stellt sich die künftige finanzielle Situation der WCM auf Grundlage der uns für die Wiesbaden Kurhaus GmbH, die Wiesbaden Stadtmarketing GmbH und die Rhein-Main-Hallen GmbH zur Verfügung gestellten Unterlagen wie folgt dar:

Ausweislich der vorläufigen Wirtschaftspläne für die Rhein-Main-Hallen GmbH, die Kurhaus Wiesbaden GmbH und die Wiesbaden Marketing GmbH soll die WCM für 2019 eine finanzielle Unterstützung des Eigenbetriebs TriWiCon in Höhe von rd. TEUR 5.859,9 erhalten, (Verlustübernahme; Betriebskostenzuschuss). Diese Mittel dienen insbesondere der Deckung der Kosten für den Betrieb des RMCC (Plan 2019: rd. TEUR 3.234,1) und des Stadtmarketings und der Touristeninformation (Plan 2019: rd. TEUR 2.625,7). Demgegenüber ist der Betrieb des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte weitgehend ergebnisneutral (Plan 2019: rd. TEUR 1,1). Im Einzelnen:

- Für den Betrieb des RMCC ist ausweislich des vorläufigen Wirtschaftsplans für die Rhein-Main-Hallen GmbH auch in der Zukunft mit Verlusten zu rechnen (2019: TEUR -3.234,1 (2018: TEUR -3.129,0)). Annahmegemäß unterstellen wir daher, dass die bislang zugunsten der Rhein-Main-Hallen GmbH vollzogenen jährlichen Verlustübernahmen durch den Eigenbetrieb TriWiCon künftig zugunsten der WCM erfolgen werden.
- Demgegenüber ist der Betrieb des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte weitgehend ergebnisneutral. Nach dem vorläufigen Wirtschaftsplan für die bisherige Kurhaus Wiesbaden GmbH sind für diese Betriebe nur geringfügige negative Ergebnisse zu erwarten: 2019: TEUR - 1,1 (2018: TEUR - 1,4). D.h. die WCM wäre bei Übergang des Mietvertrags, des Personalgestellungsvertrags sowie des Dienstleistungsvertrags der Kurhaus Wiesbaden GmbH mit dem Eigenbetrieb TriWiCon voraussichtlich in der Lage, ihre übrigen Kosten durch ihre eigenen Einnahmen zu decken.
- Das Stadtmarketing und die Touristeninformation stellen schließlich wieder einen defizitären Bereich dar. Der vorläufige Wirtschaftsplan für die Wiesbaden Marketing GmbH sieht ein negatives Betriebsergebnis für das Jahr 2019 in Höhe von TEUR - 2.625,7 (2018: TEUR 2.618,7) vor. Als Ausgleich ist ein Betriebskostenzuschuss des Eigenbetriebs TriWiCon vorgesehen (2019 TEUR 2.630,1; 2018: TEUR 2.621,7). Der Betriebskostenzuschuss setzt sich aus zwei Teilbeträgen zusammen. Zum einen aus einem festen jährlichen Betrag (2019: TEUR 2.254,0) zuzüglich Umsatzsteuerzahlungen (jeweils i.H.v. TEUR 74). Zum anderen aus einem seit dem Jahr 2011 gewährten variablen Anteil von Erstattungen für zentrale Dienstleistungen (2019 TEUR 302).

Offen ist, ob das vom Eigenbetrieb TriWiCon 2011 eingerichtete sogenannte Cash Pooling-System, an das der Eigenbetrieb selbst und seine Tochtergesellschaften angeschlossen sind, nach deren Zusammenführung in die WCM fortgesetzt wird. Der Eigenbetrieb TriWiCon hatte zum 31.12.2017 Forderungen aus dem Cash Pooling-System in Höhe von rd. TEUR 1.803,0. Ebenso hatte die Kurhaus Wiesbaden GmbH Ende 2017 Forderungen aus Cash-Pooling i.H.v. rd. TEUR 1.273 und die Wiesbaden Marketing GmbH hatte Forderungen in Höhe von rd. TEUR 224. Demgegenüber hatte die Rhein-Main-Hallen GmbH zum Jahresabschluss 2017 Verbindlichkeiten gegenüber dem Cash Pooling-System in Höhe von rd. TEUR -3.300.

## **V. Die bisherige Betrauung der Tochtergesellschaften mit sog. Dawl**

Unter der Voraussetzung einer ordnungsgemäßen sog. Betrauung erlaubt das Europäische Beihilferecht den Mitgliedstaaten nach Art. 106 Abs. 2 AEUV ausnahmsweise, bestimmte Leistungen der Daseinsvorsorge – sog. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse („Dawl“) – ohne vorherige Notifizierung bei und Genehmigung durch die Europäische Kommission zu finanzieren.

Zur Herstellung der Beihilferechtskonformität hat die LHS Wiesbaden die bisherigen Tochtergesellschaften des Eigenbetriebs TriWiCon daher in den Jahren 2011 und 2012 nach der seinerzeit gültigen Freistellungsentscheidung 2005/842/EG bzw. des Dawl-Gemeinschaftsrahmens 2005/C 297/04 betraut. Dabei hat die Stadt die betrauten Gesellschaften jeweils auch verpflichtet, eine sogenannte Trennungsrechnung zur Vermeidung einer verbotenen Querfinanzierung ihrer jeweiligen kommerziellen Tätigkeiten zu führen.

Die vorgenannten rechtlichen Grundlagen hat die Europäische Kommission zwischenzeitlich durch den sog. Freistellungsbeschluss 2012/21/EU sowie den Dawl-Rahmen 2012/C 8/03 ersetzt, die teils restriktivere Anforderungen an eine ordnungsgemäße Betrauung stellen. Der Europäische Gerichtshof seinerseits hat die Bedeutung auch der formalen Aspekte einer Betrauung für eine rechtswirksame Befreiung von der Notifizierungspflicht hervorgehoben (Urteil vom 21.07.2016, Rs. C-493/14).

Vor diesem Hintergrund stellt sich für den Eigenbetrieb TriWiCon die Frage, ob im Zusammenhang mit der geplanten Zusammenführung der Beteiligungsgesellschaften in der WCM EU-beihilferechtlicher Handlungsbedarf besteht und wie die Finanzierung der neuen WCM EU-beihilferechtlich ausgestaltet werden kann.

Für den Fall, dass eine Betrauung der WCM oder auch der TriWiCon selbst erforderlich sein sollte, stellt sich für den Eigenbetrieb TriWiCon insbesondere die Frage, welche Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Betrieb des Kurhauses, des Jagdschloss Platte, des RMCC und des Stadtmarketings einschließlich der Touristeninformation als Dawl qualifiziert werden können und daher staatlich finanziert werden dürfen und bezüglich welcher Tätigkeiten im Wege einer Trennungsrechnung sicherzustellen ist, dass diese nicht von staatlicher finanzieller Unterstützung profitieren.

## B. Prüfungsauftrag

Der Eigenbetrieb TriWiCon hat uns daher auf der Grundlage der Mandats- und Haftungsvereinbarung vom 12./17./23. Oktober 2018 mit der Prüfung der EU-beihilferechtlichen Konformität der Finanzierung der künftigen WCM beauftragt.

Auftragsgemäß umfasst unsere Prüfung zunächst - in einem ersten Schritt - die Würdigung der bestehenden bzw. beabsichtigten finanziellen Beziehungen zwischen der LHS Wiesbaden, dem Eigenbetrieb TriWiCon und der WCM unter Berücksichtigung beihilferechtlicher Vorgaben (mit Ausnahme des Cash Pooling Systems) sowie die Erarbeitung eines Finanzierungskonzepts nach Maßgabe des sog. Dawl-Beschlusses 2012/21/EU. Dieser Prüfung dient das vorliegende Memorandum.

In einem zweiten Schritt würden wir einen Betrauungsakt zur Betrauung der WCM und - soweit erforderlich - des Eigenbetriebs TriWiCon durch die LHS Wiesbaden entwerfen.

Schließlich unterstützen wir den Eigenbetrieb TriWiCon bei der Implementierung einer beihilferechtlichen Trennungsrechnung gemäß Art. 5 Abs. 9 Beschluss 2012/21/EU bei der WCM - und, soweit erforderlich, bei dem Eigenbetrieb TriWiCon - unter Berücksichtigung der bei der Wiesbaden Marketing GmbH bereits vorhandenen Trennungsrechnung.

Soweit erforderlich stehen wir zudem auch für eine etwaige umsatzsteuerliche Abstimmung der Betrauung mit der Finanzverwaltung zur Verfügung, ggf. im Rahmen einer verbindlichen Auskunft.

## C. Dokumentation

Zur Durchführung unserer Prüfung hat uns der Eigenbetrieb TriWiCon elektronische Kopien der folgenden Unterlagen zur Verfügung gestellt:

- Mietvertrag zwischen dem Eigenbetrieb TriWiCon (Vermieter) und der Rhein-Main-Hallen GmbH (Mieter) vom 01. April 2018 über das RMCC und weitere darin beschriebene Flächen.
- Finanzierungskonzept für einen neuen Veranstaltungskomplex in Wiesbaden vom 06. Mai 2013;
- Nutzungskonzept der Rhein-Main-Hallen vom 30. April 2013;
- Auflistung der Tagungskapazitäten der Wiesbadener Hotels (Mercure Hotel Wiesbaden, Dorint Pallas Wiesbaden Hotel Nassauer Hof, Radisson Blu Schwarzer Bock, Hotel Oranien, Pentahotel Wiesbaden, NH Wiesbaden, Courtyard by Marriott Wiesbaden-Nordenstadt);
- Trennungsrechnung der Wiesbaden Marketing GmbH für das Jahr 2017;
- Wirtschaftsplan 2019 (Stand: Oktober 2018) der Rhein-Main-Hallen GmbH;
- Wirtschaftsplan 2019 (Stand: Oktober 2018) der Wiesbaden Marketing GmbH;
- Wirtschaftsplan 2019 (Stand: Oktober 2018) der Kurhaus Wiesbaden GmbH;
- Wirtschaftsplan 2019 (Stand: Oktober 2018) des Eigenbetriebs TriWiCon;
- Vorläufiger Wirtschaftsplan 2018/2019 (Stand 28. September 2017) der Rhein-Main-Hallen GmbH;
- Vorläufiger Wirtschaftsplan 2018/2019 (Vorläufiger Wirtschaftsplan: Stand 30. Juni 2017) der Wiesbaden Marketing GmbH;
- Vorläufiger Wirtschaftsplan 2018 – 2019 (Erster Entwurf: Stand 06. Juli 2017) der Kurhaus Wiesbaden GmbH;
- Vorläufiger Wirtschaftsplan 2018 – 2019 (Erster Entwurf: Stand 06. Juli 2017) des Eigenbetriebs TriWiCon;
- Betrauungsakt nach Art. 106 Abs. 2 AEUV der LHS Wiesbaden gegenüber der Rhein-Main-Hallen GmbH vom 02. Januar/16. Januar 2012;
- Betrauungsakt nach Art. 106 Abs. 2 AEUV der LHS Wiesbaden gegenüber der Wiesbaden Marketing GmbH vom 16. Januar 2012;

**21. Mai 2019**

- Betrauungsakt nach Art. 106 Abs. 2 AEUV der LHS Wiesbaden gegenüber der Kurhaus Wiesbaden GmbH vom 09. Januar 2012;
- Voraussichtlicher Gesellschaftsvertrag der Wiesbaden Congress & Marketing GmbH;
- Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses zum 31. Dezember 2017 und des Lageberichts für das Geschäftsjahr 2017 für die Rhein-Main-Hallen GmbH;
- Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses zum 31. Dezember 2017 und des Lageberichts für das Geschäftsjahr 2017 für die Wiesbaden Marketing GmbH;
- Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses zum 31. Dezember 2017 und des Lageberichts für das Geschäftsjahr 2017 für die Kurhaus Wiesbaden GmbH;
- Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses zum 31. Dezember 2017 und des Lageberichts für das Geschäftsjahr 2017 für den Eigenbetrieb TriWiCon der Landeshauptstadt Wiesbaden.



**Landeshauptstadt Wiesbaden - Eigenbetrieb TriWiCon**  
*EU-beihilferechtliche Überprüfung der künftigen finanziellen Beziehungen  
zwischen der LHS Wiesbaden, dem Eigenbetrieb TriWiCon  
und der geplanten Wiesbaden Congress & Marketing GmbH*

21. Mai 2019

## D. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Eine Reihe von finanziellen Maßnahmen der LHS Wiesbaden zugunsten ihres Eigenbetriebs TriWiCon und – mittelbar über den Eigenbetrieb TriWiCon – zugunsten der WCM gewähren diesen einen marktunüblichen wirtschaftlichen Vorteil und sind deshalb als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen. Dies gilt u. a. für den jährlichen Betriebskostenzuschuss der LHS Wiesbaden zugunsten des Eigenbetriebs TriWiCon sowie die finanziellen Zuwendungen des Eigenbetriebs TriWiCon zugunsten der WCM für den Betrieb des RMCC, des Kurhausareals und das Jagdschlosses Platte sowie des Stadtmarketings und der Touristeninformation.

Soweit die finanzielle Unterstützung der LHS Wiesbaden demgegenüber den folgenden Tätigkeiten zugutekommt und dies in der Buchführung der WCM auch nachgewiesen werden kann, ist mangels wirtschaftlicher Tätigkeit und/oder mangels einer Verfälschung des gemeinschaftsweiten Wettbewerbs keine Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV gegeben:

- Pflege des öffentlichen und kostenlos zugänglichen Kurparks und des Bowling Greens;
- Veranstaltung von Festen und Märkten für die örtliche Bevölkerung;
- kulturelle Veranstaltungen, für die kein oder nur ein geringes Entgelt erhoben wird;
- Allgemeine Information über die LHS Wiesbaden, ihre Verwaltung und ihre Leistungen in Print- und Online-Medien;
- Allgemeines Destinationsmarketing in Print- und Online-Medien und auf Messen;
- Organisation und Durchführung von Ausflügen, Stadtführungen oder Gruppenreisen in Wiesbaden;
- Verkauf von Souvenirs und Werbeartikeln der LHS Wiesbaden.

Soweit die WCM für diese Tätigkeiten auf ihre Grafikabteilung „City Dialog“ zurückgreift (z.B. zur Erstellung von Informationsbroschüren) oder Informationen und Veranstaltungswerbung durch ihre Online-Redaktion und die Website [www.wiesbaden.de](http://www.wiesbaden.de) verbreitet, handelt es sich dabei u. E. um untergeordnete Nebentätigkeiten zu diesen hoheitlichen, oder jedenfalls nicht beihilferelevanten Haupttätigkeiten, deren Finanzierung daher ebenfalls nicht beihilferelevant ist.

**Landeshauptstadt Wiesbaden - Eigenbetrieb TriWiCon**  
*EU-beihilferechtliche Überprüfung der künftigen finanziellen Beziehungen  
zwischen der LHS Wiesbaden, dem Eigenbetrieb TriWiCon  
und der geplanten Wiesbaden Congress & Marketing GmbH*

**21. Mai 2019**

2. Staatliche Beihilfen sind unionsrechtlich grundsätzlich verboten und deshalb in der Regel vorab bei der Europäischen Kommission zur Genehmigung anzumelden (Notifizierungspflicht). Wir halten es vorliegend jedoch für gut vertretbar, dass sich die LHS Wiesbaden auf den gesetzlichen Freistellungstatbestand für die Finanzierung sog. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Dawl) nach Art. 4 des Beschlusses 2012/21/EU berufen kann und eine Notifizierung/ Genehmigung der genannten Maßnahmen deswegen ausnahmsweise entbehrlich ist. Diese Einschätzung stützen wir insbesondere auf die Rechtsprechung des EuGH, der Leistungen der Wirtschaftsförderung und der Verbraucherinformation, wie sie auch durch den Eigenbetrieb TriWiCon und der WCM erbracht werden, wiederholt als im Allgemeininteresse liegend anerkannt hat.
- 2.1 Als freistellungs- und finanzierungsfähige Dawl können danach folgende Tätigkeiten einschließlich der zugehörigen Nebentätigkeiten qualifiziert werden:
- Unterhaltung und Betrieb des RMCC für Kongresse, Tagungen und Seminare sowie für Messen und sonstige Großveranstaltungen mit einem Kapazitätsbedarf von über 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363 m<sup>2</sup>) im größten Raum;
  - Unterhaltung und Betrieb des Kurhausareals für kleinere Messen, Kongresse und Seminare sowie für gesellschaftliche, kulturelle und politische Veranstaltungen wie Galas, Bälle oder Konzerte, die auf einen repräsentativen Rahmen angewiesen sind, mit einem Kapazitätsbedarf von über 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363 m<sup>2</sup>) im größten Raum;
  - Betrieb der Touristeninformation in der Marktstraße einschließlich der Online-Touristeninformation zur Information über die LHS Wiesbaden, ihre Sehenswürdigkeiten sowie ihre touristischen Angebote, auch soweit hiervon private Unternehmen mittelbar profitieren.
  - Zu den Dawl-Nebentätigkeiten der WCM zählen dabei auch die Gestaltung von Werbung oder anderen Printmedien durch die Abteilung „City Dialog“ sowie deren Verbreitung durch die Online-Redaktion, soweit die so erstellten und verbreiteten Informationen im Zusammenhang mit den o.g. Dawl stehen.
- 2.2 Demgegenüber handelt es sich bei den nachfolgenden Tätigkeiten (einschließlich der zugehörigen Nebentätigkeiten) der WCM und des Eigenbetriebs TriWiCon um kommerzielle Tätigkeiten. Um eine verbotene Quersubventionierung aus den Dawl-Ausgleichsleistungen zu verhindern, dürfen diese Tätigkeiten gemäß Art. 5 Abs. 9 Beschluss 2012/21/EU nur auf Basis einer getrennten Kontenführung und zu Entgelten erbracht werden, welche die ihnen zuzurechnenden Kosten decken:
- Unterhaltung und Betrieb des RMCC und des Kurhausareals für Veranstaltungen

**Landeshauptstadt Wiesbaden - Eigenbetrieb TriWiCon**  
*EU-beihilferechtliche Überprüfung der künftigen finanziellen Beziehungen  
zwischen der LHS Wiesbaden, dem Eigenbetrieb TriWiCon  
und der geplanten Wiesbaden Congress & Marketing GmbH*

**21. Mai 2019**

gen mit einem Kapazitätsbedarf von unter 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363 m<sup>2</sup>) im größten Raum;

- Unterhaltung und Betrieb des RMCC für Messen und sonstige Großveranstaltungen, die nicht auf einen repräsentativen Rahmen sowie eine gute Lage, Erreichbarkeit und Übernachtungsmöglichkeiten angewiesen sind und mit einem Platzbedarf von bis zu 5.415 m<sup>2</sup> oder 3.500 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung im größten Raum auskommen (z. B. bestimmte Business-to-Business Messen);
- Unterhaltung und Betrieb des Jagdschlusses Platte;
- Betrieb des Stadtmarketings und der Touristeninformation, soweit damit die Vermittlung von Hotelzimmern, gastronomischen Angeboten, Veranstaltungstickets oder Reisen, Marketingmaßnahmen zugunsten der Wiesbaden Kongressallianz, die Organisation und Durchführung überregionaler Messen wie der Germany Travel Mart und/oder die Beteiligung privater Unternehmen an eigenen Messeständen gegen Entgelt (sog. Messeanschießer) verbunden sind. Gleiches gilt für die Erstellung von Printmedien für oder in Zusammenarbeit mit privaten Unternehmen gegen Entgelt oder deren Verbreitung online, z.B. über die Website [www.wiesbaden.de](http://www.wiesbaden.de);
- Zu den kommerziellen Nebentätigkeiten der WCM zählen dabei auch die Gestaltung von Werbung oder anderen Printmedien durch die Abteilung „City Dialog“ sowie deren Verbreitung durch die Online-Redaktion, soweit die so erstellten und verbreiteten Informationen im Zusammenhang mit den vorgenannten kommerziellen Tätigkeiten stehen.

**2.3** Zwingende Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der finanziellen Unterstützung der LHS Wiesbaden nach Maßgabe der Dawl-Freistellung ist, dass die LHS Wiesbaden den Eigenbetrieb TriWiCon und die WCM rechtsverbindlich mit den zu finanzierenden Dawl-Leistungen betraut. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs empfehlen wir, die Betrauung als Beschluss nach dem Eigenbetriebsgesetz bzw. als Verwaltungsakt in Form eines Zuwendungsbescheids umzusetzen, welcher die Vorgaben des Art. 4 Beschluss 2012/21/EU als verwaltungsrechtliche Nebenbestimmungen nach § 36 VwVfG konkretisiert. Erforderlich ist danach insbesondere, dass TriWiCon und WCM für ihre beihilferechtlich privilegierten und deshalb finanzierungsfähigen Dawl-Leistungen einerseits und die übrigen, kommerziellen Leistungen andererseits eine getrennte Kontenführung einrichten und die jeweiligen Kosten und Erlöse anteilig schlüsseln. Sollte sich bei der Implementierung der Trennungsrechnung herausstellen, dass die Erlöse einiger kommerzielle Leistungen – insbesondere der Vermietung von RMCC und Kurhaus für Ver-

**Landeshauptstadt Wiesbaden - Eigenbetrieb TriWiCon**  
*EU-beihilferechtliche Überprüfung der künftigen finanziellen Beziehungen  
zwischen der LHS Wiesbaden, dem Eigenbetrieb TriWiCon  
und der geplanten Wiesbaden Congress & Marketing GmbH*

**21. Mai 2019**

anstaltungen mit einem Kapazitätsbedarf von weniger als 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung – die marktüblichen (Miet)Kosten einschließlich Abschreibungen und Finanzierungskosten nicht decken, bedürfte der anwendbare Kostenbegriff (Vollkosten, inkrementelle Kosten, Referenzpreise) vorbehaltlich einer Abstimmung mit der Kommission ggf. noch der näheren Prüfung und Dokumentation.

3. An der Einschätzung zum Dawl-Charakter der einzelnen TriWiCon/WCM-Tätigkeiten sehen wir uns auch nicht durch das Schreiben der Europäischen Kommission vom 31.01.2019 im Monitoring-Verfahren SA.4426 betreffend Beihilfen im Bereich der Wirtschaftsförderung gehindert. Zwar hat die Europäische Kommission in diesem Verfahren auch Kongresszentren, Kultur- und Mehrzweckveranstaltungsorte sowie lokale Marketing- und Tourismusdienstleistungen überprüft und deutlich gemacht, dass sie den Betrieb solcher Infrastrukturen nur teilweise als an die Bürger gerichtete Dienstleistung einstuft. Demgegenüber ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass
  - die Kommission sich in ihrem Schreiben nicht mit der o. g. Rechtsprechung des EuGH auseinandergesetzt hat,
  - Gegenstand des Monitoring-Verfahrens insgesamt 49 unterschiedliche Maßnahmen waren und die Beurteilung der Kommission daher notwendiger Weise summarischen Charakter hat,
  - die Kommission eine Dawl-Freistellung auch aufgrund formaler Mängel der entsprechenden Betrauungsakte kritisch beurteilt hat, die vorliegend ohne Weiteres vermieden werden können und
  - eine Qualifikation des Betriebs von Messe- und Kongressinfrastrukturen als finanzierungsfähige Dawl nicht abschließend verneint und
  - auch bezüglich keiner einzigen Maßnahme ein förmliches Beschwerdeverfahren eröffnet hat.
4. Aufgrund der nachweislich kritischen Haltung der Kommission und den erheblichen Reputationsrisiken, die für Wiesbaden als Landeshauptstadt mit einem Beihilfeprüfverfahren verbunden wären, empfehlen wir jedoch, die finanzielle Unterstützung zugunsten des Eigenbetriebs TriWiCon und der WCM mindestens im Wege des sog. Vorabkontakts über das Bundeswirtschaftsministerium informell mit der Kommission abzustimmen. Für eine solche Abstimmung/Notifizierung spricht u. E. auch die gegenüber der Inanspruchnahme eines Freistellungstatbestands erfahrungsgemäß reduzierte Prüfungstiefe der Europäischen Kommission und die bislang durchweg positiven Genehmigungsentscheidungen zu Messe- und Kongresszentren. Zudem sehen wir in diesem Fall eine Chance für die Landeshauptstadt Wiesbaden, eine höhere Rechtssicherheit und Flexibilität hinsichtlich der Durchführbarkeit auch solcher

**Landeshauptstadt Wiesbaden - Eigenbetrieb TriWiCon**  
*EU-beihilferechtliche Überprüfung der künftigen finanziellen Beziehungen  
zwischen der LHS Wiesbaden, dem Eigenbetrieb TriWiCon  
und der geplanten Wiesbaden Congress & Marketing GmbH*

**21. Mai 2019**

Veranstaltungen unterhalb der Vollkostendeckung – etwa zu inkrementellen Kosten  
- zu erhalten, die mangels Allgemeininteresse keinen Dawl-Charakter haben und in-  
soweit nicht finanzierungsfähig sind.

## E. Rechtliche Würdigung

### I. Vorliegen von Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV zugunsten der WCM

U. E. sprechen gewichtige und überwiegende Gründe dafür, dass es sich bei den folgenden Leistungen des Eigenbetriebs TriWiCon zugunsten der WCM um staatliche Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt:

- Den jährlichen Verlustübernahmen des Eigenbetriebs TriWiCon zugunsten des Betriebs des RMCC (2019: rd. TEUR 3.230,0);
- Dem nicht marktüblichen, weil nicht kostendeckenden Mietzins für die Nutzung des RMCC;
- Dem *prima facie* nicht marktüblichen, weil keinen Gewinnaufschlag enthaltenden Mietzins (bloße „Kostenmiete“) für die Nutzung des Kurhausareals;
- Dem *prima facie* nicht marktüblichen, weil vergleichsweise geringen Mietzins für die Nutzung des Jagdschlusses Platte;
- Den jährlichen Zuschüssen des Eigenbetriebs TriWiCon für den Betrieb des Stadtmarketings und der Touristeninformation (2019: rd. TEUR 2.600,0).

Hinsichtlich der Personalgestellung durch den Eigenbetrieb TriWiCon gegen Erstattung der Personal- und Personalverwaltungskosten durch WCM haben wir – vorbehaltlich anderweitiger Sachverhaltsinformationen – keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Begünstigung der WCM. Gleiches gilt für die Erbringung zentraler Dienstleistungen durch den Eigenbetrieb TriWiCon gegen Entgelt, sofern dieses Entgelt marktüblich ist.

Im Einzelnen ist Folgendes hierfür maßgeblich:

Grundsätzlich verbietet Art. 107 Abs. 1 AEUV den Mitgliedstaaten und ihren regionalen und lokalen Untergliederungen, mithin also auch den deutschen Kommunen, die Gewährung von Beihilfen an bestimmte Unternehmen. Der Begriff der Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt dabei folgende Tatbestandsmerkmale voraus:

- Es muss sich um eine Maßnahme zugunsten eines *Unternehmens* handeln;
- Die Maßnahme muss das Unternehmen *begünstigen*;
- Die Maßnahme muss aus *staatlichen Mitteln* finanziert werden;
- Es muss sich um eine *selektive* Maßnahme handeln, d.h. sie muss bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige treffen;

- Die Maßnahme muss die Gefahr einer *Verfälschung des Wettbewerbs* sowie eine *Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns* hervorrufen.

Beihilfen sind nach Art. 107 Abs. 1 AEUV grundsätzlich verboten. Sofern keine gesetzliche Befreiung („Freistellungsregelung“) eingreift, sind sie deshalb gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV vor ihrer Gewährung bei der Europäischen Kommission zu notifizieren und von dieser ggf. zu genehmigen. Ohne vorherige Notifizierung und Genehmigung durch die Kommission gewährte Beihilfen sind aufgrund eines Verstoßes gegen das sog. Durchführungsverbot aus Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV rechtswidrig.

Ein Verstoß gegen das unmittelbar anwendbare Durchführungsverbot kann von Wettbewerbern vor deutschen Gerichten geltend gemacht werden und zur Nichtigkeit sowie zur vollständigen Rückabwicklung der „beihilfeinfizierten“ Verträge führen.

### 1. Unternehmen / wirtschaftliche Tätigkeiten

Die WCM ist zunächst ein Unternehmen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV und somit ein tauglicher Empfänger von Beihilfen.

Als Unternehmen im beihilferechtlichen Sinne gilt nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof jede selbstständige Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung („funktionaler Unternehmensbegriff“). Dabei besteht eine wirtschaftliche Tätigkeit darin, Waren oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.

*Vgl. grundlegend EuGH, Urt. v. 23. April 1991 – Rs. C-41/91, Höfner-Elser, Rn. 21; EuGH Urt. v. 25. Oktober 2001 – Rs. C-475/99, Ambulanz Glöckner, Rn. 19; vgl. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV („Bekanntmachung zum Beihilfebegriff“), Rn. 7, 12.*

Die Besonderheit dieses Unternehmensbegriffs liegt in seinem funktionalen Ansatz. Danach kann die gleiche organisatorische Einheit je nach Tätigkeit einmal als Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV qualifiziert werden, während dies ein anderes Mal nicht der Fall ist.

*Vgl. EuGH, Urteil vom 01.07.2008, Rs. C-49/07, MOTOE, Rn. 25;*

Die Entscheidungspraxis stellt nicht darauf ab, ob durch die Tätigkeit ein Gewinn erzielt oder angestrebt wird oder ob andere, insbesondere soziale Ziele verfolgt werden. Es genügt für den Unternehmenscharakter, dass sich eine Einrichtung mit Dienstleistungen am Wirtschaftsleben beteiligt. Dies ist typischerweise der Fall, wenn die von der Einrichtung erbrachten Leistungen am Markt entgeltlich und mit Gewinnerzielungsmöglichkeit erbracht werden (ohne dass es sich dabei um zwingende Tatbestandsmerkmale einer wirtschaftlichen Tätigkeit handeln würde).

*Vgl. EuGH Urt. v. 22. Januar 2002 – Rs. C-218/00, Cisal, Rn. 37; EuGH, Urt. v. 12. September 2000 – Rs. C-180 bis 184/98, Pavel Pavlov u.a., Rn. 118; EuGH, Urt. 22.*

Mai 2003 – Rs. C-355/00, *Freskor*, Rn.77; EuGH Urt. v. 21. September 1999 – Rs. C-67/96, *Albany International*, Rn. 84-87.

Umgekehrt sind hoheitliche und rein soziale Tätigkeiten nach der Entscheidungspraxis des EuGH keine wirtschaftliche Tätigkeit im beihilferechtlichen Sinne.

*EuGH, Urt. v. 26. März 2009 – Rs. C-113/07 P, SELEX*, Rn. 70; *EuGH, Urteil v. 18. März 1997 – Rs. C-343/95, Diego Cali*, Rn.16; *EuGH, Urt. v. 22. Januar 2002 – Rs. C-218/00, Cital*, Rn. 37 ff.; *EuGH, Urt. v. 17. Februar 1993 – Rs. C-159/91 und C-160/91, Poucet*, Rn. 18f.

Sowohl der von der WCM künftig ausgeübte Betrieb des RMCC, des Kurhausareals sowie des Stadtmarketings und der Touristeninformation als auch die Veranstaltung von Festen und Märkten in Wiesbaden sind u. E. überwiegend wirtschaftlicher Natur. Denn die WCM bietet insoweit überwiegend Waren und Dienstleistungen auf einem Markt an. Im Einzelnen:

#### 1.1. Betrieb des RMCC

Zunächst ist der Betrieb des RMCC durch die WCM wirtschaftlicher Natur. Denn dieser Betrieb besteht vorwiegend in der entgeltlichen Vermietung von Räumlichkeiten und Flächen des RMCC an Aussteller und Veranstalter von Messen, Tagungen und Kongressen, in der Erbringung veranstaltungsbezogener Dienstleistungen wie der Planung, Organisation, Bewerbung und Durchführung von Veranstaltungen sowie in der Erbringung damit verbundener Nebendienstleistungen wie der Vermietung von technischer Ausrüstung und Mobiliar oder der Vermittlung von Catering- und gastronomischen Leistungen.

Diese Leistungen werden auch von Privaten entgeltlich am Markt und mit Gewinnerzielungsmöglichkeit erbracht. So bieten etwa verschiedene Hotels in Wiesbaden ebenfalls Räumlichkeiten für Tagungen und Kongresse an (v.a. Dorint Hotel Pallas, Hotel Nassauer Hof, Pentahotel). Zudem verfügt das etwa 13 km entfernte Messecenter Rhein-Main über Räumlichkeiten v.a. für Messen mit bis zu 4.700 m<sup>2</sup> in einem Raum und Platz für bis zu 3.500 Personen. Das 18 km entfernte Veranstaltungszentrum Chamäleon Beach verfügt über Räumlichkeiten für Großveranstaltungen mit Kapazitäten von 2000 m<sup>2</sup> in einem Raum und für insgesamt bis 1.800 Personen. Das etwa 30 km entfernte The SQUAIRE bietet sowohl Messeflächen auf 5.415 m<sup>2</sup> für über 2000 Personen als auch Kongressräumlichkeiten an. Neben der Vermietung der Räumlichkeiten selbst bieten diese privaten Wettbewerber auch die zugehörigen o.g. Nebendienstleistungen gegen Entgelt an.

#### 1.2. Betrieb des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte

Auch der Betrieb des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte ist überwiegend wirtschaftlicher Natur. Denn dieser Betrieb ist primär auf die entgeltliche Vermietung repräsentativer Räumlichkeiten für Veranstaltungen verschiedener Art gerichtet, wie Konzerte,



Galas, Musicals, Bälle, Kongresse, Seminare und Seminare, Firmenevents oder auch Familienfeiern. Zudem bietet die WCM unterstützende Dienstleistungen wie die Vermietung technischer Ausrüstung, die Vermittlung von Catering- und gastronomischen Leistungen oder die Bewerbung von Veranstaltungen an.

Hierbei handelt es sich jeweils um Leistungen, die auch private Unternehmen wie insbesondere die größeren Wiesbadener Hotels (v.a. Dorint Hotel Pallas, Hotel Nassauer Hof, Pentahotel) gegen Entgelt anbieten und für die es daher einen Markt gibt.

Zwar erbringt die WCM im Zusammenhang mit dem Betrieb des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte weitere Tätigkeiten, die u. E. als nicht-wirtschaftlich zu qualifizieren sind. Hierzu zählen insbesondere die Pflege und Instandhaltung des öffentlichen und kostenlos zugänglichen Kurparks und seiner Denkmäler.

*Vgl. Entscheidung der Kommission vom 09.04.2002, N610/01 - Tourismusinfrastrukturprogramm Baden-Württemberg*

Hierzu können jedoch auch einzelne kulturelle Aktivitäten der WCM im Kurhausareal und dem Jagdschloss Platte zählen, die der Öffentlichkeit entweder kostenlos zur Verfügung gestellt werden, oder deren Eintrittsgelder nur einen Bruchteil ihrer Kosten decken. Dies gilt selbst dann, wenn die WCM in diesem Zusammenhang ebenfalls Catering- und Gastronomieleistungen vermittelt oder andere kostenpflichtige Nebendienstleistungen erbringt, wie etwa einen Garderoben-Service oder auch die Vermietung von Mobiliar.

*Vgl. Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rz 34, 35 sowie Fn. 50 zu Rz. 37.*

Nach unserem Verständnis kommt diesen nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten des WCM jedoch eine eher untergeordnete Bedeutung zu. Zudem genügt es aufgrund des funktionalen Unternehmensbegriffs für die Einordnung als Unternehmen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, wenn eine organisatorische Einheit zu einem Teil wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt. Übt eine organisatorische Einheit sowohl wirtschaftliche als auch nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten, so handelt es sich dabei zumindest insoweit um ein Unternehmen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, als sie wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt.

*EuG, Urteil v. 16. Juli 2014 – T-309/12 – Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz; Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rz 37.*

### **1.3. Betrieb von Stadtmarketing und Touristeninformation (inkl. Feste und Märkte)**

Schließlich ist auch der Betrieb des Stadtmarketings und der Touristeninformation (inkl. Feste und Märkte) durch die WCM mit wirtschaftlichen Tätigkeiten verbunden.

Wirtschaftlichen Charakter hat zum einen die Vermittlung touristischer Angebote (Hotelreservierungen, gastronomischen Angebote, Tickets für Veranstaltungen), die gezielte Bewerbung von Angeboten Privater wie insbesondere im Rahmen der Marketingkooperation Wiesbaden Kongressallianz, die Konzeption und Durchführung von Ausflügen und Stadtführungen oder Gruppenreisen, oder der Verkauf von Souvenirs und Werbeartikeln durch die WCM. Denn solche Dienstleistungen werden auch von privaten Wirtschaftsteilneh-

mern gegen Entgelt angeboten und nachgefragt, sodass hierfür ein Markt besteht: Nach einer nicht abschließenden Marktrecherche bietet beispielsweise die private ATRIUM Agentur für Tourismus und Marketing GmbH ihre Dienste zur Tourismusförderung an. Die ift Freizeit- und Tourismusberatung GmbH wirbt mit der Beratung auch zahlreicher kommunaler Kunden. Ihre Leistungen umfassen insbesondere die Erstellung von Marketing- und Tourismuskonzepten, Standortanalysen und Organisationsberatungen. Die etoour/Epooly Ltd. offeriert Tourismus Consulting und Reisekonzeptionen und adressiert explizit Regionen, die sich mehr Tourismus in ihrem Gebiet wünschen. Und auch für Stadtführungen und Gruppenreisen sowie den Verkauf von Souvenirs und Werbeartikel existiert grundsätzlich ein privater Markt.

Zum anderen stellt auch die Veranstaltung von Festen und Märkten eine wirtschaftliche Tätigkeit dar, also ein Anbieten von Dienstleistungen auf einem Markt. Der wirtschaftliche Charakter dieser Tätigkeiten manifestiert sich insbesondere darin, dass die WCM teilweise über 100 Standplätze an Schausteller und Marktteilnehmer gegen Entgelt vermietet. Auf diesem Markt sind grundsätzlich auch private Anbieter wie die Deutsche Marktgilde eG (v.a. Wochenmärkte), die Fa. Weiß Veranstaltungsservice aus Kelkheim (v.a. Flohmärkte) oder wirtschaftlich ausgerichtete Vereine wie der Verein Bergsträßer Weinmarkt e.V., (organisiert das jährliche Weinfest in Heppenheim) tätig.

Die Veranstaltung von Messen wie der Messe „Germany Travel Mart“ im RMCC oder die Vermietung von Messeständen an Dritte (Messebeteiligungen) stellt ebenfalls eine wirtschaftliche Tätigkeit dar. Denn auch solche Leistungen werden von privaten Dienstleistern gegen Entgelt angeboten, sowohl branchenspezifisch, wie z. B. von der wikonect GmbH im Medizinbereich, als auch als allgemeine Dienstleistung, wie z. B. von der dfv Conference Group.

Des Weiteren können auch die Konzeption, Entwicklung und Umsetzung von Printmedien durch die Abteilung „City-Dialog“ und Tätigkeiten der Online-Redaktion der WCM einen wirtschaftlichen Charakter aufweisen. Dies ist ungeachtet des vergleichsweise geringen Umfangs dieser Tätigkeiten der Fall, wenn diese Abteilungen entweder andere wirtschaftliche Haupttätigkeiten der WCM unterstützen (z.B. durch Erstellen und Verbreiten der Imagebroschüre für das RMCC), oder wenn sie Leistungen gegenüber Dritten gegen Entgelt erbringen (z.B. Flyer zu Bewerbung privater Hotelangebote im Rahmen der Wiesbaden Kongressallianz).

*Vgl. EuG, Urt, v. 12.09.2013 - T-347/09, Förderung von Naturschutzprojekten in Deutschland, Rn. 40, 63, 69.*

Denn insoweit teilen diese Tätigkeiten der WCM den Charakter der jeweiligen wirtschaftlichen Haupttätigkeit bzw. die WCM bietet selbst am Markt Leistungen an, die auch von privaten Grafik- und Designbüros, Druckereien oder IT-Dienstleistern erbracht werden (z.B. Grützmaker GmbH, Drach Print Media GmbH oder der Fa. Kayserreich).

Umgekehrt haben die Tätigkeiten von „City Dialog“ und Online-Redaktion keinen

wirtschaftlichen Charakter und sind somit nicht beihilferelevant, wenn diese unmittelbar und untrennbar mit einer hoheitlichen Aufgabe der LHS Wiesbaden, ihrer Ämter oder Betriebe verbunden sind (z.B. Erstellung und Verbreiten von Informationsbroschüren über städtische Leistungen wie die Familienkarte, den Integrationsassistenten oder die Förderung der Beschäftigung langzeitarbeitsloser Menschen).

Vgl. EuGH Urt. v. 12.07.2012 – C-138/11 – *Compass Datenbank*, Rn. 38; EuGH Slg. 2009, I-2207 Rn. 72 ff.; Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, AEUV Art. 107 Abs. 1 Rn. 19;

Schließlich ist das reine Bewerben der LHS Wiesbaden als Tourismusziel über Print- und Online-Medien sowie auf Messen (sogenanntes allgemeines Destinationsmarketing) nach Auffassung des Bundeswirtschaftsministeriums und nunmehr auch der EU-Kommission keine wirtschaftliche Tätigkeit oder jedenfalls nicht beihilferelevant.

Vgl. *Schreiben des Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vom 18. Mai 2017, an Bund, Länder und Kommunale Spitzenverbände, zur „Finanzierung öffentlicher Tourismusorganisationen und EU-Beihilferecht“*.

Denn insoweit dürfte es an einem vergleichbaren privaten Angebot und letztlich an einem Markt fehlen, weil solche Leistungen nicht auf die Förderung bestimmter touristischer Angebote, sondern auf die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung eines Tourismusziels abzielen. Daher sind diese Leistungen nicht unmittelbar einnahmeschaffend, sodass ein eine private Nachfrage in der Regel ausbleibt oder jedenfalls die staatliche Finanzierung solcher Leistungen keine mehr als nur marginale Wettbewerbsverfälschung und zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV nach sich zieht (vgl. hierzu unten Ziffer I.5).

## 2. Begünstigung

Sodann stellen u. E. folgende Maßnahmen des Eigenbetriebs TriWiCon einen marktunüblichen wirtschaftlichen Vorteil und damit eine Begünstigung i.S.d. Art.107 Abs. 1 AEUV zugunsten der WCM dar:

- Die jährlichen Verlustübernahmen des Eigenbetriebs TriWiCon zugunsten des Betriebs des RMCC (2019: rd. TEUR 3.230,0);
- Der nicht marktübliche, weil nicht kostendeckende Mietzins für das RMCC;
- Der *prima facie* nicht marktübliche, weil keinen Gewinnaufschlag enthaltende Mietzins (bloße „Kostenmiete“) für die Nutzung des Kurhausareals;
- Der *prima facie* nicht marktübliche, weil vergleichsweise geringe Mietzins für die Nutzung des Jagdschlusses Platte;
- Die jährlichen Zuschüssen des Eigenbetriebs TriWiCon für den Betrieb des Stadtmarketings und der Touristeninformation (2019: rd. TEUR 2.600,0).

Im Einzelnen:

## 2.1. Begriff der Begünstigung

Unter einer Begünstigung gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV ist jeder wirtschaftliche Vorteil ohne marktübliche Gegenleistungen zu verstehen, den das betreffende Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Entscheidende Bedeutung kommt folglich der Marktüblichkeit der Leistungs- Gegenleistungsbeziehungen zu.

*Vgl. EuGH, Urteil vom 29.04.1999, C-342/96, Spanien/Kommission, Rn. 41; Urteil vom 11.07.1996, C-39/94, SFEI, Rn. 60; Bimstiel/Bungenberg, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, 1. Teil, Art. 107 AEUV Rn. 89.*

Zur Beurteilung der Marktüblichkeit eines bestimmten Geschäfts vergleichen der Europäische Gerichtshof (EuGH) und die EU-Kommission das Verhalten des Staates mit dem Verhalten eines hypothetischen, marktwirtschaftlich handelnden privaten Marktteilnehmers in einer vergleichbaren Situation („Private-Investor-Test“). Im Rahmen der beihilferechtlichen Überprüfung von Verträgen der öffentlichen Hand mit Unternehmen umfasst der Private-Investor-Test dabei insbesondere die Prüfung, ob ein (hypothetischer) privater Vertragspartner in einer vergleichbaren Lage wie die staatliche Stelle den fraglichen Vertrag überhaupt und, wenn ja, ob er ihn zu den gleichen Konditionen abgeschlossen hätte.

*Vgl. EuG, Urteil vom 17.12.2008, Rs. T-196/04, Ryanair, Rn. 40; EuGH, Urteil vom 21.02.1991, Rs. C-305/89, Alfa Romeo, Rn. 19; EU-Kommission, Entscheidung vom 12.02.2004, Charleroi, ABI. EU Nr. L 137, S. 1; Entscheidung vom 20.10.2004, WestLB, ABI. EU Nr. L 307, S. 22*

Dabei ist der Beihilfebegriff ein objektiver Begriff, für dessen Vorliegen die wirtschafts-, umwelt- und/oder sozialpolitische Zielsetzung einer staatlichen Maßnahme unbeachtlich ist. Dementsprechend können auch etwaige diesbezügliche „Gegenleistungen“ des Beihilfeempfängers (sog. Umwegrenditen) wie die Schaffung von Arbeitsplätzen oder die Erhöhung des Steueraufkommens nicht auf der Tatbestandsebene bei der Frage, ob objektiv eine „Begünstigung“ gegeben ist, sondern allenfalls im Rahmen der Genehmigungs- und Freistellungsvorschriften der Art. 107 Abs. 2, 3; Art. 106 Abs. 2 AEUV Berücksichtigung finden.

*Vgl. EuGH, Urteil vom 03.07.2003, Rs. C-83/01, UFEX/Chronopost, Rn. 30; Urteil vom 10.05.2000, Rs. T-46/97, SIC/Kommission, Rn. 83.*

## 2.2. Begünstigende Maßnahmen

### 2.2.1. Jährliche Verlustübernahmen zur Finanzierung des Betriebs des RMCC

Zunächst handelt es sich u. E. bei den geplanten jährlichen Verlustübernahmen des Eigenbetriebs TriWiCon zugunsten des Betriebs des RMCC um Begünstigungen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV (2019: TEUR 3.230).

Denn diese Verlustübernahmen würde ein marktwirtschaftlich handelnder privater Investor anstelle des Eigenbetriebs TriWiCon nur tätigen, wenn er zumindest mittel bis langfristig

eine angemessene Kapitalrendite auf das von ihm investierte Kapital erwarten könnte (sog. Private Investor Test).

*Vgl. Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rn. 102; Jenner/Huhn/Salcher/Schmoll, „Der Private Investor-Test: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Anforderungen an beihilfefreie staatliche Kapitalmaßnahmen“, BRZ 2014/2, S. 63, m.w.N.*

Dies ist hier jedoch nicht ersichtlich. Denn ausweislich des Wirtschaftsplans für die bisherige Rhein Main Hallen GmbH – rechnet diese mit negativen Jahresergebnissen bis 2021. Zwar sind dies Verluste jährlich rückläufig. Eine über 2021 hinausgehende Planung für den reinen Betrieb des RMCC liegt jedoch nicht vor. Eine belastbare Renditeerwartung lässt sich daraus nicht entnehmen.

Hinzu kommt, dass auch das Finanzierungskonzept, das der Investition zum Bau des RMCC zugrunde lag und das dessen Wirtschaftlichkeit bis in das Jahr 2047 abbildet, weitere Verluste bis zum Jahr 2046 voraussagt. Das negative Jahresergebnis beträgt durchschnittlich rd. TEUR -2.800. Erst ab 2047 sind hiernach überhaupt positive Ergebnisse zu erwarten. D.h. selbst soweit der reine Betrieb des RMCC – ggf. auf Basis einer nicht kostendeckenden Miete (hierzu sogleich) – künftig Gewinne erwarten ließe, wäre die Investition in das RMCC insgesamt bis zum Jahr 2046 defizitär.

Schließlich liegt dem Finanzierungskonzept eine Abschreibungsdauer von 50 Jahren zugrunde. Legte man demgegenüber eine normale Abschreibungsdauer von 33 Jahren gemäß § 7 Abs. 4 EStG zugrunde, wären die jährlichen Abschreibungen auf das RMCC entsprechend höher. Dementsprechend wären auch die jährlich zu erwartenden Verluste aus Bau und Betrieb des RMCC höher, mit der Folge dass das RMCC positive Ergebnisse erst deutlich nach 2046 erwirtschaften würde.

Im Ergebnis begünstigen die jährlichen Verlustübernahmen des Eigenbetriebs TriWiCon daher die WCM.

### 2.2.2. Vergünstigter Mietzins für das RMCC

Auch sprechen gute Gründe dafür, dass der aktuelle Mietzins für die Nutzung des RMCC die WCM begünstigt. Nach § 4 Abs. 1, 5 des Mietvertrags vom 30. März 2018 beträgt dieser zunächst TEUR 3.400 p.a. und kann alle zwei Jahr einvernehmlich angepasst werden.

Bei einer vermietbaren Fläche des RMCC von 14.631 m<sup>2</sup> zzgl. einer Dachterrasse von 570 m<sup>2</sup> entspricht dieser jährliche Mietzins einer monatlichen Miete von rd. EUR 19/m<sup>2</sup>.

Gegen die Marktüblichkeit dieses aktuellen Mietzinses spricht jedoch, dass er die jährlichen Kosten des Eigenbetriebs TriWiCon aus Abschreibungen und Zinsen für das aufgenommene Fremdkapital nicht deckt.

Nach dem o.g. Finanzierungskonzept belaufen sich allein die jährlichen Abschreibungen auf das RMCC bis 2047 auf TEUR 3.100,0 - TEUR 4.800,0. Hinzu kommt ein jährlicher Zinsaufwand des Eigenbetriebs TriWiCon bis 2047 von TEUR 2.300,0 - TEUR 4.300,0.

Selbst soweit diese Abschreibungen und Zinskosten die Folge einer nicht marktüblichen Investitionsentscheidung des Eigenbetriebs TriWiCon sind (s.o.), so würde ein marktwirtschaftlich handelnder Vermieter das RMCC doch nur zu einem Mietzins vermieten, durch die er zumindest langfristig seine Kosten deckt.

### 2.2.3. Vergünstigter Mietzins für das Kurhausareal

Weiterhin sprechen gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass der Eigenbetrieb TriWiCon die WCM auch durch einen vergünstigten Mietzins für die Nutzung des Kurhausareals begünstigt.

Nach dem diesbezüglichen Mietvertrag vom 01. Januar 2010 hat die Mieterin eine sog. „Kostenmiete“ für die Nutzung des Kurhausareals zu tragen. Daneben trägt die Mieterin wie üblich die Betriebskosten. Eine Kostenmiete wird jedoch typischerweise im Bereich des sozialen Wohnungsbaus vereinbart. Nach § 8 Wohnungsbindungsgesetz ist hierunter diejenige Miete zu verstehen, die zur Deckung der laufenden Aufwendungen des Vermieters erforderlich ist. Dies beinhaltet nach § 8a Wohnungsbindungsgesetz zwar auch eine gewisse Verzinsung des eingebrachten Eigenkapitals bzw. der Eigenleistung des Vermieters zwischen 4 und 6,5 %. Allerdings bildet dieser Betrag lediglich die Kapitalkosten ab und beinhaltet insoweit noch keinen Gewinn- oder Wagnisaufschlag.

Ein marktwirtschaftlich handelnder privater Vermieter an der Stelle des Eigenbetriebs TriWiCon würde sich daher bei der Festsetzung des Mietzinses auch nicht primär an einer Kostenmiete orientieren und so seine Eigenkapitalverzinsung begrenzen. Vielmehr würde sich ein solcher privater Vermieter neben seinen Kosten auch an den am Markt erzielbaren Mieten orientieren und versuchen, seine Immobilie zu einem möglichst gewinnbringenden Mietzins – also über seinen Kosten – zu vermieten.

Bezogen auf die vermietbare Raumfläche im Kurhaus (2.350 m<sup>2</sup>) und den Kurhaus Kolonnaden (1.175 m<sup>2</sup>) entspricht die o. g. Kostenmiete von TEUR 451 für 2017 einem monatlichen Mietzins von rd. EUR 11/m<sup>2</sup> ohne Nebenkosten. Hinzu kommt jedoch noch die mit angemietete Außenfläche von insgesamt 13.100 m<sup>2</sup> (Bowling Green, Konzertmuschel und Konzertplatz sowie kleine Konzertterrasse), die darin nicht berücksichtigt ist. Angesichts des besonderen historischen und repräsentativen Charakters des Gebäudes, seiner technischen Ausstattung und der zusätzlichen Verdienstmöglichkeit durch die zeitweise Nutzung der Außenflächen für Veranstaltungen, erscheint diese Mietzins vergleichsweise gering.

Dafür, dass der Eigenbetrieb TriWiCon für Flächen im Kurhaus einen höheren Mietzins erzielen könnte, spricht u. E. zum einen, dass der Mietzins für die Gastronomieflächen im Kurhaus, den der Eigenbetrieb TriWiCon von der dortigen Betreiberin, der Kurhaus Gastronomie Gerd Käfer und Roland Kuffler GmbH & Co. KG erhält, deutlich höher ist. Ausweislich des Berichts über die Jahresabschlussprüfung der Kurhaus Wiesbaden GmbH für das Jahr 2017 zahlte Betreiberin 2017 einen Mietzins von rd. TEUR 601 für eine Raumfläche von rd. 300 m<sup>2</sup> und einer Außenfläche von rd. 420 m<sup>2</sup>. Selbst bei vollständiger Be-

rücksichtigung der Außenfläche ergibt sich hieraus ein monatlicher Mietzins von rd. 70 €/ m<sup>2</sup>.

Zum anderen war aber auch die bisherige Kurhaus Wiesbaden GmbH selbst in der Lage, allein durch die Weitervermietung des Kurhausareals und des Jagdschloss Platte (ohne Entgelte für Dienstleistungen) im Jahr 2017 Einnahmen i.H.v. rd. TEUR 2.590 zu erwirtschaften. Das entspricht etwa dem Fünffachen der von ihr an den Eigenbetrieb TriWiCon zu zahlenden Miete für Kurhausareal und Jagdschloss Platte.

Vorbehaltlich anderweitiger Sachverhaltsinformationen gehen wir daher davon aus, dass der nach dem Mietvertrag vom 01. Januar 2010 für die Nutzung des Kurhausareals zu zahlende Mietzins nicht marktüblich ist und die WCM daher begünstigt.

#### **2.2.4. Vergünstigter Mietzins für das Jagdschloss Platte**

Ähnliches gilt in Bezug auf den Mietzins für das Jagdschloss Platte. Nach dem diesbezüglichen Mietvertrag vom 01. Januar 2010 beträgt der jährliche Mietzins für das Jagdschloss Platte TEUR 40 zzgl. Betriebskosten.

Bezogen auf die vermietbare Fläche des Jagdschlusses Platte von 660 m<sup>2</sup> entspricht diese jährliche Miete von TEUR 40 einem monatlichen Mietzins von EUR 5,50/m<sup>2</sup> zzgl. Nebenkosten.

Demgegenüber kann die WCM diese Räumlichkeiten für einen deutlich höheren Mietzins weitervermieten. Ausweislich der Preisliste der bisherigen Kurhaus Wiesbaden GmbH für das Jahr 2018 (Stand 01.03.2017) beträgt der Bruttomietpreis für das Jagdschloss Platte EUR 5.087,25 pro Tag beträgt. Das entspricht einem monatlichen Mietzins von rd. EUR 231,00/ m<sup>2</sup> inkl. Nebenkosten.

Hiernach würde es für die WCM genügen, das Jagdschloss an lediglich an 8 - 12 Tagen im Jahr zu vermieten, um ihre eigenen Mietkosten gegenüber dem Eigenbetrieb TriWiCon zzgl. Nebenkosten zu decken. Tatsächlich konnte das Jagdschloss Platte aber allein im Jahr 2017 an 17 Tagen für Veranstaltungen Dritter mit über 400 Personen vermietet werden. Hinzukommen weitere 66 Tage, an denen das Jagdschloss für Veranstaltungen Dritter mit 100 oder mehr Personen vermietet war.

Selbst soweit die WCM im Rahmen ihrer Weitervermietung Nachlässe z.B. für Auf- und Abbautage oder für die Nutzung nur eines Stockwerks gewähren sollte, ist angesichts der Veranstaltungszahlen in der Vergangenheit davon auszugehen, dass sie mit dieser Weitervermietung (ohne Entgelte für Nebenleistungen) weitaus höhere Mieterträge pro m<sup>2</sup> erzielen kann, als sie selbst an den Eigenbetrieb TriWiCon an Miete zu zahlen hat.

Vorbehaltlich anderweitiger Sachverhaltsinformationen gehen wir daher davon aus, dass der nach dem Mietvertrag vom 01. Januar 2010 für die Nutzung des Jagdschlusses Platte zu zahlende Mietzins nicht marktüblich ist und die WCM daher begünstigt.

### **2.2.5. Zuschüsse für Stadtmarketing und Touristeninformation (inkl. Feste und Märkte)**

Schließlich stellen auch die jährlichen Betriebskostenzuschüsse des Eigenbetriebs TriWiCon zugunsten der WCM eine Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar (2019: rd. TEUR 2.630).

Denn solche Zuschüsse würde ein marktwirtschaftlich handelnder privater Investor anstelle des Eigenbetriebs TriWiCon nur übernehmen, wenn er eine angemessene Kapitalrendite auf das von ihm eingesetzte Kapital erwarten könnte (Private Investor Test, s.o.).

Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn zum einen war der Bereich Stadtmarketing & Touristeninformation (inkl. Feste und Märkte) in der Vergangenheit defizitär und auch der vorläufige Wirtschaftsplan für 2019 lässt einen Verlust bzw. Zuschussbedarf von rd. TEUR 2.630 erwarten.

Zum anderen entfallen allein rd. TEUR 376 des jährlichen Zuschusses auf die insoweit ergebnisneutrale und nicht auf eine Kapitalrendite gerichtete Erstattung des Entgelts, das die WCM an den Eigenbetrieb TriWiCon für die Übernahme zentrale Dienstleistungen (Buchhaltung, Personal- und IT-Abteilung) zu leisten hat.

Schließlich können etwaige wirtschaftsfördernde Effekte des Stadtmarketings, der Touristeninformation oder der Feste und Märkte bei dieser Betrachtung nicht zugunsten der WCM berücksichtigt werden. Denn insoweit handelt es sich um sog. Umwegrenditen (s.o.), die der Eigenbetrieb TriWiCon nicht als Gesellschafter der WCM, sondern allenfalls über seine Zugehörigkeit zur LHS Wiesbaden in Form höherer Steuereinnahmen o.ä. erzielen kann.

### **2.3. Prima facie keine Begünstigung durch Erbringung zentraler Dienstleistungen und Personalgestellung gegen Kostenerstattung**

Demgegenüber sprechen u. E. gute Gründe dafür, dass die zwischen TriWiCon und ihren Tochtergesellschaften bestehenden Dienstleistungsverträge und Personalgestellungsverträge, die nun auf die WCM übergehen, keine gesonderte Begünstigung zugunsten der WCM erhalten.

Nach diesen Verträgen aus den Jahren 2009 und 2010 erbringt der Eigenbetrieb TriWiCon zum einen bestimmte zentrale Dienstleistungen in den Bereichen Finanz- und Rechnungswesen, Erstellung von Jahresanschlüssen und Steuererklärungen sowie IT- und Personaldienstleistungen. Zum anderen stellt der Eigenbetrieb der WCM Personal zu den bei ihm bestehenden Bedingungen zur Verfügung. Die WCM hat dem Eigenbetrieb TriWiCon hierfür die entsprechenden Kosten, inkl. der Personalverwaltungskosten, zu erstatten.

Eine Begünstigung wäre hierin indes nur dann zu sehen, wenn die WCM für diese Leistungen des Eigenbetriebs TriWiCon kein marktübliches Entgelt zahlen müsste und dadurch von Kosten befreit würde, die sie normalerweise selbst zu tragen hätte.



Anhaltspunkte dafür, dass die tatsächliche Kostenerstattung der WCM gegenüber dem Eigenbetrieb TriWiCon unterhalb der jeweils marktüblichen Entgelte liegt, haben wir nicht. Vielmehr dürften entsprechende Konzernbeziehungen gegen Kostenerstattung auch in rein privatwirtschaftlich organisierten Konzernen bestehen, was dafür sprechen würde, dass die WCM insoweit keinen marktunüblichen Vorteil erhält.

Jedenfalls aber würde eine etwaige Begünstigung im Zusammenhang mit den zentralen Dienstleistungen und der Personalgestaltung nach unserem Verständnis die jährlichen Verlustübernahmen und Zuschüsse des Eigenbetriebs TriWiCon zugunsten der WCM reduzieren. Insoweit handelte es sich bei dem Verzicht auf ein marktübliches Entgelt um einen „durchlaufenden“ Posten. Für die Zwecke der weiteren Prüfung gehen wir daher davon aus, dass eine etwa erforderliche Begünstigung der WCM im Zusammenhang mit den zentralen Dienstleistungen und der Personalgestaltung künftig über die Verlustübernahmen und Zuschüsse zugunsten der WCM erfolgen wird.

#### **2.4. Kein Ausschluss der Begünstigungen nach der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung**

Die unter Ziffer 2.3. identifizierten Begünstigungen zugunsten der WCM können auch nicht nach den Grundsätzen der sog. „Altmark Trans“-Rechtsprechung ausgeschlossen werden. Mit seinem Urteil im Fall Altmark Trans führte der EuGH im Jahr 2003 folgende vier Kriterien ein, bei deren Vorliegen Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen keine Begünstigung und somit keine Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV sind:

- (1) Die Gesellschaft muss mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein,
- (2) die Ausgleichsparameter für die damit verbundenen Kosten müssen im Voraus nach objektiven und transparenten Kriterien aufgestellt sein,
- (3) der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung ganz oder teilweise zu decken,
- (4) für den Fall, dass das Unternehmen, das mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut werden soll, nicht im Wege einer öffentlichen Ausschreibung ermittelt wird, muss die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt werden, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen mit Sachmitteln ausgestattetes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.

Vgl. EuGH, Urt. v. 24. Juli 2003 – Rs. C-280/00, „Altmark Trans“, Rn. 87 ff.

Im vorliegenden Fall scheidet der Ausschluss einer Begünstigung jedenfalls am vierten *Altmark Trans*-Kriterium. Denn die WCM und die ihr gewährten Begünstigungen wurden

nicht im Wege einer Ausschreibung ermittelt und es liegt auch keine entsprechende Kostenanalyse zu den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens vor.

Damit liegen die Voraussetzungen für das Entfallen des Tatbestandes der Begünstigung nach Art. 107 Abs.1 AEUV nicht vor.

### 3. Staatliche Mittel

Die unter Ziffer 2.3 identifizierten Begünstigungen erhält die WCM auch aus staatlichen Mitteln im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV.

Nach der europäischen Entscheidungspraxis sind staatliche Mittel sämtliche Mittel des öffentlichen Sektors, einschließlich der Mittel innerstaatlicher (dezentralisierter, förderter, regionaler oder sonstiger) Stellen sowie unter bestimmten Umständen auch Mittel privater Einheiten.

*Vgl. Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rn. 48.*

Mittel, die – wie die jährlichen Verlustübernahmen, die jährlichen Zuschüsse und die Zurverfügungstellung von RMCC, Kurhausareal und Jagdschloss Platte – aus einem kommunalen Sondervermögen nach § 115 HGO und daher aus dem Haushalt der Kommune selbst stammen, sind daher ebenfalls staatliche Mittel.

### 4. Selektivität

Die genannten Begünstigungen des Eigenbetriebs TriWiCon zugunsten der WCM gewährt dieser auch einem bestimmten Unternehmen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, nämlich ausschließlich der WCM. Ihnen kommt somit auch die für eine Beihilfe erforderliche selektive Wirkung zu.

Eine Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt voraus, dass die begünstigenden Maßnahmen – in Abgrenzung zu allgemeinen wirtschaftspolitischen Maßnahmen – „bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen“ zugutekommen (Selektivitätsmerkmal). Damit soll eine Beihilfe von allgemeinen wirtschafts-, steuer- und sozialpolitischen Maßnahmen abgegrenzt werden.

*Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht – Band 3, 1. Auflage 2007, Rn. 624 ff; Lübbig/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, Rn. 232.*

Empfänger der oben identifizierten Begünstigungen sind allein die bisherigen Tochtergesellschaften des Eigenbetriebs TriWiCon und somit künftig die WCM. Die Vorteile werden mithin selektiv bestimmten Unternehmen gewährt.

### 5. Wettbewerbsverfälschung und zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung

Schließlich sprechen u. E. gute und überwiegende Gründe dafür, dass die o. g. Begünstigungen der WCM geeignet sind, i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Denn durch diese Begünstigungen wird das Angebot und die Position der WCM in Wiesbaden gestärkt, wo sie mit grenzüberschreitend tätigen Unternehmen wie z. B. internationalen Kongresshotels, Betreibern von Großimmobilien und Messeveranstaltern oder auch Betreibern von Online-Vermittlungsplattformen für touristische Angebote konkurriert.

Demgegenüber sprechen in Bezug auf die Veranstaltung von Festen und Märkten für die örtliche Bevölkerung, die Durchführung von Ausflügen, Stadtführungen oder Gruppenreisen in Wiesbaden oder den Verkauf von Souvenirs und Werbeartikeln der LHS Wiesbaden gute Argumente gegen eine zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung. Eine staatliche Finanzierung dieser Tätigkeiten (einschließlich der entsprechenden Nebentätigkeiten) ist folglich keine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV.

Im Einzelnen:

### 5.1. Begriff der Wettbewerbsverfälschung

Der Beihilfebegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt voraus, dass die staatliche Begünstigung den Wettbewerb auf dem entsprechenden Markt verfälscht oder zu verfälschen droht und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

Eine Wettbewerbsverfälschung liegt dabei bereits vor, wenn eine vom Staat gewährte Maßnahme geeignet ist, die Wettbewerbsposition des Empfängers gegenüber seinen Wettbewerbern zu verbessern. Dies gilt auch dann, wenn die staatliche Maßnahme nicht dazu beiträgt, dass das Empfängerunternehmen expandieren und Marktanteile gewinnen kann. Es reicht aus, dass eine Beihilfe die Wettbewerbsstellung eines Unternehmens im Vergleich zu seiner Lage ohne Beihilfe stärkt. Mit Ausnahme bestimmter monopolistischer Leistungen oder von Leistungen, die nicht mit anderen Dienstleistungen konkurrieren, ist dies praktisch immer möglich. Weder existiert insoweit eine Erheblichkeitsschwelle, noch schließt der Umstand dass das Empfängerunternehmen klein ist, eine Wettbewerbsverfälschung aus vorausgesetzt allerdings, dass die Wahrscheinlichkeit einer solchen Verfälschung nicht rein hypothetischer Natur ist.

Vgl. *Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rn. 187 – 189 m.w.N.*

### 5.2. Begriff der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung

Eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt weiter voraus, dass die jeweiligen staatlichen Finanzierungsmaßnahmen „den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.

Hierfür genügt nach der Rechtsprechung des EuGH bereits die Eignung der jeweiligen Maßnahme dazu; einer tatsächlich gegebenen Handelsbeeinträchtigung bedarf es nicht.

Vgl. *EuGH, Urteil vom 15.12.2005, Rs. C-148/04, Unicredito Italiano, Rn. 54;*  
*Urteil vom 29.04.2004, Rs. C-372/97, Italien/Kommission, Rn. 44.*

Eine zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung ist insbesondere nicht bereits deswegen ausgeschlossen, weil der Empfänger einer Begünstigung lediglich in einem Mitglied-

staat tätig ist. Denn der EuGH hält es insoweit für ausreichend, dass die gewährten Vorteile den Zutritt zum lokalen Markt für Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten erschweren.

Vgl. *EuGH, Urteil vom 14.09.1994, Rs. C-278/92 bis C-280/92, Spanien/Kommission, Rn. 40; Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, Rn. 78; Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rz. 191.*

Im Übrigen schließen auch weder eine geringe Begünstigung noch ein kleines Unternehmen das Vorliegen einer zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung aus.

Vgl. *Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rn. 192 m.w.N.*

### 5.3. Entscheidungspraxis der EU-Kommission zu lokalen Maßnahmen

Seit 2015 hat die Kommission eine Reihe von Entscheidungen erlassen, in denen sie bei Maßnahmen mit rein lokalem Charakter das Vorliegen einer Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV abgelehnt hat. In diesen Fällen hielt die Kommission – ungeachtet einer möglichen Verfälschung des lokalen Wettbewerbs – das Tatbestandsmerkmal einer zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV für ausgeschlossen. Diese Entscheidungspraxis hat die Kommission in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfebegriff vom Juli 2016 festgehalten, die ihr eigenes Ermessen bindet.

Hiernach haben staatliche Finanzierungsmaßnahmen nur lokale Auswirkungen und sind folglich mangels Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel keine Beihilfen, wenn

- der Empfänger Waren oder Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem Mitgliedstaat anbietet,
- es unwahrscheinlich ist, dass er Kunden aus anderen Mitgliedstaaten gewinnen würde, und
- nicht davon auszugehen ist, dass die Maßnahme mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder die Niederlassung von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten haben würde.

Vgl. *Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rn. 196.*

### 5.4. Auswirkungen der Maßnahmen zugunsten der WCM

#### 5.4.1. Auswirkungen auf den Markt für Messehallen und Kongresszentren

U. E. sind zunächst sind die o.g. Begünstigungen der WCM zur Finanzierung des Betriebs des RMCC geeignet, den Wettbewerb i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu verfälschen und den zwischenstaatlichen Handel auf dem Markt für Messehallen und Kongresszentren und der damit zusammenhängenden Nebendienstleistungen zu beeinträchtigen.

Denn der Betrieb eines internationalen Messe- und Kongresszentrums ist schon seinem Wesen nach darauf ausgerichtet, auch ausländische Veranstalter, Aussteller und Besucher anzuziehen. Insoweit ist das RMCC aufgrund seiner Lage in der Landeshauptstadt,

seiner Größe und seiner internationalen Ausrichtung auch nicht mit kleineren, abgelegenen Kongresszentren vergleichbar, bezüglich deren staatlicher Finanzierung die Kommission auch schon einmal eine lediglich lokale Maßnahme angenommen hat.

*Vgl. Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rz. 197, Buchst. e) mit Verweis auf eine Entscheidung der Kommission über die staatliche Beihilfe N 486/2002 — Schweden- Errichtung eines Konferenzzentrums in Visby (ABl. C 75 vom 27.3.2003, S. 2)*

Mit rund 150 geplanten Messen, Kongressen und weiteren Großveranstaltungen pro Jahr, ist der Betrieb des RMCC potentiell auch dazu geeignet, in Konkurrenz zu anderen internationalen Marktteilnehmern bezüglich der Vermietung von Räumlichkeiten für Messe- und Kongressveranstaltungen zu treten.

Jedenfalls aber sind in Wiesbaden und im Rhein-Main-Gebiet auch Hotels mit teils ausländischen Anteilseignern und international ausgerichtete Betreiber von Großimmobilien tätig, die ähnliche Leistungen anbieten (z.B. das Wiesbadener Pentahotel, das zur Rosewood Hotel Group gehört, oder das Messecenter Rhein Main, das von der privaten Muveo GmbH betrieben wird, sowie das von der Blackstone Gruppe übernommene The SQUAIRE am Frankfurter Flughafen, das ebenfalls Ausstellungsflächen und Kongressräume anbietet). Eben solchen Unternehmen kann ein gestärktes Angebot der WCM den Marktzugang oder eine entsprechende Entwicklung vor Ort erschweren, was nach der Rechtsprechung des EuGH für eine zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV genügt.

#### **5.4.2. Auswirkungen auf den Markt für repräsentative Veranstaltungsräume**

Sodann sprechen auch gute und überwiegende Gründe dafür, dass eine Begünstigung der WCM zur Finanzierung des Betriebs des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte den Wettbewerb i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV verfälscht und den zwischenstaatlichen Handel auf dem Markt für repräsentative Veranstaltungsräume beeinträchtigt.

Denn zum einen vermietet die WCM die Räumlichkeiten im Kurhausareal und im Jagdschloss Platte (einschließlich der zugehörigen Nebendienstleistungen) nicht nur an nationale, sondern auch an internationale Kunden.

So treten im Kurhaus eine Reihe internationaler Künstler mit teils ausländischen Veranstaltern auf (BBC Scottish Symphony Orchestra, Russisches National Ballet), die alternativ auch in anderen, teils privaten Veranstaltungszentren im In- und Ausland auftreten könnten (z.B. im privat finanzierten GALILEO in Garching). Zudem vermietet die WCM das Kurhaus und das Jagdschloss Platte auch an international tätige Unternehmen für Firmenveranstaltungen (z.B. die Hauptversammlung von SGL Carbon und das Family Office Symposium der Deutsche Bank AG im Kurhaus; Veranstaltungen der Fraport AG und von Boehringer Ingelheim Österreich im Jagdschloss Platte). Auch diese Unternehmen könnten auf andere, teils private Angebote im In- und Ausland ausweichen. Insoweit unterscheidet sich das Angebot der WCM auch von kleineren, abgelegenen Kultureinrich-

tungen oder Tagungszentren, bezüglich deren staatliche Finanzierung die Kommission schon einmal eine Maßnahme mit rein lokalen Auswirkungen angenommen hat.

*Vgl. Bekanntmachung zum Beihilfegriff, Rz. 197, Buchst. b) und e) m.w.N.*

Schließlich tritt die WCM mit dem Betrieb des Kurhauses und des Jagdschlusses Platte zumindest teilweise in Konkurrenz zu denselben internationalen Hotels und Betreibern von Großimmobilien mit Veranstaltungs- und Ausstellungsflächen im Rhein-Main-Gebiet, mit denen sie auch schon durch den Betrieb des RMCC im Wettbewerb steht (s.o.)

#### **5.4.3. Auswirkungen auf den Markt für Stadtmarketing, Touristeninformation, Feste und Märkte**

Soweit die WCM die ihr gewährten Begünstigungen für den Bereich Stadtmarketing und Touristeninformation (inkl. Feste und Märkte) einsetzt, wäre u. E. wie folgt zu differenzieren:

Eine Stärkung der WCM in den Bereichen Vermittlung von touristischen Angeboten (Hotelreservierungen, gastronomischen Angeboten, Tickets für Veranstaltungen), der entgeltlichen Werbung für Dritte wie insbesondere im Rahmen der Marketingkooperation Wiesbaden Kongressallianz, der Erstellung und Verbreitung von Werbung oder anderen Printmedien durch die Abteilung „City Dialog“ und die Online-Redaktion zur Unterstützung wirtschaftlicher Tätigkeiten der WCM oder Dritter, der Veranstaltung von Messen sowie der Vermietung eines Teils der eigenen Messestände an Unternehmen (Messeanschießer) kann u. E. durchaus den Wettbewerb verfälschen zwischenstaatlichen Handel i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV beeinträchtigen. Denn in diesen Bereichen steht die WCM nicht nur in einem lokalen Wettbewerb, sondern sie konkurriert mit international tätigen Wettbewerben wie Online-Plattformen (booking.com, trivago.de, eventim.de etc.), mit grenzüberschreitend tätigen Werbeagenturen und Verlagen sowie mit internationalen Messeveranstaltern.

Demgegenüber sprechen vor dem Hintergrund der neueren Entscheidungspraxis der Kommission gute Gründe dafür, dass eine staatliche Finanzierung der Bereiche Feste und Märkte in Wiesbaden, der Durchführung von Ausflügen, Stadtführungen oder Gruppenreisen in Wiesbaden oder auch des Verkaufs von Souvenirs und Werbeartikeln durch die WCM eine Maßnahme mit rein lokalen Auswirkungen ist.

Denn die WCM bietet diese Leistungen nur in Wiesbaden und damit innerhalb eines geografisch begrenzten Gebiets in einem Mitgliedstaat an.

Zudem richten sich diese Leistungen der WCM - vorbehaltlich anderweitiger Sachverhaltsinformationen – an Aussteller und Bewohner aus der Region oder an Touristen, die bereits in Wiesbaden sind. Daher scheint es unwahrscheinlich, dass die WCM infolge ihrer staatlichen Begünstigung Kunden aus dem europäischen Ausland anzieht, die andernfalls eine Leistung im europäischen Ausland in Anspruch genommen hätten.

Schließlich ist auch nicht zu erwarten, dass sich ausländische Investoren von den Aktivitä-

ten der WCM in diesen Bereichen mehr als in marginalem Umfang davon abhalten lassen würden, vor Ort ein vergleichbares Angebot zu etablieren. Vielmehr darf ungeachtet der Größe z.B. der Feste und Märkte in Wiesbaden mit bis zu 130 Ständen pro Veranstaltung bezweifelt werden, dass ausländische Investoren überhaupt Interesse an der Erbringung vergleichbarer Leistungen vor Ort haben.

Jedenfalls ist uns kein grenzüberschreitend tätiges Unternehmen bekannt, dass z.B. Feste und Märkte oder Stadtführungen in deutschen Kommunen organisiert oder gezielt in den Vertrieb lokaler Werbe- und Souvenirartikel investiert. Insoweit dürfte die WCM daher lediglich auf einem lokalen Markt tätig sein. In Bezug auf die touristischen Leistungen der Durchführung von Ausflügen, der Stadtführungen oder Gruppenreisen in Wiesbaden oder auch den Verkauf von lokalen Souvenirs und Werbeartikeln sehen wir diese Auffassung schließlich durch das Schreiben des Bundeswirtschaftsministeriums bestätigt. Danach vertritt die Kommission inzwischen die Auffassung, dass das allgemeine Destinationsmarketing als beihilfefrei zu werten sei und „im Tourismusbereich“ „in vielen anderen Fällen“ davon ausgegangen werden könne, dass diese nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

*Vgl. Schreiben des Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vom 18. Mai 2017, an Bund, Länder und Kommunale Spitzenverbände, zur „Finanzierung öffentlicher Tourismusorganisationen und EU-Beihilferecht.“*

Ein Grenzfall, für den wir daher im Folgenden vorsorglich von einer zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV ausgehen, ist schließlich die staatliche Finanzierung des Betriebs der Touristeninformation in der Marktstraße selbst sowie des entsprechenden Online-Angebotes zur Information von Touristen über die Stadt, ihre Sehenswürdigkeiten und touristischen Angebote.

Diesbezüglich ist zunächst fraglich, ob die WCM ihre Leistungen i.S.d. o.g. Kriterien nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem Mitgliedstaat erbringt oder nicht – über das Internet – auch gezielt im Ausland. Denn die Touristeninformation der WCM richtet sich zunächst Online und dann auch vor Ort gezielt an Touristen und somit auch an EU-ausländische Besucher. Ebenfalls fraglich ist, ob es tatsächlich unwahrscheinlich ist, dass die WCM Kunden aus dem EU-Ausland anzieht. Denn es entspricht genau ihrem Ziel, ausländische Touristen zu einem Besuch in Wiesbaden zu motivieren, evtl. verbunden mit der Wahrnehmung eigener Dienstleistungen wie dem Kauf eines von ihr vermittelten Tickets oder dem Besuch eines von ihr veranstalteten Festes o.ä. Schließlich kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass durch eine staatliche Finanzierung der Touristeninformation EU-ausländische Investoren davon abgehalten werden, sich grenzüberschreitend vor Ort niederzulassen oder zu investieren. Denn die Touristeninformation ist – anders als das reine Destinationsmarketing – auch mit Informationen über private touristische Angebote in Wiesbaden verbunden. Hierbei handelt es sich auch um Werbung in Print- und Online-Medien. Z.B. wirbt die WCM in ihren Print- und Online Medien auch für private Veranstaltungen in Wiesbaden, informiert die WCM in ihrem Sales Guide Wiesbaden 2017/2018 über private Hotels, Restaurants, Kinos, Galerien, Kliniken usw. U. E. ist nicht

ausgeschlossen, dass eine Stärkung des Angebots der WCM in diesem Bereich letztlich auch zulasten privater, grenzüberschreitend tätiger Informations- und Werbendienstleister wie (Online-) Reisebüros, Internet-Suchmaschinen o.ä. geht, denen auf diese Weise sowohl Nutzer als auch Werbetreibende verloren gehen könnten.

## **II. Vorliegen von Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV zugunsten des Eigenbetriebs TriWiCon**

Auch bzgl. der jährlichen Betriebskostenzuschüsse der LHS Wiesbaden zugunsten des Eigenbetriebs TriWiCon und den ihm überlassenen Einnahmen aus der städtischen Kurtaxe sprechen u. E. gute Gründe dafür, dass es sich um Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt. Hiergegen kann insbesondere auch nicht eingewandt werden, dass der Eigenbetrieb TriWiCon diese Mittel an die WCM weiterleitet. Denn i.H.v. rd. TEUR 6.000 p.a. (2019: TEUR 5.933,8) finanziert der Eigenbetrieb TriWiCon damit eigene Kosten.

### **1. Unternehmen / wirtschaftliche Tätigkeiten**

Der Eigenbetrieb TriWiCon ist ein Unternehmen i.S.d. Art. 107 AEUV und somit tauglicher Empfänger von Beihilfen.

#### **1.1. Unterhaltung des RMCC, Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte**

Zum einen übt der Eigenbetrieb TriWiCon selbst wirtschaftliche Tätigkeiten aus, indem er das RMCC, das Kurhausareal und das Jagdschloss Platte unterhält und vermietet, eigenes Personal an die WCM verleiht und für die WCM Dienstleistungen im Bereich Finanzbuchhaltung, IT- und Personaldienste erbringt. Auch hierin liegt ein Anbieten von Waren und Dienstleistungen auf einem Markt. Insbesondere haben EuG und EuGH in zwei Grundsatzurteilen entschieden, dass auch der Bau und die Unterhaltung einer wirtschaftlich genutzten Infrastruktur selbst eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Unternehmensbegriffs des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist.

*EuG, Urf. v. 12.08.2000, Aéroports de Paris/Kommission, T-128/98, Rn. 125 (bestätigt durch EuGH, Urteil v. 24.10.2002, Aéroports de Paris/Kommission, C-82/01 P; EuG, Urf. v. 24.03.2011, Flughafen Leipzig/Halle, T-443/08 und T-455/08, Rn. 93 und 94, (bestätigt durch EuGH, Urf. v. 19.12.2012, C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821, Rn. 40 bis 43 und Rn. 47.*

#### **1.2. Beteiligung an Tätigkeiten der WCM aufgrund wirtschaftlicher Einheit**

Zum anderen sprechen gute Gründe dafür, dass der Eigenbetrieb TriWiCon an den wirtschaftlichen Tätigkeiten der WCM (s.o.) beteiligt ist, weil er mit dieser eine wirtschaftliche Einheit bildet.

Dem Beihilferecht liegt ein funktionaler Unternehmensbegriff zugrunde, der nicht zwingend voraussetzt, dass es sich bei dem begünstigten Unternehmen um eine einzelne Einheit oder juristische Person handelt. Aus beihilferechtlicher Sicht können daher auch



mehrere Gesellschaften als ein einheitliches Unternehmen behandelt werden, wenn sie aus institutioneller und funktioneller Sicht als eine zusammenhängende Einheit anzusehen sind.

*Vgl. EuGH, Urteil vom 10.01.2006, C-222/04 - Cassa di Risparmio di Firenze, Rn. 111ff.; EuGH, Urteil vom 14. November 1984 . Rs. 323/82, Intermills, Slg. 1984, 3809, 3825 f., Rn 11 f; EUG Urteil vom 14. Oktober 2004 – T-137/02 – Pollmeister Malchow; Streinz/Koenig/Förtsch, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 107 Rn. 78-80.*

Daher kommt es nicht auf den Rechtsträger an, der formal Empfänger einer staatlichen Leistung ist, sondern auf die wirtschaftliche tätig werdende Einheit – unabhängig von ihrer Rechtsform oder der Art ihrer Finanzierung.

*Vgl. Entscheidung der Kommission vom 15. Januar 2002 – C41/2001, Nordic Timber I, Rn. 64 ff.; Entscheidung der Kommission vom 23. Dezember 2002 – Nordic Timber II, Rn. 68ff.*

Die Frage der wirtschaftlichen Einheit ist anhand verschiedener Faktoren wie der Beteiligungsverhältnisse, einer etwaigen Personenidentität in Führungspositionen und der funktionellen, wirtschaftlichen oder institutionellen Verbindung der Gesellschaften untereinander zu ermitteln.

Für eine solche wirtschaftliche Einheit des Eigenbetriebes TriWiCon mit der WCM sprechen u. E. folgende Indizien:

- Der Umstand, dass die WCM zu 100% im Eigentum des Eigenbetriebes TriWiCon steht.
- Die mögliche Personenidentität unter den Führungspositionen, sofern weiterhin ein Betriebsleiter des Eigenbetriebs zugleich Geschäftsführer der WCM ist.
- Der Grad der finanziellen Integration, weil die WCM auf die Verlustübernahmen, Zuschüsse und vergünstigten Mietzinsen des Eigenbetriebs TriWiCon angewiesen bleibt.
- Der Grad der wirtschaftlichen Integration, weil der Eigenbetrieb TriWiCon zentrale Dienstleistungen in den Bereichen Finanzen und Rechnungswesen sowie IT- und Personaldienstleistungen für die WCM erbringt und Personal an diese verleiht. Im Übrigen steuert der Eigenbetrieb TriWiCon nach § 1 Abs. 1 S. 3 seiner Betriebssatzung die wirtschaftlichen Tätigkeiten seiner Tochtergesellschaften (künftig: der WCM) und legt deren strategische Gesamtausrichtung fest. Hierzu ist der Eigenbetrieb TriWiCon voraussichtlich auch in der Lage. Denn nach § 13 des Entwurfs des Gesellschaftsvertrags der WCM entscheidet die Gesellschafterversammlung des WCM u. a. über den jährlichen Wirtschaftsplan sowie über die Fünfjahresplanung.

## 2. Begünstigung

Der Eigenbetrieb TriWiCon ist auch i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV begünstigt. Dies gilt selbst dann, wenn er nicht zusammen mit der WCM als ein Unternehmen anzusehen ist. Der Eigenbetrieb TriWiCon erhält von der LHS Wiesbaden jährliche Betriebskostenzuschüsse (2018: rd. TEUR 10.000; 2019: rd. TEUR 11.300). Zudem erwirtschaftet er Einnahmen aus der Überlassung von Kurtaxen, die nach der städtischen Kursatzung von der LHS Wiesbaden erhoben werden, *de facto* aber beim TriWiCon verbleiben (2016: rd. TEUR 443; 2017: rd. TEUR 504).

Eine Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV kann bei derartigen Kapitalzuführungen nur dann ausgeschlossen werden, wenn die LHS Wiesbaden auf das von ihr eingesetzte Kapital eine angemessene Kapitalrendite erwarten kann (sog. Private Investor Test, s.o.).

*Vgl. Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rn. 102; Jennert/ Huhn/ Salcher/ Schmoll, „Der Private Investor-Test: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Anforderungen an beihilfefreie staatliche Kapitalmaßnahmen“, BRZ 2014/2, S. 63, m.w.N.*

Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Denn der Eigenbetrieb TriWiCon ist strukturell defizitär und erwirtschaftet seit Jahren Verluste. Hieran wird voraussichtlich auch die Investition in das RMCC nichts ändern, weil dieses selbst bis in das Jahr 2046 zusätzliche Verluste erwirtschaftet (s.o.). Insbesondere deckt der jährliche Mietzins für die Nutzung des RMCC, den der Eigenbetrieb TriWiCon und die WCM zunächst vereinbart haben, dessen Kosten aus Abschreibungen und Zinsen im Zusammenhang mit dem RMCC nicht (s.o.).

Gegen die Begünstigung des TriWiCon kann vorliegend auch nicht oder nur teilweise eingewendet werden, dass dieser die Mittel der LHS Wiesbaden in Form von Verlustübernahmen, Zuschüssen und vergünstigten Mieten an die WCM weiterleitet. Denn von der Rund TEUR 11.800 an Zuschüssen für 2019 leitet dieser lediglich rd. TEUR 5.900 in Form von Verlustübernahmen und Zuschüssen an die WCM weiter.

Der Ausschluss einer Begünstigung i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV auf Grundlage der „Altmark-Trans“-Rechtsprechung des EuGH kommt schließlich auch bezogen auf den Eigenbetrieb TriWiCon nicht in Betracht. Auch hier mangelt es an einem Nachweis, dass die jährlichen Zuschüsse der LHS Wiesbaden sowie die überlassenen Einnahmen aus der Kurtaxe auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt wurden, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen mit Sachmitteln ausgestattetes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.

## 3. Finanzierung aus staatlichen Mitteln

Die Begünstigungen der TriWiCon erfolgt auch aus staatlichen Mitteln i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, weil diese unmittelbar aus dem Haushalt der LHS Wiesbaden gewährt werden.

#### 4. Selektivität

Die o. g. Begünstigungen zugunsten des Eigenbetriebs TriWiCon entfalten zudem selektive Wirkung, weil die LHS Wiesbaden sie gezielt nur einem Unternehmen gewährt.

#### 5. Wettbewerbsverfälschung & zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung

Schließlich sprechen gute und u. E. überwiegende Gründe dafür, dass die o. g. Begünstigungen zugunsten des Eigenbetriebs TriWiCon geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Denn zum einen steht der Eigenbetrieb TriWiCon hinsichtlich seiner eigenen wirtschaftlichen Tätigkeiten der Unterhaltung und der Vermietung des RMCC, des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte im Rhein-Main-Gebiet im Wettbewerb mit internationalen Immobilieninvestoren wie der Blackstone Gruppe (s.o).

Zum anderen wird der Eigenbetrieb TriWiCon zusammen mit der WCM als wirtschaftliche Einheit u. a. auf dem Markt für den Betrieb von Messe- und Kongresszentren, Veranstaltungsräumlichkeiten, den zugehörigen Nebendienstleistungen sowie auf weiteren Märkten (Ticketvermittlung, Messerveranstaltungen usw. s. o.) tätig, auf denen er mit grenzüberschreitend tätigen privaten Unternehmen konkurriert (s. o.).

### III. Rechtsfolgen: Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV

Grundsätzlich sind staatliche Beihilfen verboten und bedürfen im Einzelfall oder als Beihilferegulierung der vorherigen Genehmigung der EU-Kommission. Über die beabsichtigte Einführung von Beihilfen ist die Kommission daher gemäß Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV vorab und so rechtzeitig zu unterrichten, dass sie sich dazu äußern und die Beihilfen ggf. genehmigen kann („Notifizierungspflicht“). Gemäß Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV dürfen Beihilfen vor ihrer Genehmigung durch die Kommission nicht durchgeführt werden („Durchführungsverbot“).

Ohne eine Freistellung oder Genehmigung durch die Kommission ist die Gewährung von Beihilfen zumindest formell rechtswidrig. Im Falle einer Wettbewerbsklage muss ein nationales Gericht in der Regel ihre verzinsliche Rückforderung anordnen. Ein Beihilfungsverfahren der Kommission etwa aufgrund einer Beihilfeschwerde kann zumindest zur Nachverzinsung dieser finanziellen Maßnahmen und im Falle der materiellen Rechtswidrigkeit auch zur Rückforderungsanordnung führen.

#### IV. Ausnahmen: Gesetzliche Befreiung von der Notifizierungspflicht und dem Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 AEUV

Allerdings existiert eine Reihe sekundärrechtlicher Ausnahmen von dieser beihilferechtlichen Notifizierungspflicht und dem Durchführungsverbot (sog. „Freistellungstatbestände“), bei deren Erfüllung die EU-Kommission ohne weitere Prüfung *qua* Gesetz davon ausgeht, dass die Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt vereinbar sind.

Vgl. *EuGH, Urteil vom 11. Dezember 1973 – Rs. 120/73, Lorenz, Rn.8; EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 – Rs. C-384/07, Wienstrom, Rn. 27; EuGH, Urteil vom 12. Februar 2008 – Rs. C-199/06, CELF, Rn. 51 f.*

Vorliegend sprechen Gründe dafür, dass die LHS Wiesbaden die o.g. Beihilfen zugunsten der WCM und des Eigenbetriebs TriWiCon so ausgestalten kann, dass sie die Voraussetzungen für eine gesetzliche Befreiung von der Notifizierungspflicht nach dem Freistellungsbeschluss 2012/21/EU („Beschluss 2012/21/EU“) erfüllen und deshalb ohne (vorherige) Genehmigung der Kommission gewährt werden dürfen. Voraussetzung hierfür ist insbesondere, dass die LHS Wiesbaden die WCM und den Eigenbetrieb TriWiCon zukünftig ordnungsgemäß mit sog. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse („Dawl“) betraut und sie hierbei insbesondere zur Einrichtung einer sog. Trennungsbuchung zwischen den jeweiligen Dawl-Leistungen (Unterhaltung und Betrieb des RMCC und des Kurhausareals für Messen, Kongresse und Veranstaltung mit Kapazitätsbedarf von mehr als 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363 m<sup>2</sup>) im größten Raum; Touristeninformation in der Marktstraße sowie Online; Dawl-Nebendienstleistungen) und den kommerziellen Tätigkeiten (u.a. Unterhaltung und Betrieb des RMCC und des Kurhauses für Veranstaltungen mit einem Kapazitätsbedarf von unter 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363 m<sup>2</sup>) im größten Raum; Vermietung des RMCC an den Gastronomiebetrieb Kuffler CC Gastro GmbH; Vermietung des Kurhausareals an die Spielbank Wiesbaden und den Gastronomiebetrieb Kurhaus Gastronomie Gerd Käfer und Roland Kuffler GmbH & Co. KG; Vermittlung von Hotelzimmern, gastronomischen Angeboten, Veranstaltungstickets) verpflichtet.

Aufgrund einer Stellungnahme der EU-Kommission vom 31.01.2019 im Dawl-Monitoring Verfahren SA.44264 betreffend den Betrieb von „Kongresszentren, Kultur- und Mehrzweckveranstaltungsorten“ sowie von „lokalen Marketing- und Tourismusdienstleistungen“ verbleiben jedoch Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Anwendbarkeit sowie der genauen Reichweite der Dawl-Freistellung nach dem Beschluss 2012/21/EU. Wir empfehlen daher, die entsprechende Dawl-Betraugung vorab über das Bundeswirtschaftsministerium mit der EU-Kommission abzustimmen. Die Kommission bietet den Mitgliedstaaten solche Vorabkontakte in ihrem Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren ausdrücklich an.

Hinsichtlich des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte kommt alternativ ggf. auch

eine Freistellung auf Grundlage der Allgemeinen-Gruppenfreistellungsverordnung (EU) 651/2014 der Europäischen Kommission vom 17. Juni 2014 („AGVO“) in Betracht.

Eine Freistellung nach der *De-Minimis* Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 oder der *Dawl-De-Minimis*-Verordnung (EU) 360/2012 scheidet demgegenüber aus, weil die Beihilfen die entsprechenden Anwendungsschwellenwerte überschreiten.

Im Einzelnen:

### **1. AGVO-Freistellung nur teilweise möglich und insoweit unzweckmäßig**

Die Allgemeinen-Gruppenfreistellungsverordnung (EU) 651/2014 der Europäischen Kommission vom 17. Juni 2014 („AGVO“) definiert bestimmte allgemeine und besondere rechtliche Voraussetzungen, unter denen Beihilfen für bestimmte Zwecke von vorneherein als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können und daher ausnahmsweise von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt sind (Art. 3 AGVO).

Eine AGVO-Freistellung kommt vorliegend nur bezüglich der Beihilfen zur Finanzierung der Unterhaltung und des Betrieb des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte in Betracht. Allerdings würde eine solche AGVO-Freistellung eine Umstellung der derzeitigen, pauschalen Förderung des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte (Zuschuss der LHS Wiesbaden an Eigenbetrieb TriWiCon; Reduzierte (Kosten-)Miete des TriWiCon zugunsten der WCM) auf eine zweckgebundene Förderung bestimmter denkmalschutzbedingter Investitionskosten des Eigenbetriebs TriWiCon einerseits und kulturbedingter Betriebskosten der WCM andererseits erfordern. Insbesondere wären auf Ebene der WCM nur noch bestimmte kulturbedingte Personalkosten und die Kosten einzelner Kulturveranstaltungen förderfähig.

Aufgrund der ebenfalls erforderlichen Verwendungsnachweise und Rückerstattungspflichten wäre hiermit ein erheblicher organisatorischer und bürokratischer Mehraufwand verbunden, der eine solche AGVO-Freistellung letztlich unzweckmäßig erscheinen lässt. Auf die nähere Darstellung und Prüfung der weiteren Freistellungs Voraussetzungen (v.a. Einhaltung der Anmeldeschwellen, Transparenz, Anreizeffekt, Förderfähige Kosten, Berechnung der zulässigen Höhe der Beihilfen) haben wir daher im Weiteren verzichtet.

Eine weitergehende, einheitliche AGVO-Freistellung der Beihilfen zugunsten des Eigenbetriebs TriWiCon und der WCM insgesamt scheidet demgegenüber aus verschiedenen Gründen aus.

Im Einzelnen:

#### **1.1. AGVO-Freistellung zugunsten Kurhausareal und Jagdschloss Platte denkbar**

Eine Freistellung nach der AGVO kommt vorliegend lediglich in Bezug auf Beihilfen zur Finanzierung der Unterhaltung und des Betriebs des denkmalgeschützten Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte in Betracht.

In Betracht kommt u. E. eine Freistellung der staatlichen Finanzierung des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte als Kulturbeihilfe i.S.d. Art. 53 AGVO.

Dabei kann u. E. offen bleiben, ob das Kurhausareal und das Jagdschloss Platte aufgrund ihrer Mischnutzung (Spielbank Wiesbaden, Gastronomie, kulturelle und nicht-kulturelle Veranstaltungen) ganz oder nur zum Teil kulturelle Einrichtungen für Aufführungen im Bereich Kunst und Kultur im Sinne des Art. 53 Abs. 2 lit. a) AGVO sind. Denn jedenfalls handelt es sich dabei aufgrund des Denkmalschutzes um historische Stätten und Gebäude und damit um unbewegliches kulturelles Erbe im Sinne des Art. 53 Abs. 2 lit. b) AGVO.

Allerdings könnten die derzeitigen, pauschalen Förderinstrumente zur Finanzierung des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte (Zuschuss der LHS Wiesbaden zugunsten des Eigenbetriebs TriWiCon, Reduzierte (Kosten-) Miete zugunsten der WCM) nicht nach Art. 53 AGVO freigestellt werden. Vielmehr müssten diese auf ein neues Förderverfahren aus Investitionsbeihilfen für denkmalschutzbedingte Abschreibungen und Finanzierungskosten einerseits und Betriebsbeihilfen zugunsten bestimmter Personalkosten und Kulturveranstaltungen andererseits umgestellt werden:

- **Investitionszuschüsse nur für denkmalschutzbedingte Abschreibungen und Finanzierungskosten:** Nach Art. 53 Abs. 4 lit. b) AGVO dürfen Investitionsbeihilfen für materielles Kulturerbe (hier: das Kurhausareal) für Kosten für den Schutz, die Bewahrung, die Restaurierung oder die Sanierung gewährt werden. Mit Kosten sind damit regelmäßig die Abschreibungen und Finanzierungskosten gemeint (vgl. Art. 55 Abs. 9 AGVO). Nicht beihilfefähig dürften dabei solche Kosten sein, die nicht im Zusammenhang mit dem Erhalt des Kulturerbes stehen und etwa die moderne technische Ausrüstung des Kurhauses im Inneren betreffen. Denn solche Beihilfen würden nach Art. 53 Abs. 4 lit. a) AGVO eine mindestens 80%ige Nutzung für kulturelle Zwecke voraussetzen, was aufgrund der o.g. Mischnutzung ausscheidet. Der Zuschuss der LHS Wiesbaden zugunsten des Eigenbetriebs TriWiCon wäre daher nur mit einer entsprechenden Zweckbindung für denkmalschutzbedingte Abschreibungen und Finanzierungskosten sowie mit einer Verpflichtung zum Nachweis der Verwendung zulässig. Zudem hätte der Eigenbetrieb TriWiCon jährlich einen Nachweis zu führen, dass die Investitionsbeihilfen in der konkreten Höhe erforderlich waren und die Investition nicht durch Betriebsgewinne hätte finanziert werden können. Erforderlichenfalls müsste er einen Teil des Zuschusses zurückerstatten (vgl. Art. 53 Abs. 6 AGVO).
- **Betriebsbeihilfen nur für kulturbedingte Personalkosten/ Kulturveranstaltungen:** Betriebsbeihilfen zum Betrieb historischer Stätten und Gebäude („Kulturerbestätte“) könnten nach Art. 53 AGVO nur für bestimmte kulturbedingte Personalkosten (Art. 53 Abs. 5 lit. c), e) AGVO) gewährt werden. Daneben sind Betriebsbeihilfen für einzelne kulturelle Veranstaltungen in diesen Gebäuden freistellungsfähig (Art. 53 Abs. 5 lit. a), d) AGVO). Die bisherige pauschal reduzierte (Kosten-)Miete müsste daher durch eine marktübliche Miete der WCM ersetzt werden. Die LHS

Wiesbaden oder der Eigenbetrieb TriWiCon könnten dann allenfalls bestimmte Personalkosten der WCM z.B. im Zusammenhang mit der Denkmalpflege und Öffentlichkeitsarbeit bezüglich des Kurhausareals und des Jagdschlusses Platte übernehmen oder aber einzelne Kulturveranstaltungen fördern. Schließlich müsste auch eine solche Förderung von kulturbedingten Personalkosten und Kulturveranstaltungen mit einer entsprechenden Zweckbindung sowie einer Verpflichtung zum Verwendungsnachweis und zur Erstattung nicht erforderlicher Mittel versehen werden (vgl. Art. 53 Abs. 7 AGVO).

### 1.2. Weitergehende AGVO-Freistellung scheidet aus

Eine weitergehende AGVO-Freistellung auch bezüglich der Beihilfen zugunsten des RMCC und des Stadtmarketings sowie der Touristeninformation scheidet demgegenüber von vorneherein aus:

- **RMCC:** Eine AGVO-Freistellung zugunsten der Unterhaltung und des Betriebs des RMCC ist nicht möglich. Eine Freistellung als Beihilfe für multifunktionale Freizeitinfrastrukturen i.S.d. Art. 55 AGVO scheitert vorliegend daran, dass nach Art. 55 Abs. 7 AGVO nur Investitionsbeihilfen für den Bau, jedoch keine Beihilfen für den Betrieb des RMCC freistellungsfähig sind. Hinzu kommt, dass auch Investitionsbeihilfen nur für Vorhaben mit Gesamtkosten von bis zu TEUR 50.000 freistellungsfähig sind, Art. 4 Abs. 1, lit. z) bb) AGVO. Der Bau des RMCC kostete jedoch rd. TEUR 160.000,0. Aus demselben Grund scheitert schließlich auch eine Freistellung als Beihilfen für sog. lokale Infrastrukturen auf Grundlage des Art. 56 AGVO. Denn diese kommt von Vorneherein nur für Investitionsbeihilfen für Infrastrukturen mit Gesamtkosten von TEUR 20.000,0 in Betracht.
- **Stadtmarketing & Tourismusinfo:** Und auch eine Freistellung von Betriebsbeihilfen für Tourismustätigkeiten i.S.d. Art. 13 lit. b) Hs. 2, Art. 15 AGVO scheidet aus. Denn diese sind nur für Gebiete in äußerster Randlage oder für Gebiete mit geringer Bevölkerungsdichte vorgesehen, und auch das nur im Rahmen von Beihilferegulungen und nicht – wie hier – als Einzelbeihilfen zugunsten einzelner Unternehmen (Art. 15 Abs. 1 AGVO).

### 2. Freistellung nach der (Dawl-) De Minimis-Verordnung nicht möglich

Eine Freistellung von Beihilfen zugunsten des Eigenbetriebs TriWiCon oder der WCM auf Grundlage der *De-Minimis-Verordnung* 1407/2013 oder der *Dawl-De-Minimis-VO* 360/2012 scheidet bereits aufgrund der *De-Minimis-Schwellenwerte* je Unternehmen von TEUR 200 bzw. 500 über drei Steuerjahre aus.

### 3. Freistellung auf Grundlage des Beschlusses 2012/21/EU gut vertretbar

U. E. ist es jedoch mit guten Gründen vertretbar, Beihilfen zur Finanzierung des RMCC, des Kurhausareals sowie der Touristeninformation auf Grundlage des Beschlusses

2012/21/EU freizustellen.

In dieser Rechtsauffassung sehen wir uns insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH gestützt, der Leistungen der Wirtschaftsförderung und der Verbraucherinformation wiederholt als im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art anerkannt hat, was u. E. weitgehend dem Dawl-Begriff entspricht.

Auch das Schreiben der Kommission vom 31.01.2019 im Rahmen des sog. Dawl-Monitoring Verfahrens SA.44264 (2016/MX) steht einer Freistellung nach Maßgabe des Beschlusses 2012/21/EU u. E. nicht zwingend entgegen. Zwar hat sich die Kommission in diesem Schreiben sehr kritisch bezüglich der Dawl-Einordnung von „Kongresszentren, Kultur- und Mehrzweckveranstaltungsorten“ sowie von „lokalen Marketing- und Tourismusedienstleistungen“ geäußert. Indes hat sie weder eine solche Einordnung abschließend untersagt noch hat sie ihre kritische Haltung sachlich begründet und/oder sich mit der erwähnten Rechtsprechung des EuGH auseinandergesetzt.

Dessen ungeachtet birgt eine Inanspruchnahme der Dawl-Freistellung angesichts der Äußerungen der Kommission das Risiko, dass sie die Freistellung von der Notifizierungspflicht im Fall eines Beschwerdeverfahrens letztlich nicht anerkennt. In diesem Fall oder im Falle eines nationalen Gerichtsverfahrens würden die Zahlungen der LHS Wiesbaden zugunsten der WCM und des Eigenbetriebs TriWiCon zumindest formal rechtswidrige und deshalb grundsätzlich rückforderbare und nachzuverzinsende Beihilfen darstellen.

Wir empfehlen deshalb auch mit Blick auf eine mögliche Genehmigungsfähigkeit der Beihilfen nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) und d) AEUV (hierzu unter Ziff. VI.), die geplante finanzielle Unterstützung von WCM und Eigenbetrieb TriWiCon über das BMWi zumindest informell mit der Kommission abzustimmen und erforderlichenfalls zu notifizieren.

Im Einzelnen:

### 3.1. Anwendbarkeitsschwelle

Die künftig zugunsten der WCM und des Eigenbetriebs TriWiCon geplanten Beihilfen halten zunächst die Anwendbarkeitsschwelle für eine Freistellung nach dem Beschluss 2012/21/EU von max. TEUR 15.000 pro Jahr ein.

Denn selbst sofern der Eigenbetrieb TriWiCon und die WCM als wirtschaftliche Einheit zu sehen sind, liegen die geplanten Betriebskostenzuschüsse der LHS Wiesbaden zuzüglich Überlassung der Kurtaxe im Geschäftsjahr 2018 bei rd. TEUR 10.500 EUR und im Geschäftsjahr 2019 voraussichtlich bei rd. TEUR 11.800. Aus diesen Beträgen finanziert der Eigenbetrieb TriWiCon zugleich die Zuschüsse, Verlustübernahmen und reduzierten Mieten zugunsten der WCM, sodass diese Leistungen im Innenverhältnis TriWiCon – WCM nicht erhöhend wirken.

Nicht in diesen Beträgen enthalten ist der Baukostenzuschuss der LHS Wiesbaden zugunsten des Eigenbetriebs TriWiCon in Höhe von TEUR 30.000 für den Bau des RMCC



im Jahr 2016. Wir gehen allerdings davon aus, dass der Eigenbetrieb TriWiCon insoweit einen bilanziellen Sonderposten gebildet hat und diesen jährlich gegen die Abschreibungen auf das RMCC auflöst. Die jährliche Auflösung dürfte dabei – vorbehaltlich anderweitiger Sachverhaltsinformationen – die Differenz zur Anwendbarkeitsschwelle von TEUR 15.000 nicht übersteigen, sodass gute Gründe dafür sprechen, dass diese Auflösungen künftig mit freigestellt werden könnten. Dies wäre allerdings im Rahmen der Implementierung der Betrauung und Trennungsrechnung noch näher mit dem Eigenbetrieb TriWiCon zu verifizieren oder näher zu klären.

### 3.2. Die Tätigkeiten der WCM und des TriWiCon bestehen überwiegend aus Dawl

Zudem sprechen u. E. gute Gründe dafür, dass der Betrieb des RMCC, des Kurhausareals (ohne Jagdschloss Platte) und des Stadtmarketings und der Touristeninformation als betrauungsfähige Dawl qualifiziert werden können.

#### 3.2.1. Begriff der Dawl

Das Unionsrecht kennt weder eine verbindliche Definition noch einen abschließenden Katalog von Dawl. Daher verfügen die Mitgliedstaaten über einen weiten Ermessensspielraum bei der Frage, welche Leistungen sie als Dawl einstufen, der nur einer Missbrauchskontrolle durch die Kommission unterliegt.

*EuG, Urteil vom 12.02.2008, Rs. T-289/03, BUPA, Rn. 165 f.; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. EU C 8/4 vom 11.1.2012, Rn. 46.*

Nach Auffassung der Kommission fallen unter Dawl jedoch in erster Linie solche Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden. Aufgrund der europäischen Entscheidungspraxis ist zudem davon auszugehen, dass Dawl in der Regel durch folgende Merkmale gekennzeichnet sind:

- die gemeinwirtschaftliche Dienstleistung hat universalen und obligatorischen Charakter, d.h. sie ist verpflichtend jedem potentiellen Interessenten gleichermaßen zur Verfügung zu stellen;
- ihre Erbringung liegt im öffentlichen Interesse, sodass sie auch dann erbracht werden müssen, wenn der Markt unter Umständen nicht genügend Anreize dafür bietet und;
- die Erbringung der Dienstleistung ist in der konkreten Form nicht in wirtschaftlicher Weise möglich, und wird deshalb von privaten Marktteilnehmern nicht oder nicht in der gleichen oder nur in unzureichender Form angeboten, sodass die Festlegung konkreter gemeinwohlorientierter Leistungsanforderungen erforderlich ist (teilweises oder umfassendes Marktversagen).

Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. EU C 8/4 vom 11.1.2012, Rn. 50; Mitteilung vom 20.09.2000, KOM(2000) 580, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Anhang II; Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21.05.2003, KOM(2003) 270, Rn. 17; EuGH, Urteil vom 23.05.2000, Rs. C-209/98, Sydhavnens Sten & Grus, Rn. 75; EuG, Urteil vom 12.02.2008, Rs. T-289/03, BUPA, Rn. 166; Urteil vom 15.06.2005, Rs. T-17/02, Fred Olsen SA, Rn. 199 ff.; ausführlich Jennert, Zum Verhältnis von europäischem Beihilfenrecht und mitgliedsstaatlicher Daseinsvorsorge, Berlin 2005, S. 203 ff.

Zusammenfassend beschreibt die Kommission Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse als

*„marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden“.*

Vgl. Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG Nr. C 17 vom 19.01.2001, S. 4, Anhang II.

Dabei ist eine vergleichsweise globale Definition der Aufgabe zulässig. Nicht erforderlich ist insbesondere, dass die öffentlichen Stellen die zu betrauenden Unternehmen zur Erfüllung einer Dienstleistung mit klar vorgegebenen Inhalt verpflichten. Vielmehr kann den Unternehmen ein gewisser Spielraum bei der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben – etwa hinsichtlich des Inhalts der einzelnen Leistungen und der Höhe der dafür berechneten Preise – gewährt werden.

Vgl. EuG, Urteil vom 12.02.2008, Rs. T-289/03, BUPA, Rn. 189.

### **3.2.2. Einordnung der Tätigkeiten von WCM und Eigenbetrieb TriWiCon als Dawl**

#### **3.2.2.1. Unterhaltung und Betrieb des RMCC**

U. E. sprechen gute Gründe dafür, dass die Unterhaltung und der Betrieb des RMCC einschließlich der erforderlichen Nebentätigkeiten (Vermietung von Ausrüstung und Mobiliar, Konzeption von Veranstaltungen) zu einem erheblichen Teil eine Dawl i.S.d. Beschlusses 2012/21/EU ist.

Nur soweit das RMCC für Veranstaltungen mit einem Kapazitätsbedarf von weniger als 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363 m<sup>2</sup>) im größten Raum vermietet wird, ist eine Dawl Qualifizierung u. E. mangels eines Marktversagens nicht rechtssicher vertretbar. Zudem kann auch die Gastronomie im RMCC u. E. aufgrund ihres Umfangs nicht mehr als reine Nebentätigkeit angesehen werden. Die Gastronomie selbst ist mangels Marktversagens ebenfalls keine Dawl.

Bezüglich dieser Nicht-Dawl-Leistungen müsste die WCM und der Eigenbetrieb TriWiCon daher im Rahmen einer Trennungsrechnung sicherstellen, dass die Beihilfen des Eigen-

betriebs TriWiCon zugunsten der WCM nicht auch zu deren Finanzierung eingesetzt werden (Art. 5 Abs. 9 Beschluss 2012/21/EU).

#### 3.2.2.1.1. **Universaler und obligatorischer Charakter**

Zudem lässt sich u.E. gut vertreten, dass die Unterhaltung und der Betrieb des RMCC einen universalen und obligatorischen Charakter haben, diese Dienstleistungen also jedermann diskriminierungsfrei zur Verfügung gestellt werden.

Denn grundsätzlich richtet sich das Angebot des Eigenbetriebs TriWiCon und der WCM im Zusammenhang mit dem RMCC an alle potentiellen Nutzer, die einen Veranstaltungsort suchen und an Veranstaltungen aller Art. Für die WCM ist dies im Übrigen auch verpflichtend in ihrer Satzung und in § 2 ihres Mietvertrags für das RMCC festgeschrieben. Neben größeren Messen, Kongressen und Tagungen wird das RMCC beispielsweise auch für Musicals, Bälle, Sitzungen städtischer Gremien, Parteitage oder Absolventenfeiern genutzt.

Der Umstand, dass die in Rede stehenden Dienstleistungen des Eigenbetriebs TriWiCon und der WCM nur einen beschränkten räumlichen und sachlichen Anwendungsbereich haben oder dass die betreffenden Dienstleistungen im Einzelfall nur einer relativ begrenzten Gruppe von Nutzern zu Gute kommen, stellt den universalen Charakter der Dienstleistung insgesamt nicht notwendigerweise in Frage.

*EuG, Urteil vom 12. Februar 2008 – Rs. T-2289/03 „BUPA“, Rn. 172.; EuGH, Urteil vom 10. Dezember 1991 – Rs. C.179/90, „Merci convenzionali porto di Genova“, Rn. 27; EuGH, Urteil vom 17. Juli 1997 – Rs. C-242/95, „GT-Link A/S“, Rn. 53; EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998 – Rs. C-266/96, „Corsica Ferries Frances SA“, Rn. 45.*

#### 3.2.2.1.2. **Öffentliches Interesse**

Zudem lässt sich mit guten und u. E. auch überwiegenden Gründen argumentieren, dass die Unterhaltung und der Betrieb des RMCC im öffentlichen Interesse liegen.

##### 3.2.2.1.2.1. **Öffentliches Interesse an Räumlichkeiten für gesellschaftliche, kulturelle, wissenschaftliche und politische Großveranstaltungen**

Zunächst liegt es u. E. im öffentlichen Interesse, Räumlichkeiten für gesellschaftliche, kulturelle, wissenschaftliche und politische Veranstaltungen vorzuhalten.

Denn hierdurch wird die Attraktivität der Stadt als Wohnort gesteigert und solche Veranstaltungen sind wichtiger Bestandteil einer entwickelten Volkswirtschaft, Wissensgesellschaft und Demokratie.

Auch für die Bereitstellung von Räumen für Veranstaltungen, die nur bestimmten Bevölkerungsgruppen wie etwa Abiturienten einer bestimmten Schule, Mitgliedern einer bestimmten Partei oder Angehörigen einer bestimmten Berufsgruppe zugänglich sind, lässt sich

daher ein öffentliches Interesse vertreten, weil die Summe dieser Veranstaltungen im Interesse der Wirtschaft und Gesellschaft insgesamt liegt.

Schließlich hat die EU-Kommission etwa in ihrer Entscheidung zur Genehmigung von Beihilfen zur Finanzierung der Multifunktionsarena in Erfurt nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV anerkannt, dass dieses öffentliche Interesse in einer Landeshauptstadt besonders gesteigert sein kann bzw. ein öffentliches Interesse daran besteht, dass diese Veranstaltungen gerade auch in der Landeshauptstadt stattfinden können. So hat die Kommission im Fall der Städte Erfurt und Jena die Erforderlichkeit voneinander unabhängiger Einrichtungen anerkannt, obwohl die Städte nur ca. 50 km voneinander entfernt liegen. Dabei berücksichtigte die Kommission auch, dass Erfurt als Landeshauptstadt des Freistaats Thüringen eine hervorgehobene Stellung innehat und zentrale Tagungsmöglichkeiten zur Verfügung haben muss um ihrem Status gerecht zu werden und zugleich entsprechende Bedürfnisse der Bevölkerung bedienen zu können.

*Vgl. Entscheidungen der Kommission SA.35135 vom 20. März 2013 (Multifunktionsarena der Stadt Erfurt), Rn. 14f.*

#### 3.2.2.1.2.2. Öffentliches Interesse an Räumlichkeiten für Messen und andere wirtschaftsnahe Veranstaltungen wie Kongresse, Tagungen und Seminare

Ähnliches gilt u. E. auch für die Bereitstellung von Räumlichkeiten für Messeveranstaltungen und andere wirtschaftsnahe Veranstaltungen wie Kongresse, Tagungen und Seminare von oder für Unternehmen.

Die Durchführung von Messen und damit vergleichbaren Veranstaltungen, wie z. B. Ausstellungen und Präsentationen, wurde durch den EuGH in einer vergaberechtlichen Entscheidung als eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht-gewerblicher Art anerkannt:

*„Denn indem der Ausrichter solcher Veranstaltungen Hersteller und Händler an einem Ort zusammenbringt, handelt er nicht nur im besonderen Interesse dieser Personengruppen, [...], sondern er verschafft auch den Verbrauchern, die diese Veranstaltungen besuchen, Informationen, die es ihnen ermöglichen, ihre Wahl unter optimalen Bedingungen zu treffen. Der daraus resultierende Impuls für den Handel kann als im Allgemeininteresse liegend angesehen werden.“*

*EuGH, Urteil vom 10. Mai 2001 - verb. Rs. C-223/99 und C-260/99, Rn. 33 f.; vgl. Schlussanträge des GA Alber, 11. Juli 2002 – Rs. C 18/01, „Korhonen“, Rn. 62, f*

Von Kongressen, Tagungen und Seminaren kann u. E. eine vergleichbare wirtschaftsfördernde Wirkung für die LHS Wiesbaden ausgehen: Sie ziehen auswärtige Besucher an, was die Kaufkraft steigert und damit gleichzeitig Arbeitsplätze im Stadtgebiet sichert. Auch weitere Wirkungen, wie etwa die Steigerung des Bekanntheitsgrades der Stadt und die Zunahme von Hotelübernachtungen in der Stadt durch den „Kongresstourismus“, können

solchen Veranstaltungen zukommen. Schließlich können sich die Besucher von wirtschaftsnahen Kongressen, Tagungen und Seminare über neue Entwicklungen und Angebote auf bestimmten Fachgebieten informieren, was der Wissensverbreitung und Verbraucherinformation dient und somit ebenfalls nicht nur den Partikularinteressen der beteiligten Unternehmen, sondern auch dem volkswirtschaftlichen Allgemeininteresse dient.

### 3.2.2.1.2.3. **Anerkennung des öffentlichen Interesses an Räumlichkeiten für Großveranstaltungen aller Art durch die EU-Kommission**

Für die o. g. Einschätzung spricht schließlich auch die Position der Kommission im Rahmen der beihilferechtlichen Bewertung staatlicher Maßnahmen zugunsten des sog. Ahoy Complexes in Rotterdam. Der Ahoy Complex ist ein großer Gebäudekomplex, in dem eine Vielzahl unterschiedlicher Veranstaltungen wie Ausstellungen, Konferenzen, Messen, Shows, Konzerte, Sportveranstaltungen und soziale Veranstaltungen stattfinden. Die Kommission befand in ihrer Entscheidung:

*„The existence of a venue which supports various types of activities which in addition benefit the general public can be considered as embodying a typical state responsibility towards the general public“.*

*Entscheidung der Kommission vom 30. Januar 2008 – C-4/2008, Ahoy Complex, Rn. 47.*

In einer anderen, unveröffentlichten Stellungnahme befand die Kommission zu einem Stadionbau:

*“[...] the construction of a venue for public events, where various types of activities are staged, which also benefits the general population, can be regarded as a typical public duty in respect of the population“.*

*S. Zitat in Entscheidung der Kommission vom 30. Januar 2008 . C-4/2008, Ahoy Complex, Rn. 14.*

Auch wenn die Kommission sich in beiden Fällen nicht explizit mit der Frage beschäftigt, ob beide Einrichtungen eine Dawl sind, kann doch mittelbar aus den Entscheidungen abgeleitet werden, dass die Kommission die Bereitstellung eines Veranstaltungsortes für unterschiedliche Arten von Veranstaltungen wie Tagungen, Kongresse, Seminare oder Show, Sport und Events als Leistung ansieht, die einem Allgemeininteresse dient.

### 3.2.2.1.3. **Zweifel der KOM i. R. d. Dawl-Monitorings SA.44264 überzeugen nicht**

Zwar äußerte die Kommission in ihrem Schreiben vom 31.01.2019 im Rahmen eines sog. Dawl-Monitoringverfahrens (SA.44264) Zweifel an der Erfüllung der formellen und materiellen Voraussetzungen des Beschlusses 2012/21/EU in Bezug auf 49 von ihr untersuchte Beihilfen im Bereich der Wirtschaftsförderung. Zu den dort geprüften Maßnahmen zählten

auch Beihilfen zugunsten des Betriebs von „Infrastrukturen wie Kongress- und Veranstaltungszentren“ sowie „lokaler Marketing- und Tourismusdienstleistungen“.

*Vgl. Kommission, Schreiben v. 31.01.2019 i.R.d. Dawl-Monitoringverfahrens SA.44264(2016/MX) – Überwachung von unter dem DAWI-Beschluss fallenden Beihilferegelungen – Beihilfen im Bereich der Wirtschaftsförderung*

Es sprechen u. E. allerdings dennoch die besseren Argumente dafür, dass der Betrieb von Kongress- und Veranstaltungszentren, wie das RMCC (und im Übrigen auch des Veranstaltungsbereichs des Kurhausareals sowie der Touristeninformation), auch zukünftig als DAWI qualifiziert werden können, wenn in diesem Bereich ein Marktversagen vorliegt.

Die Kommission hat in ihrem Schreiben vom 31.01.2019 u.a. Zweifel daran geäußert, dass die Erbringung der o. g. Dienstleistungen im öffentlichen Interesse liegt. Diese Dienstleistungen würden nach Ansicht der Kommission nicht

*„direkt zum Wohle der Bürger oder im Interesse der Gesellschaft erbracht, sondern unterstützen in erster Linie die Unternehmen“.*

Die Dienste seien allenfalls

*„teilweise an Bürger gerichtet, die ansonsten nur indirekt von einer potenziellen Entwicklung der lokalen Wirtschaft als tatsächlichem Ziel der Förderung profitieren“.*

Der Aspekt der Wirtschaftsförderung allein rechtfertige nicht die Einstufung einer Dienstleistung als Dawl. Zur Begründung verweist die Kommission auf die Entscheidungen N381/2004 und N331/2008, in denen sie entschieden hatte, dass die allgemeine Förderung der Wirtschaftstätigkeit in einer Region und damit die Schaffung von Beschäftigungsmöglichkeiten allein kein öffentliches Interesse an der Dienstleistung begründe. Vielmehr könne eine derartige Qualifizierung nur aus Gründen des öffentlichen Interesses erfolgen, die über das Allgemeininteresse an der Förderung wirtschaftlicher Tätigkeiten hinausgehen.

*Vgl. Kommission, Monitoringbericht v. 31.01.2019, SA.44264(2016/MX) – Überwachung von unter dem DAWI-Beschluss fallenden Beihilferegelungen – Beihilfen im Bereich der Wirtschaftsförderung; S.4; Kommission, Ent. v. 16.11.2004, N381/2004 – Frankreich – Projet de réseau de télécommunication haut débit des Pyrénées-Atlantiques, Rn. 53 f.; Kommission, Ent. v. 30.09.2009, N331/2008 – Frankreich – Réseau à très haut débit en Hauts-de-Seine, Rn. 142 ff.*

Dieser Ansicht der Kommission kann u. E. nicht gefolgt werden. Sie steht zum einen im Widerspruch zur eigenen o.g. Entscheidungspraxis der EU-Kommission in Bezug auf die Genehmigung von Beihilfen für Multifunktionsarenen nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV, wonach solche Infrastrukturen Zielen von gemeinsamem Interesse dienen und damit letztlich im öffentlichen Interessen liegen (s.o.).

Zum anderen steht sie u. E. auch im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuG und des EuGH.

Nach der Rechtsprechung des EuG verfügen die Mitgliedstaaten über einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Definition von Dawl, der von der Kommission nur auf offenkundige Fehler hin kontrolliert werden darf.

Vgl. EuG, *Urt. v. 27.02.1997, T-106/95 – FFSA u. a./Kommission, Rn.99*; EuG, *Urt. v. 15.06.2005, T-17/02 – Olsen/Kommission, Rn. 216*; EuG, *Urt. v. 12.02.2008, T-289/03 – BUPA u.a./Kommission, Rn.166-169*.

Der EuGH hat in zwei vergaberechtlichen Entscheidungen das Interesse der Allgemeinheit an der Ausrichtung von Messeveranstaltungen, Ausstellungen und sonstigen vergleichbaren Vorhaben – welche notwendigerweise die entsprechende Infrastruktur voraussetzt – anerkannt.

Vgl. EuGH, *Urteil vom 10.05.2001, Rs. C-260/99, Ente Fiera, Rn. 33/39*;  
EuGH, *Urteil vom 22.05.2003, Rs. C-18/01, Korhonen u.a., Rn.43*.

Diese Auffassung ist auch von nationalen Gerichten übernommen worden, die den Betrieb von Messeinfrastrukturen als im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art i.S.d. § 99 GWB qualifiziert haben.

Vgl. KG Berlin, *Beschluss vom 27.07.2006, 2 Verg 5/06, Rn.22/25*;  
OLG Düsseldorf, *Beschluss vom 21.03.2018, VII-Verg 50/16, Rn.37 f.*

Dafür, dass diese vergaberechtliche Rechtsprechung auch für die Einordnung einer Dienstleistung als Dawl i.S.d. Art. 106 Abs. 2 AEUV und des Beschlusses 2012/21/EU übertragbar gilt, sprechen folgende Argumente herangezogen werden kann:

- **Begriffliche Übereinstimmung / Einheit der Rechtsordnung:** Auffällig ist zunächst die begriffliche Nähe zwischen der Erbringung von *Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse* einerseits und der Erfüllung von *im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art* im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 a der Vergaberichtlinie 2014/24/EU (umgesetzt in § 99 Nr. 2 GWB) andererseits. Insbesondere spricht Art. 106 Abs. 2 Hs. 2 AEUV in Bezug auf die betrauten Unternehmen auch von der „[...] Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben“. Vor dem Hintergrund der Einheit der Rechtsordnung, wäre es daher mehr als miss- verständlich, wenn das europäische Vergaberecht und das europäische Beihilfe- recht hier nicht aufeinander abgestimmt wären.

Ebenso die überwiegende Auffassung in der Literatur, vgl. Wernicke in Grabitz/Hilf, *Das Recht der EU*, aaO, Art. 106 Abs. 2 AEUV, Rn. 42; Dörr, in: Burgi/Dreher, *Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd.1, § 99 GWB, Rn.24*; Knauff, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Kartellrecht, Art. 16 Abs. 2 AEUV, Rn. 59 m.w.N.*

- **Systematik des EU-Wettbewerbsrechts:** Aus Sicht des EU-Gesetzgebers wäre es zudem systematisch konsequent, wenn diese Begriffe gleichbedeutend wären. So

wäre es konsequent, wenn aus einer Betrauung mit Dawl zugleich die Qualifizierung des Beihilfeempfängers als öffentlicher Auftraggeber im Sinne der europäischen Vergaberichtlinien folgen würde. Denn dadurch wäre ein durchgehend wettbewerbskonformer Umgang mit staatlichen Mitteln Erreicht. Die Freistellung von der Beihilfekontrolle auf Grundlage der Erbringung einer Dawl zöge nämlich gleichsam die Bindung an das europäische Vergaberecht und die grundsätzliche Verpflichtung zur öffentlichen Ausschreibung nach sich. Es wäre aber auch umgekehrt konsequent, dass ein öffentlicher Auftraggeber (hier: der Betreiber eines Messe- und Kongresszentrums) bei Vorliegen eines Marktversagens mit Dawl betraut werden könnte, weil der Wettbewerb in diesem Fall ausreichend über das Beihilferecht geschützt ist.

#### 3.2.2.1.4. Vorliegen eines Marktversagens

Schließlich lässt sich u. E. mit guten Gründen vertreten, dass in Wiesbaden zumindest für Veranstaltungen mit einem Kapazitätsbedarf von über 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363 m<sup>2</sup>) im größten Raum ein Marktversagen gegeben ist.

##### 3.2.2.1.4.1. Beihilferechtliche Kriterien zur Feststellung eines Marktversagens

In den letzten Jahren hat sich die EU-Kommission sodann in mehreren Notifizierungsverfahren mit der öffentlichen Finanzierung von Multifunktionsarenen und eines Kongresszentrums befasst und deren beihilferechtliche Zulässigkeit geprüft. Diese Entscheidungen betreffen nicht unmittelbar die Qualifizierung der Unterhaltung und des Betriebs dieser Einrichtungen als Dawl, sondern setzen sich vielmehr mit der Vereinbarkeit der öffentlichen Finanzierung mit dem Binnenmarkt gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV auseinander. Danach kann eine öffentliche Finanzierung mit dem EU-Binnenmarkt als vereinbar angesehen werden, wenn ein politisches Ziel von gemeinsamen Interesse verfolgt wird, die öffentliche Finanzierung erforderlich und verhältnismäßig ist und keine unangemessene Wettbewerbsverzerrung verursacht, (hierzu später unter Ziff. VI.)

Um dies zu beurteilen, setzt sich die EU-Kommission bei der Frage nach der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der öffentlichen Finanzierung in allen Entscheidungen mit der konkreten Wettbewerbssituation der betreffenden Veranstaltungszentren auseinander und prüft anhand eines Indizienbündels, ob für das konkrete Angebot der jeweiligen Einrichtung (Multifunktionsarena oder Kongresszentrum) ein Marktversagen besteht. Dabei spielt für die EU-Kommission eine wesentliche Rolle, ob die am Markt verfügbaren Alternativangebote eine vergleichbare Teilnehmerkapazität bieten.

*Entscheidungen der EU-Kommission SA.35606 vom 17. Juli (International Congress Centre in Katowice), C (2013) 2740 vom 15. Mai 2013 (Multifunktionsarena in Kopenhagen), SA.33618 vom 02. Mai 2013 (Uppsala arena), SA.35135 vom 20. März 2013 (Multifunktionsarena der Stadt Erfurt) und SA.35440 vom 20. März 2013 (Multifunktionsarena der Stadt Jena).*



Zwar können diese Erwägungen auf den vorliegenden Fall nicht unmittelbar übertragen werden, weil die o.g. Entscheidungen alle im Rahmen von Notifizierungsverfahren ergin-ge, in denen die Sachverhalte der Kommission gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV zur Geneh-migung vorgelegt wurden. Im Dawl-Bereich existiert mit Art. 4 Beschluss 2012/21/EU demgegenüber eine gesetzliche Befreiung von der Notifizierungspflicht, deren Vorliegen die Kommission aufgrund des damit verbundenen Kontrollverlusts tendenziell restriktiver beurteilt als den Genehmigungstatbestand des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV. Ob sich die Kommission von den o.g. Erwägungen zum Marktversagen aufgrund von Kapazitätsman-gel und/oder Mangel an angemessenen Einrichtungen daher auch bei der Abgrenzung von Dawl- zu Nicht-Dawl Tätigkeiten leiten lässt, kann daher nicht abschließend beurteilt werden.

Um die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der öffentlichen Finanzierung zu beurtei-len, prüft sie daneben anhand folgender Kriterien, ob im konkreten Ein- zelfall ein Kapazitätsmangel und/oder Mangel an angemessenen Einrichtungen besteht:

- Bedarf an besonders großen Räumlichkeiten;
- Bedarf an besonderen baulichen Eigenschaften des Gebäudes,
- Kombinationsbedarf von Veranstaltungsräumen und Ausstellungsfläche,
- Bedarf, verschiedene Veranstaltungen an einem Ort durchzuführen (z.B. Kongres-se, Ausstellungen, kulturelle und sportliche Veranstaltungen),
- Erfordernis einer modernen Ausstattung und eines modernen Image des Veranstal-tungsortes.

Im Einzelnen stellte die Kommission dabei folgende Überlegungen an:

#### **3.2.2.1.4.2. Bedarf an besonders großen Räumlichkeiten**

Ein Indiz für ein Marktversagen und/oder einen unzureichenden Markt kann nach der Ent-scheidungspraxis der o. g. EU-Kommission sein, dass es am Markt keinen Veranstal-tungsort gibt, der ausreichende Flächen bietet. In ihrer Entscheidung zu dem Neubau ei-nes internationalen Kongresszentrums in Kattowitz stellte die EU-Kommission fest, dass es in Kattowitz und der umliegenden Region an Kongress-, Konferenz- und Ausstellungs-räumlichkeiten fehlte, die einen konkreten Bedarf an Ausstellungsfläche von über 8.000 m<sup>2</sup> befriedigen konnten. Daher hielt die EU-Kommission die staatliche Finanzierung des Neubaus mit einer Ausstellungsfläche von 12.600 m<sup>2</sup> Ergebnis für erforderlich und ange-messen.

*Entsch. der Kommission SA.35606 vom 17. Juli 2013 - International Congress Cen-tre in Katowice, Rn. 2, 37.*

### 3.2.2.1.4.3. Bedarf an besonderen baulichen Eigenschaften

Ein zusätzliches Indiz für ein Marktversagen kann nach der Entscheidungspraxis der EU-Kommission sein, dass ein staatlich finanziertes Gebäude besondere bauliche Eigenschaften aufweist, die Alternativangebote am Markt in dieser Form nicht bieten. In ihrer Entscheidung zu der Multifunktionsarena in Kopenhagen, erkannte die EU-Kommission beispielsweise an, dass ein Gebäude, das sich aufgrund seiner baulichen Voraussetzungen gut für Kongresse und Ausstellungen eignet, auf denen das Publikum Bewegungsfreiheit braucht, für andere Veranstaltungen, wie zum Beispiel Kultur-, Musik- und Sportveranstaltungen, weniger in Frage kommt.

*Entsch. der Kommission C (2013) 2740 vom 15. Mai 2013 - Multifunktionsarena in Kopenhagen, Rn. 59.*

Genauso entschied die EU-Kommission hinsichtlich der Multifunktionsarena in Uppsala. Auch hier hielt sie die staatliche Finanzierung eines Neubaus für angemessen und erforderlich, weil der Veranstaltungsort eines bereits bestehenden Gebäudes nicht den Transport, die Evakuierung und die Sicherheit der Besucher bei mehreren parallel stattfindenden Veranstaltungen erlaubte.

*Entscheidung der Kommission SA.33618 vom 02. Mai 2013 - Uppsala arena, Rn. 50.*

### 3.2.2.1.4.4. Bedarf verschiedene Veranstaltungen an einem Ort durchzuführen

Ein weiteres Indiz für ein Marktversagen kann nach der o. g. Entscheidungspraxis der EU-Kommission zudem sein, dass andere, private Veranstaltungsorte nicht die Möglichkeit bieten, mehrere Veranstaltungen wie zum Beispiel Kongresse, Ausstellungen, kulturelle und sportliche Veranstaltungen an einem Ort gleichzeitig durchzuführen.

*Entsch. der Kommission SA.35606 vom 17. Juli 2013 - International Congress Centre in Katowice, Rn. 17.*

Sowohl aus inhaltlicher als auch aus logistischer Sicht sei es bei kombinierten und zusammenhängenden Veranstaltungen oft nicht nur sinnvoll, sondern vielmehr für den Erfolg der Veranstaltung maßgeblich, ob diese an einem Ort stattfinden können. Daher kann nach Auffassung der EU-Kommission die staatliche Finanzierung einer solchen Infrastruktur erforderlich und angemessen sein, wenn der Markt diese Kombinationsmöglichkeit nicht oder nicht ausreichend anbietet.

### 3.2.2.1.4.5. Bedarf an besonders moderner Ausstattung und modernem Image

Schließlich erkennt die EU-Kommission an, dass das Angebot des Marktes auch im Hinblick auf die moderne und technische Ausstattung einer multifunktionalen Einrichtung unzureichend sein kann.

*Entsch. der Kommission SA.35606 vom 17. Juli 2013 - International Congress Centre in Katowice, Rn. 17.*

In den Entscheidungen zu dem internationalen Kongresszentrum in Kattowitz und der Multifunktionsarena in Uppsala nahm die Kommission beispielsweise ein Marktversagen mit der Begründung an, dass private Alternativangebote veraltet und den aktuellen Ansprüchen der Öffentlichkeit an moderne, technische Standards nicht mehr gewachsen waren.

*Entsch. der Kommission SA.35606 vom 17. Juli 2013 - International Congress Centre in Katowice, Rn. 17; SA.33618 vom 02. Mai 2013 - Uppsala arena, Rn. 50.*

Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass beide Entscheidungen Extremfälle betrafen. Im Fall der Multifunktionsarena in Kopenhagen, datierte das einzige Alternativangebot am Markt aus dem Jahr 1920, im Fall der Uppsala Arena aus dem Jahr 1974.

#### **3.2.2.1.4.6. Indizien für ein Marktversagen im Falle des RMCC**

Um vor dem Hintergrund dieser Entscheidungspraxis der EU-Kommission beurteilen zu können, ob hinsichtlich der mit dem RMCC erbrachten Dienstleistungen ein Marktversagen besteht, haben wir uns kursorisch und auf der Grundlage der uns übersandten Informationen die private Marktsituation in und um Wiesbaden für Kongresse, Tagungen und Seminare einerseits und für Räumlichkeiten für Messen und sonstige Großveranstaltungen andererseits angesehen. Danach lässt sich ein Marktversagen *prima facie* wie folgt feststellen:

##### **3.2.2.1.4.6.1. Analyse privater Räumlichkeiten für Tagungen, Kongresse & Seminare**

In Wiesbaden selbst bieten neben dem RMCC auch private Anbieter Räumlichkeiten für Veranstaltungen wie Kongresse, Tagungen und Seminare an. Dies sind v. a. die Wiesbadener Hotels (Mercure Hotel Wiesbaden, Dorint Pallas Wiesbaden, Hotel Nassauer Hof, Hotel Radisson Blu Schwarzer Bock, Hotel Oranien, Pentahotel Wiesbaden, das NH Hotel Wiesbaden und das Courtyard Marriott Hotel in Wiesbaden-Nordenstadt).

Wir haben die Kapazitäten der genannten Alternativangebote anhand den uns zur Verfügung gestellten Unterlagen sowie anhand der Internetpräsenz untersucht. Danach halten die die o. g. privaten Hotels Räumlichkeiten mit folgenden Kapazitäten vor:

Hotel/ und a. Eventlocations	Max. Brutoraumgröße (in m <sup>2</sup> )	Reihenbestuhlung (max. Teilnehmerzahl)	Parlamentarisch (max. Teilnehmerzahl)	Bankett (max. Teilnehmerzahl)
Mercure Hotel Wiesbaden	180	189	72	80
Dorint Pallas Wiesbaden	363	440	280	280
Hotel Nassauer Hof	362	260	140	230
Hotel Radisson Blu Schwarzer Bock	160	190	90	140
Hotel Oranien	204	160	90	140
Pentahotel Wiesbaden	363	350	180	250
NH Wiesbaden	248	300	150	250
Courtyard by Marriott Wiesbaden-Nordenstadt	260	300	140	150

**3.2.2.1.4.6.2. RMCC gleicht Marktversagen für Tagungen, Kongresse & Seminare mit mehr als 440 Sitzplätzen in einem Raum aus**

Vor diesem Hintergrund sprechen gute Argumente dafür, dass das RMCC auch im Bereich der Kongresse, Tagungen und Seminare mit einem Flächenbedarf von über 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363 m<sup>2</sup>) im größten Raum ein Marktversagen aufgreift.

Ob das RMCC unterhalb dieser Schwelle von 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung in einem Raum weitere besondere Bedarfe im Bereich der Kongresse, Tagungen und Seminare ausgleicht, die die o. g. privaten Hotels nicht bedienen können, darf vorbehaltlich anderweitiger Sachverhaltsinformationen bezweifelt werden. Denn insbesondere die bei-

den größten privaten Anbieter, das Dorint Pallas Hotel und das Pentahotel, verfügen ebenfalls über funktionale, gut gelegene, repräsentative, modern ausgestattete Konferenzbereiche.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass das Tagungs-, Kongress- und Seminargeschäft im RMCC insoweit als Dawl zu qualifizieren ist, als es ein Marktversagen im Bereich von Veranstaltungen mit einem Kapazitätsbedarf von mehr als 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363 m<sup>2</sup>) im größten Raum ausgleicht.

Demgegenüber ist das Tagungs-, Kongress- und Seminargeschäft mit weniger als 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung u. E. eine kommerzielle Tätigkeit, die nicht durch Ausgleichsleistungen für Dawl querfinanziert werden darf und deren Kosten und Erlöse daher im Falle einer Betrauung des Eigenbetriebs TriWiCon sowie der WCM durch interne Konten gesondert zu erfassen sind (vgl. Art. 5 Abs. 9 des Dawl-Beschluss 2012/21/EU).

#### **3.2.2.1.4.6.3. Analyse privater Räumlichkeiten für Messen und Großveranstaltungen**

Wir haben eine kursorische Recherche nach privaten Alternativangeboten für Veranstaltungsräume für Messen und sonstige Großveranstaltungen ab einem Kapazitätsangebot von 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung in einem Raum in der Region durchgeführt.

Dabei haben wir einen Radius um Wiesbaden von ca. 20 Fahrminuten und max. 50 km angelegt. Dies entspricht dem „näheren Einzugsgebiet“, das auch die EU-Kommission im Rahmen ihrer Prüfung der Genehmigungsfähigkeit von Beihilfen zugunsten von Stadien und anderen multifunktionalen Veranstaltungsinfrastrukturen heranzieht.

*Vgl. Entscheidungen der Kommission SA.43575 vom 04. August 2016 ("Daugavas stadions" in Riga), Rn.38; SA.35135 vom 20. März 2013 (Multi-funktionsarena der Stadt Erfurt), Rn. 14f.*

Unsere Recherche hat folgende privaten Angebote ergeben:

- Das ca. 18 km entfernte Chamäleon Beach in Flörsheim verfügt über zwei größere Hallen und weitere Räume für Messen- und Veranstaltungsräume.
- Das etwa 30 km entfernte SQUAIRE bietet sowohl Messeflächen im sog. Atrium als auch über angeschlossene Kongressräumlichkeiten.
- Das etwa 13 km entfernte Messecenter Rhein Main verfügt über zwei Hallen, von denen eine über zwei Etagen verfügt, sowie über ein etwas kleineres Kasino.

U. E. sprechen jedoch trotz dieser Befunde gute und überwiegende Gründe dafür, dass das RMCC auch im Bereich der Messen und sonstigen gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Großveranstaltungen ein Marktversagen ausgleicht. Im Einzelnen ist folgendes hierfür maßgeblich:

**3.2.2.1.4.6.4. RMCC gleicht Marktversagen für Messen und Großveranstaltungen mit mehr als 3.500 Sitzplätzen in einem Raum aus**

U. E. sind diese privaten Angebote schon hinsichtlich des von ihnen bedienten Flächenbedarfs nicht mit dem RMCC vergleichbar. Dies gilt zum einen hinsichtlich der Gesamtkapazitäten der angebotenen Räumlichkeiten. Das RMCC bietet mit seinen 10.000 m<sup>2</sup> im Erdgeschoss, seinen 3 Foren, 13 Studios und 7 Logen im ersten Obergeschoss und seinen 2.367 m<sup>2</sup> (zzgl. 570 m<sup>2</sup> Terrasse) im zweiten Obergeschoss Platz für insgesamt 12.500 Besucher. Demgegenüber verfügt das Messecenter Rhein Main als größter Privatanbieter über eine Ausstellungsfläche von max. 9.500 m<sup>2</sup> mit Platz für max. 3.500 Personen. Dies gilt zum anderen aber auch hinsichtlich der Kapazitäten in dem jeweils größten zusammenhängenden Raum, wie die nachfolgende Tabelle zeigt. Und in diesem Bereich liegt u. E. ein besonderer Bedarf vor, weil gerade diese Kapazitäten die Voraussetzung für entsprechend große Messeveranstaltungen und gesellschaftliche, kulturelle oder politische Großveranstaltungen sind.

Veranstaltungsort/-Raum	Ausstellungsfläche gesamt in m <sup>2</sup>	Größter Raum in m <sup>2</sup>	Reihenbestuhlung (max. Teilnehmerzahl)
RMCC Halle Nord A- C + Tribüne)	12.400	4.614	5.020
Chamäleon Beach, Halle 1 + 2	2.520	2.000	1.800
The SQUAIRE Atrium 1 - 3	5.415	5.415	2.000
Messecenter Rhein-Main	9.500	4.700	3.500

Aber auch bezüglich Veranstaltungen mit einem Kapazitätsbedarf mit weniger als 3.500 Personen in einem Raum, dürfte das RMCC ein Marktversagen hinsichtlich der baulichen Eigenschaften der privaten Angebote, hinsichtlich deren Lage und Erreichbarkeit sowie hinsichtlich einer modernen Ausstattung und Image ausgleichen.

**3.2.2.1.4.6.5. RMCC gleicht Marktversagen in Bezug auf bauliche Qualität und repräsentativen Charakter aus**

Zwar verfügen die genannten privaten Messe- und Veranstaltungszentren u. U. ebenfalls über eine hohe Funktionalität. Ihre Größe geht jedoch typischerweise zu Lasten ihrer

Qualität und ihres Ambientes und damit ihres repräsentativem Charakters. So handelt es sich bei den großen Räumlichkeiten im The SQUAIRE um ein umfunktioniertes Atrium bzw. Foyer und das Chamäleon Beach verfügt teils nur über Hallen in Leichtbauweise oder Zelte. Auch das Messecenter Rhein-Main verfügt nur über Hallen, die im Wesentlichen in einer Stahlbauweise errichtet wurden und sich daher deutlich weniger für repräsentative Anlässe eignen.

#### **3.2.2.1.4.6.6. RMCC gleicht Marktversagen in Bezug auf Lage, Erreichbarkeit und umliegende Übernachtungsmöglichkeiten aus**

Und selbst soweit diese privaten Angebote im Einzelfall unter dem Aspekt der baulichen Eigenschaften substituierbar wären, so dürfte es für die Nachfrageseite noch immer einen erheblichen Unterschied machen, ob eine Veranstaltung im Zentrum der LHS Wiesbaden stattfindet oder aber außerhalb in einem Industriegebiet in Hofheim/Wallau, Flörsheim bzw. am Flughafen Frankfurt. Denn zum einen sind diese Räumlichkeiten (mit Ausnahme des The SQUAIRE) deutlich schlechter angebunden, einschließlich der Parkplatzsituation vor Ort. Zum anderen können Aussteller und Besucher in Hofheim/Wallau oder Flörsheim, aber auch am Flughafen Frankfurt deutlich schlechter übernachten, als in Wiesbaden, obwohl gerade Messen und Großveranstaltungen in der Regel auf mehrere Tage ausgelegt sind.

Zusammenfassend lässt sich u. E. daher mit guten Gründen argumentieren, dass das Messegeschäft und die Bereitstellung des RMCC für kulturelle, gesellschaftliche und politische Großveranstaltungen insoweit als eine Dawl zu qualifizieren ist, als dieses baulich repräsentative Räumlichkeiten im Zentrum der Landeshauptstadt für Messen und andere gesellschaftliche, kulturelle oder politische Großveranstaltungen mit Kapazitätsbedarf von über 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363 m<sup>2</sup>) in einem Raum zur Verfügung stellt.

Demgegenüber handelt es sich um eine rein kommerzielle Tätigkeit, soweit das RMCC für Messen und sonstige Großveranstaltungen vermietet wird, die nicht auf einen repräsentativen Rahmen sowie eine gute Lage, Erreichbarkeit und Übernachtungsmöglichkeiten angewiesen sind und einen Platzbedarf bis zu 5415 m<sup>2</sup> oder 3500 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung in einem Raum haben. Denn dieser Bedarf wird bereits jetzt von privaten Anbietern im Rhein-Main-Gebiet gedeckt.

#### **3.2.2.1.5. Dawl-Nebentätigkeiten im Zusammenhang mit dem RMCC**

Schließlich sind mit der Unterhaltung und dem Betrieb des RMCC bestimmte Nebentätigkeiten verbunden, die die Vermietung und Nutzung der Veranstaltungsräumlichkeiten ermöglichen oder damit in einem engen Zusammenhang stehen.

U. E. sprechen gute und überwiegende Gründe dafür, diese Nebentätigkeiten als Teil der Dawl und somit im Falle einer ordnungsgemäßen Betrauung nach Art. 4 des Beschlusses 2012/21/EU als mit freigestellt anzusehen.

### 3.2.2.1.5.1. Begriff der Dawl-Nebentätigkeiten

Nach einer Entscheidung der Kommission betreffend eines Kulturzentrums können Nebentätigkeiten, z.B. ein Restaurant, sowie das Angebot von kostenlosem Internet-Zugang integrale Bestandteile einer Kultureinrichtung sein:

*„Some of the investments – such as the café and restaurant in the cultural centres, playing rooms, and proper offices for management - are not directly related to culture but the Commission considers these to be an integral part of any modern cultural institution. Likewise, internet access could be considered as a necessary part of the infrastructure of a modern cultural centre, just like water, electricity and sewerage as long as the scale of service is such that it cannot be considered a business operation on its own, which appears not to be the case“-*

*Kommission, Entscheidung vom 26. November 2008, N293/2008, Rn. 30.*

Die gleichen Erwägungen finden sich auch im Beschluss 2012/21/EU, indem z.B. im Krankenhausbereich „Nebentätigkeiten, die unmittelbar mit der Haupttätigkeit verbunden sind“ (Art. 2 Abs. 1 lit. b), ebenfalls als Teil der Dawl eingeordnet werden.

Grundsätzlich bedeutet dies, dass wirtschaftliche Nebentätigkeiten ebenfalls Teil der Dawl „Unterhaltung und Betrieb des RMCC für Veranstaltungen mit Kapazitätsbedarf von über 440 Sitzplätze (363 m<sup>2</sup>) im größten Raum“ sein können, wenn diese im engen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit stehen und keine eigenen Geschäftsbereiche sind.

### 3.2.2.1.5.2. Dawl-Nebentätigkeiten im Falle des RMCC

Im Fall des RMCC betrifft dies u. E. die Unterstützung der Organisation, Planung, Durchführung von Veranstaltungen (v.a. Messen und Kongresse) vor, während und nach der Veranstaltung, die Vermietung von Veranstaltungsmobiliar sowie von moderner Veranstaltungstechnik einschließlich technischer und IT-Dienstleistungen, sowie die Bewerbung des RMCC in Print- und Online-Medien mithilfe der Grafikabteilung „City-Dialog“ und der Online-Redaktion, soweit diese Dienstleistungen Veranstaltungen mit Kapazitätsbedarf von mehr als 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung in einem Raum betreffen.

Demgegenüber dürften die Vermietung der Gastronomieflächen im RMCC an die Kuffler CC Gastro GmbH sowie die die Vermittlung von Catering- und Gastronomiedienstleistungen aufgrund der Größe dieses Gastronomiebetriebs ein eigener Geschäftsbereich und dementsprechend nicht mehr Bestandteil der Dawl sein, auch wenn sie hierzu in einem engen Zusammenhang steht. Letztlich kann dies aber insoweit dahinstehen, als diese Leitungen keine Beihilfen erhalten und nach Art. 5 Abs. 9 Beschluss 2012/21/EU ohnehin einer getrennten Buchführung bedürfen.



### 3.2.2.2. Unterhaltung und Betrieb des Kurhausareals

U. E. sprechen gute Gründe dafür, dass die Unterhaltung und der Betrieb des Kurhausareals zumindest teilweise als Dawl i. S. d. Beschlusses 2012/21/EU qualifiziert werden kann.

Dies gilt konkret für die Bereitstellung des Kurhausareals für gesellschaftliche, kulturelle, wissenschaftliche und politische Großveranstaltungen sowie für kleinere Messen, Kongresse, Tagungen und Seminare, die auf eine Raumkapazität von mehr als 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung angewiesen sind, einschließlich der damit verbundenen Nebendienstleistungen (Vermietung von Mobiliar und technischer Ausrüstung, Garderobendienste usw.).

Keine Dawl ist demgegenüber die Vermietung von Teilen des Kurhausareals an die Spielbank, an die Kurhaus Gastronomie Gerd Käfer und Roland Kuffler GmbH & Co. KG sowie an Veranstaltungen mit einem Kapazitätsbedarf von weniger als 440 Sitzplätzen in einem Raum, einschließlich der damit verbundenen Nebendienstleistungen.

Im Einzelnen:

#### 3.2.2.2.1. Universaler und obligatorischer Charakter

U. E. ist mit guten Gründen vertretbar, dass zumindest die Unterhaltung und der Betrieb des für Veranstaltungen mietbaren Gebäudeteils einen universalen und obligatorischen Charakter aufweisen, diese Dienstleistungen also verpflichtend jedem potentiellen Interessenten gleichermaßen zur Verfügung stehen.

Das Unionsrecht fordert insoweit nicht, dass eine Dienstleistung, um als Dawl eingestuft zu werden, ein Universaldienst wie etwa das öffentliche System der sozialen Sicherheit, sein muss. Deshalb stellt der Umstand, dass eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung nur einen beschränkten räumlichen oder sachlichen Anwendungsbereich hat oder dass die Dienstleistung nur einer relativ begrenzten Gruppe von Nutzern zugutekommt, nicht notwendig den universalen Charakter einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe im Sinne des Unionsrechts in Frage.

*Vgl. EuG, Urteil vom 12.02.2008, Rs. T-289/03, BUPA, Rn. 186 f.; EuGH, Urteil vom 11. April 1989, Rs. 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Rn. 55; Urteil vom 18.06.1998, Corsica Ferries France, Rs. C-266/96, Corsica Ferries France, Rn. 45; EuG, Urteil vom 15.06.2005, Rs. T-17/02, Olsen/Kommission, Rn. 186 ff.*

Es kommt also für den universalen Charakter einer Dawl entscheidend darauf an, dass die Dienstleistung grundsätzlich allen zur Verfügung steht.

*Vgl. Storr, in: Birmstiel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Kap. 1, Rn. 2403.*

So liegt der Fall auch hier. Denn grundsätzlich kann der für Veranstaltungen mietbare Gebäudeteil des Kurhauses im Rahmen seiner Kapazitäten von allen Interessenten gleichermaßen für Veranstaltungen aller Art angemietet werden.

Keinen universalen Charakter und obligatorischen Charakter weisen demgegenüber die Unterhaltung und der Betrieb des von der Spielbank Wiesbaden und der Kurhaus Gastronomie Gerd Käfer und Roland Kuffler GmbH & Co. KG angemieteten Teils des Kurhausareals auf. Denn dieser Bereich ist ganzjährig vermietet und dient daher ausschließlich der gewerblichen Nutzung durch diese beiden Unternehmen. Letztlich kann dies aber insoweit dahinstehen, als diese Leitungen keine Beihilfen erhalten und nach Art 5 Abs. 9 Beschluss 2012/21/EU ohnehin einer getrennten Buchführung bedürfen.

#### 3.2.2.2. Öffentliches Interesse

Des Weiteren sprechen u. E. gute Gründe dafür, dass die Unterhaltung und der Betrieb des für Veranstaltungen mietbaren Gebäudeteils des Kurhauses zumindest insoweit dem öffentlichen Allgemeininteresse dienen, als dieser für gesellschaftliche, kulturelle, politische Veranstaltungen wie Bälle, Konzerte und Ehrungen sowie für kleinere Messen, Kongresse, Tagungen und Seminare genutzt wird.

Denn u. E. liegt es – zumal in einer Landeshauptstadt – im öffentlichen Allgemeininteresse, besondere repräsentative Räumlichkeiten für gesellschaftliche, kulturelle, wissenschaftliche und politische Veranstaltungen vorzuhalten.

*Vgl. Entscheidungen der Kommission SA.35135 vom 20. März 2013 (Multi-funktionsarena der Stadt Erfurt), Rn. 14f.*

Wie schon im Fall des RMCC wird hierdurch die Attraktivität der LHS Wiesbaden als Wohnort gesteigert. Auch für die Durchführung von Veranstaltungen, die nur gewissen Bevölkerungsgruppen wie etwa Abiturienten, Absolventen oder Mitarbeitern eines bestimmten Unternehmens offenstehen, lässt sich aus diesem Grund ein Allgemeininteresse bejahen, da diese Veranstaltungen in Summe im Interesse verschiedener Bevölkerungsgruppen liegen.

Gleiches gilt für die Bereitstellung des Kurhauses für kleinere Messen, Kongresse, Tagungen und Seminare. Von diesen kann u. E. eine vergleichbare wirtschaftsfördernde Wirkung für die LHS Wiesbaden ausgehen, wie von den Messen und Großveranstaltungen und den Kongressen, Tagungen und Seminaren und den im RMCC (s.o.):

*Vgl. zu dem öffentlichen Interesse an Veranstaltungsräumlichkeiten allgemein: Kommission, Entscheidung der vom 30. Januar 2008 – C-4/2008, Ahoy Complex, Rn. 47.*

### **3.2.2.3. Vorliegen eines Marktversagens**

Schließlich sprechen u. E. gute und überwiegende Gründe dafür, dass zumindest für die Vermietung des Kurhauses für Veranstaltungen mit einem Kapazitätsbedarf von über 440 Sitzplätzen (343 m<sup>2</sup>) in einem Saal auch ein Marktversagen angenommen werden kann.

Denn trotz zahlreicher auch gehobener Hotels in Wiesbaden und weiterer Immobilienunternehmen in der Region, stellt der Markt keine vergleichbaren repräsentativen Räumlichkeiten für Veranstaltungen mit Kapazitätsbedarf von über 440 Sitzplätzen (in Reihenbestuhlung) bereit (s.o.).

Demgegenüber verfügt der mietbare Teil des Kurhauses allein im Friedrich-von-Thiersch-Saal über eine Kapazität von bis zu 1.350 Sitzplätzen (in Reihenbestuhlung) und 600 m<sup>2</sup>. Auch in der Kombination der Kapazitäten kommt das Kurhaus mit insgesamt acht Sälen (von 60 – 600 m<sup>2</sup>) auf eine Gesamtkapazität, die deutlich über den Kapazitäten privater Anbieter in Wiesbaden liegt. Durch diese Kombinationsmöglichkeit ermöglicht das Kurhaus gesellschaftliche, kulturelle, wissenschaftliche und politische Großveranstaltungen wie Galas, Bälle, Ehrungen oder auch klassischer Konzerte, die so in privat betriebenen Veranstaltungsräumlichkeiten in Wiesbaden nicht untergebracht werden könnten.

Hinzu kommen besondere bauliche Eigenschaften wie der besondere historische und repräsentative Charakter sowie die Lage der mietbaren Räumlichkeiten inmitten des Kurparks. Mit diesem besonderen Charakter und dieser Lage können u. E. allenfalls gehobene Hotels vor Ort konkurrieren. Die Angebote privater Kongress- und Veranstaltungszentren wie The SQUAIRE oder das Chamäleon Beach, die ebenfalls über Säle mit über 1000 Sitzplätzen (in Reihenbestuhlung) verfügen, ist hiermit u. E. nicht substituierbar. Zwar verfügen diese privaten Kongress- und Veranstaltungszentren in der Regel ebenfalls über eine hohe Funktionalität. Ihre Größe geht jedoch typischerweise zu Lasten des repräsentativen Charakters. So handelt es sich bei den großen Räumlichkeiten im The SQUAIRE um ein umfunktioniertes Atrium bzw. Foyer und das Chamäleon Beach verfügt teils nur über Zelte oder Hallen. Und selbst soweit diese Angebote im Einzelfall unter dem Aspekt des repräsentativen Charakters substituierbar wären, so dürfte es für die Nachfrageseite noch immer einen erheblichen Unterschied machen, ob eine Veranstaltung im Zentrum der Landeshauptstadt und inmitten des historischen Kurparks stattfindet oder aber außerhalb in einem Industriegebiet bzw. am Flughafen Frankfurt.

### **3.2.2.4. Dawl-Nebentätigkeiten im Zusammenhang mit dem Kurhausareal**

Schließlich sind auch mit der Unterhaltung und dem Betrieb des vermietbaren Teils des Kurhausareals bestimmte Nebentätigkeiten verbunden, die die Vermietung und Nutzung der Veranstaltungsräumlichkeiten ermöglichen oder damit in einem engen Zusammenhang stehen.

Im Fall des Kurhausareals betrifft dies insbesondere den Veranstaltungsbau, die Vermietung von Mobiliar und Veranstaltungstechnik, die Erbringung technischer Dienstleistungen, den Garderobendienst, aber auch die Bewerbung des Kurhausareals oder der von der WCM dort durchgeführten Veranstaltungen durch die Grafikabteilung „City Dialog“ und die Online-Redaktion.

Soweit diese Nebentätigkeiten im Zusammenhang mit Veranstaltungen erbracht werden, die einen Kapazitätsbedarf von mehr als 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363m<sup>2</sup>) in einem Raum aufweisen, sind diese u. E. Bestandteil der Dawl und können dabei mit be-  
traut und freigestellt werden.

Werden diese Nebentätigkeiten dagegen für Veranstaltungen mit geringerem Kapazitätsbedarf im größten Raum erbracht, so handelt es sich – wie bei der Haupttätigkeit der Vermietung selbst (s.o.) – um eine kommerzielle Tätigkeit, die nach Art 5 Abs. 9 Beschluss 2012/21/EU einer getrennten Buchführung bedarf.

### 3.2.2.3. **Unterhaltung und Betrieb des Jagdschlusses Platte/ Kein Marktversagen**

Demgegenüber kann die Unterhaltung und der Betrieb des Jagdschlusses Platte nach unserer Einschätzung nicht rechtssicher als Dawl eingestuft werden.

Denn unabhängig davon, ob diese Dienstleistungen einen universalen und obligatorischen Charakter haben und im öffentlichen Interesse liegen, liegt für diese Dienstleistungen – vorbehaltlich anderweitiger Sachverhaltsinformationen – kein Marktversagen vor.

Das aus Sicht der Kommission wichtigste Kriterium für ein Marktversagen im Bereich von Veranstaltungsräumlichkeiten, nämlich das eines vom privaten Markt nicht bedienten Flächenbedarfs, kann das Jagdschloss Platte nicht erfüllen.

Vergleichbare Räumlichkeiten für Firmenevents, Familienfeiern und weitere Veranstaltungen wie Absolventenfeiern o.ä. werden auf dem relevanten räumlichen und sachlichen Markt im Einklang mit den Marktregeln von privaten Anbietern durchaus in derselben Qualität und unter denselben Bedingungen angeboten.

Das Jagdschloss Platte besteht aus einem Erdgeschoss mit Räumen zwischen 14 und 191 m<sup>2</sup> und einem Obergeschoss mit 387,6 m<sup>2</sup>. Der größte zusammenhängende Raum bietet dabei theoretisch Sitzplätze für bis zu 381 Personen in Reihenbestuhlung. Allerdings kann dieser zusammenhängende Raum aufgrund seiner U-Form um ein Atrium herum nicht für Veranstaltungen genutzt werden, bei denen gleichzeitig dieselbe Bühne, dasselbe Rednerpult o.ä. im Blickpunkt aller Gäste stehen soll.

Über vergleichbare und teils noch größere Kapazitäten verfügen auch die rd. 12 km entfernten Wiesbadener Hotels (s.o.). Und auch das nur rd. 4 km entfernte private Restaurant Villa im Tal mit seinem Salon (104 - 134 Personen), Wintergarten (54 - 72 Personen) und einer Gesamtkapazität von rd. 200 Personen bietet seine Räumlichkeiten für vergleichbare Veranstaltungen an.

Zwar verfügt das Jagdschloss Platte aufgrund seines historischen und repräsentativen Charakters über besondere bauliche Eigenschaften. Über eine ähnlich repräsentative Bausubstanz verfügt jedoch auch das Hotel Nassauer Hof. Und aus die Villa im Tal weist einen historische Bausubstanz auf.

Die Erhaltung des Jagdschlusses Platte als Teil des kulturellen Erbes ist EU-beihilferechtlich daher nur auf Grundlage einer AGVO-Freistellung für Kulturbeliefen gemäß Art. 53 AGVO freistellungsfähig (s.o.). In seiner Eigenschaft als Veranstaltungsort gleicht es jedoch kein Marktversagen aus, sodass eine Betrauung und Freistellung nach dem Beschluss 2012/21/EU nicht möglich ist.

#### 3.2.2.4. Betrieb des Stadtmarketings und der Touristeninformation

Das Stadtmarketing und die Touristeninformation sind u. E. nur zu einem geringen Teil eine Dawl.

Mit hinreichender Wahrscheinlichkeit betrifft dies u. E. nur den Betrieb der Touristeninformation in der Marktstraße selbst sowie das entsprechende Online-Angebot zur Information von Touristen über die LHS Wiesbaden, ihre Sehenswürdigkeiten und ihre touristischen Angebote sowie die damit in Zusammenhang stehenden Nebentätigkeiten (Verwaltung der Website durch die Online-Redaktion; Entwicklung von Informationsmaterial durch die Grafikabteilung „City Dialog“, Auslage von Werbung usw.).

Demgegenüber handelt es sich bei den weiteren beihilferelevanten Tätigkeiten der WCM im Bereich des Stadtmarketings und der Touristeninformation um rein kommerzielle Dienstleistungen, bezüglich derer eine staatliche Querfinanzierung im Rahmen der Buchführung der WCM auszuschließen ist (Art. 5 Abs. 9 Beschluss 2012/21/EU). Dies betrifft insbesondere die Vermittlung von Hotelzimmern, gastronomischen Angeboten, Veranstaltungstickets oder Reisen, Marketingmaßnahmen zugunsten der Wiesbaden Kongressallianz, die Organisation und Durchführung überregionaler Messen wie der *Germany Travel Mart* oder die Beteiligung privater Unternehmen an eigenen Messeständen gegen Entgelt (sog. Messeanschließer).

Im Einzelnen:

##### 3.2.2.4.1. Universaler und obligatorischer Charakter

Der Betrieb der Touristeninformation in der Marktstraße selbst sowie das entsprechende Online-Angebot zur Information von Touristen über die LHS Wiesbaden, ihre Sehenswürdigkeiten und ihre touristischen Angebote sind insoweit universal, als die jedermann bereitgestellten Informationen und Inhalte in Broschüren, Flyern sowie im Internet und sonstigen Werbepattformen allgemein gehalten sind und objektiv dargestellt werden. Soweit dabei im Einzelfall bestimmte Anbieter beispielhaft hervorgehoben werden, schadet dies u. E. nicht, weil die Leistungen dennoch grundsätzlich allen interessierten Nutzern nach gleichen Kriterien zugänglich sind, keine zusätzlichen Entgelte für die Hervorhebung erhoben werden und es sich dabei um den Informationstätigkeiten immanente

21. Mai 2019

tatsächliche Folgen handelt, die jeder Information über das Angebot einer Stadt wesenseignend sind.

#### 3.2.2.4.2. Öffentliches Interesse

Diese Tätigkeiten liegen auch im öffentlichen Interesse, weil sie Touristen und Tourismusdienstleistern eine Information über das Reiseziel Wiesbaden und die dortigen touristischen Angebote ermöglichen. Auf diese Weise verbessern sie das Image der Stadt und ziehen Touristen an mit den damit verbundenen positiven Effekten (Beschäftigungssicherung, Kaufkraftstärkung, etc.) für die lokale Tourismuswirtschaft und die Gesamtbevölkerung. Damit dient die Touristeninformation – wie auch das nicht-wirtschaftliche allgemeine Destinationsmarketing - zugleich der Wirtschaftsförderung und der Verbraucherinformation und liegt daher ebenfalls im Allgemeininteresse (s. o.). Dies erkennt auch die EU-Kommission an, etwa indem sie in den *Erwägungsgrund 32 zur AGVO* Folgendes schreibt:

*„Ferner spielen sowohl die Tourismus- als auch die Breitbandbranche eine wichtige volkswirtschaftliche Rolle; Tätigkeiten in diesen Wirtschaftszweigen wirken sich im Allgemeinen besonders positiv auf die Regionalentwicklung aus.“*

#### 3.2.2.4.3. Marktversagen

Die von WCM erbrachten Informationsdienstleistungen für Touristen werden vom Markt auch nicht oder allenfalls in wenigen Teilbereichen zur Verfügung gestellt. Denn zum einen werden die genannten Maßnahmen ganz überwiegend unentgeltlich durchgeführt. Zum anderen entsteht der positive Gesamteffekt (Imageverbesserung, Beschäftigungssicherung, Kaufkraftstärkung) erst aus der Summe der Maßnahmen, so dass einzelne Wirtschaftsteilnehmer mangels hinreichendem individuellen Nutzen nicht bereit sind, entsprechende objektive Dienstleistungen zu finanzieren.

Schließlich sehen wir unsere Auffassung dadurch bestätigt, dass die EU-Kommission selbst in Gesprächen mit dem Bundeswirtschaftsministerium eingeräumt hat, dass Dienstleistungen im Bereich der Tourismusförderung *Dawl* sein können.

*Vgl. Schreiben des Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vom 18. Mai 2017, an Bund, Länder und Kommunale Spitzenverbände, zur „Finanzierung öffentlicher Tourismusorganisationen und EU-Beihilferecht“.*

Demgegenüber handelt es sich bei den weiteren beihilferelevanten Tätigkeiten der WCM im Bereich des Stadtmarketings und der Touristeninformation um kommerzielle Dienstleistungen, bezüglich derer eine staatliche Querfinanzierung im Rahmen der Buchführung der WCM auszuschließen ist (Art. 5 Abs. 9 Beschluss 2012/21/EU).

Vorbehaltlich anderweitiger Sachverhaltsinformationen betrifft dies insbesondere

- die Vermittlung von Hotelzimmern, gastronomischen Angeboten, Veranstaltungstickets oder Reisen, Marketingmaßnahmen zugunsten der Wiesbaden Kongressallianz weil die entsprechenden Leistungen in vergleichbarer Qualität und

zu vergleichbaren Bedingungen auch vom Markt bereitgestellt werden (kein Marktversagen);

- die Organisation und Durchführung überregionaler Messen wie der *Germany Travel Mart* oder die Beteiligung privater Unternehmen an eigenen Messeständen gegen Entgelt (sog. Messeanschießer), weil diese primär den Partikularinteressen der dortigen Aussteller und einkaufenden Unternehmen (Business to Business-Messe) dienen (kein öffentliches Interesse);

#### 3.2.2.2.5. **Dawl-Nebentätigkeiten im Bereich des Stadtmarketings und der Tourismusinformation**

Zu den Dawl-Nebentätigkeiten der WCM zählen dabei auch die Gestaltung von Werbung oder anderen Printmedien durch die Abteilung „City Dialog“ sowie deren Verbreitung durch die Online-Redaktion, soweit die so erstellten und verbreiteten Informationen im Zusammenhang mit den o.g. Dawl im Bereich des Stadtmarketings und der Tourismusinformation stehen.

Soweit die entsprechenden Informationen im Zusammenhang mit den vorgenannten kommerziellen Tätigkeiten stehen, teilen die Nebentätigkeiten der Grafikabteilung „City Dialog“ und der Online-Redaktion u. E. den kommerziellen Charakter dieser Haupttätigkeiten, sodass auch diese Nebentätigkeiten nicht querfinanziert werden dürfen.

### V. **Erforderlichkeit einer Betrauung mit Dawl**

Wie unter Ziffer IV. dargelegt, handelt es sich bei den folgenden Tätigkeiten der WCM und des Eigenbetriebs TriWiCon um grundsätzlich betrauungs- und freistellungsfähige Dawl:

- Unterhaltung und Betrieb des RMCC für Kongresse, Tagungen und Seminare sowie für Messen und sonstige Großveranstaltungen mit einem Kapazitätsbedarf von über 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363 m<sup>2</sup>) im größten Raum;
- Unterhaltung und Betrieb des Kurhausareals für kleinere Messen, Kongresse und Seminare sowie für gesellschaftliche, kulturelle und politische Veranstaltungen wie Galas, Bälle oder Konzerte, die auf einen repräsentativen Rahmen angewiesen sind, mit einem Kapazitätsbedarf von über 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363 m<sup>2</sup>) im größten Raum;
- Betrieb der Touristeninformation in der Marktstraße sowie der Online-Touristeninformation einschließlich der Information und Bewerbung der LHS Wiesbaden, ihrer Sehenswürdigkeiten und touristischen Angebote, auch soweit private Angebote hiervon profitieren.

Für eine Befreiung von der Notifizierungspflicht bedarf es einer ordnungsgemäßen Betrauung der WCM und des Eigenbetriebs TriWiCon, an die der EuGH wegen des Ausnahmecharakters strenge Anforderung stellt.

21. Mai 2019

Bisher ist eine solche Betrauung für den Eigenbetrieb TriWiCon nicht gegeben. Für die WCM wirkt allenfalls die alte Betrauung der bisherigen Beteiligungsgesellschaften fort, die jedoch noch auf Grundlage der alten Freistellungsentscheidung 2005/842/EG erging und daher angepasst werden muss.

Nachfolgend stellen wir daher die Anforderungen an eine Betrauung von WCM und Eigenbetrieb TriWiCon gemäß Art. 4, 5 des Beschlusses 2012/21/EU dar, und wie es diese im deutschen Recht umzusetzen gilt.

### 1. Anforderungen an die Form der Betrauung

Den Mitgliedsstaaten bleibt gemäß Art. 4 S. 1 Beschluss 2012/21/EU die Bestimmung der Form der Betrauungsakte selbst überlassen. Nach Ansicht der Kommission erfordert eine Betrauung die Erteilung eines öffentlichen Auftrags im Wege eines oder mehrerer verbindlicher Verwaltungs- oder Rechtshandlungen, deren genaue Form von den Mitgliedsstaaten entsprechend ihrer politischen Struktur oder Verwaltungsorganisation frei gewählt werden kann. Als Beispiele für Betrauungsakte benennt die Kommission ausdrücklich:

- Konzessionsverträge und öffentliche Dienstleistungsaufträge,
- Vereinbarungen zwischen der staatlichen Verwaltung und Unternehmen über die Durchführung von Vorhaben in spezifischen Bereichen,
- ministerielle Anweisungen,
- Gesetze und Verordnungen,
- jährliche oder mehrjährige Leistungsverträge sowie
- Rechtsverordnungen und jede Art von hoheitlicher und kommunaler Verfügung oder Entscheidung.

Entscheidend ist, dass das betreffende Unternehmen zur Erbringung der Dawl rechtlich verbindlich verpflichtet wird.

*Vgl. Dawl-Leitfaden der Kommission vom 29. April 2013, SWD (2013) 53 final/2, Tz. 47.*

Für einen lediglich rechtsgeschäftlichen Akt wie einen Leistungsvertrag verlangt das EuG neben dessen bindenden Charakter allerdings auch, dass er hoheitlichen Ursprungs ist.

*EuG, Urteil vom 7. November 2012 – Rs. T-137/10, CBI, BeckRS 2012, 82356 Rdnr. 109.*

Der BGH setzt für eine wirksame Betrauung unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuG und des EuGH ebenfalls einen oder mehrere Hoheitsakte voraus, durch den oder die dem betreffenden Unternehmen die Aufgabe einer Dawl verbindlich übertragen wird.

*BGH, Urteil vom 24. März 2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493, Rdnr. 68 m.w.N.*



### 1.1. Betrauung der WCM durch Zuwendungsbescheid

Aufgrund der erforderlichen rechtlichen Bindungswirkung einer Betrauung, hat sich in der deutschen Praxis der letzten Jahre die Betrauung durch Zuwendungsbescheid immer stärker durchgesetzt. Das Modell der Betrauung durch Zuwendungsbescheid wird beispielsweise vom Bundeswirtschaftsministerium sowie vom Land Hessen und den hessischen Kommunalverbänden empfohlen.

*<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/I/infopaket-kleine-kommunen-musterbetrauungsakt-fuer-dienstleistungen.html>; Land Hessen et. al, Handbuch Europäisches Beihilferecht für Kommunen und kommunale Unternehmen, S. 73 f.*

Die erforderlichen Inhalte eines Betrauungsaktes nach Art. 4, 5 Beschluss 2012/21/EU lassen sich dann u. a. in Form einer Zweckbindung, einer Verbindlicherklärung des jährlichen Wirtschaftsplans sowie mittels allgemeiner Nebenbestimmungen umsetzen.

*Jennert, in: EU-Beihilfenrecht für Kommunen und kommunale Unternehmen, Kommunal-Praxis spezial 1/2012, S. 2 (7); Land Hessen et al.(Hrsg.), Handbuch Europäisches Beihilferecht für Kommunen und kommunale Unternehmen, Juli 2015, S. 102 f.*

### 1.2. Betrauung des Eigenbetriebs TriWiCon durch Beschluss gem. § 5 HEigBGes

Allerdings ist der Eigenbetrieb TriWiCon mangels eigener Rechtspersönlichkeit kein tauglicher Empfänger von Zuwendungen im Sinne des Haushaltsrechts. An ihn kann daher auch kein Zuwendungsbescheid ergehen.

Eine verbindliche Betrauung des Eigenbetrieb TriWiCon kann u. E. jedoch mittels eines Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung der LHS Wiesbaden nach § 5 Nr. 2, 9 Hessisches Eigenbetriebsgesetz (HEigBGes) hergestellt werden.

Denn hiernach kann die Stadtverordnetenversammlung „Grundsätze“ festlegen, nach denen „der Eigenbetrieb gestaltet und wirtschaftlich geleitet wird“. Die nähere Festlegung der Parameter zur Berechnung der Ausgleichsleistungen i.S.d. Art. 4 des Beschluss 2012/21/EU muss dann durch den jährlichen Beschluss über den Wirtschaftsplan des Eigenbetriebs TriWiCon erfolgen (§ 5 Nr. 4, 15 HEigBGes).

## 2. Regelungsinhalt des Betrauungsaktes

Die inhaltlichen Anforderungen an eine wirksame Betrauung ergeben sich aus Art. 4 S. 2 lit. a) bis f) Beschluss 2012/21/EU. Danach muss die Betrauung insbesondere folgende Festlegungen enthalten:

- Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen;
- das betraute Unternehmen und gegebenenfalls das betreffende Gebiet;
- die Art etwaiger dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährter aus-

schließlicher oder besonderer Rechte;

- eine Beschreibung des Ausgleichsmechanismus und der Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen;
- Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen und;
- einen Verweis auf den Beschluss 2012/21/EU.

Im Einzelnen:

## 2.1. Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen

Gemäß Art. 4 S. 2 lit. a) Beschluss 2012/21/EU muss der Betrauungsakt insbesondere auch den Gegenstand und die Dauer der einem Unternehmen übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen (Dawl) festlegen.

### 2.1.1. Gegenstand der Dawl

Bezüglich des Gegenstandes der Betrauung ist eine Beschreibung jeder einzelnen Tätigkeit, die mit der Erbringung der übertragenen Dawl einhergeht, nicht erforderlich. Notwendig aber auch ausreichend ist es, wenn der Umfang der Dawl definiert ist.

*Leitfaden der Kommission 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 (im Folgenden nur: „Dawl-Leitfaden“), Tz. 55.*

In dem Betrauungsakt sollten die hier als Dawl identifizierten Dienstleistungen wie angegeben als Gegenstand der Betreuung aufgenommen werden.

Daneben empfehlen wir eine ausdrückliche Aufnahme einer Negativliste in den Betrauungsakt, die diejenigen Leistungen der WCM und des Eigenbetriebs TriWiCon beschreibt, die keine Dawl sind, nicht staatlich finanziert werden dürfen und deren Kosten und Erlöse daher über separate Konten in der Buchführung zu erfassen sind (Art. 5 Abs. 9 Beschluss 2012/21/EU, hierzu sogleich).

*Vgl. Bundesministerium für Gesundheit, Finanzierung der Daseinsvorsorge und Europäisches Wirtschaftsrecht – Auslegungs- und Anwendungshilfe zur praktischen Umsetzung der Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge im Gesundheitswesen im Einklang mit den maßgeblichen Regelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht, Stand 25. Februar 2013, S. 11.*

### 2.1.2. Dauer der Betrauung

Gemäß Art. 2 Abs. 2 Beschluss 2012/21/EU gilt dieser grundsätzlich nur, wenn der Zeitraum der Betrauung mit einer Dawl nicht mehr als zehn Jahre beträgt. Lediglich dann, wenn die Dauer der Abschreibung für erhebliche Investitionen diesen Zeitraum überschreitet, kann auch eine länger andauernde Betrauung gerechtfertigt sein.

Da die WCM das Kurhausareal, das Jagdschloss Platte und das RMCC lediglich mietet und betreibt und selbst keine erheblichen Investitionen tätigt, ist eine Betrauung der WCM u. E. auf zehn Jahre zu beschränken, mit der Möglichkeit einer späteren Anschlussbetrauung.

Lediglich in Bezug auf die Tätigkeiten des Eigenbetriebs TriWiCon selbst käme ein längerer Betrauungszeitraum in Betracht, insbesondere weil dieser gerade erst die Investition in das RMCC getätigt hat, die über 33 bzw. 50 Jahren abzuschreiben ist. Vorbehaltlich anderweitiger Informationen ist jedoch nicht ersichtlich, welchen Vorteil eine solche, unterschiedlich lange Betrauungsdauer im vorliegenden Fall hätte.

## 2.2. Betrautes Unternehmen und das betreffende Gebiet

Darüber hinaus hat der Betrauungsakt gemäß Art. 4 Satz 2 lit. b) Beschluss 2012/21/EU das betraute Unternehmen und gegebenenfalls das betreffende Gebiet festzulegen.

Vorliegend wären u. E. die WCM und der Eigenbetrieb TriWiCon gemeinsam oder jedenfalls beide zu betrauen. Denn diese erbringen die o.g. Dowl der Unterhaltung und des Betriebs des Kurhausareals, des Jagdschlusses Platte und des RMCC gemeinsam, indem der Eigenbetrieb TriWiCon diese Immobilien baut, unterhält und an WCM vermietet und die WCM diese betreibt und an Veranstalter untervermietet. Und auch bezüglich der Touristeninformation ist der Eigenbetrieb TriWiCon an dem Betrieb durch die WCM beteiligt, weil er mit dieser aufgrund verschiedener organisatorischer, personeller und finanzieller Verflechtungen eine wirtschaftliche Einheit bildet (s.o. Ziffer E.II.1.2).

Das betreffende Gebiet ist das Einzugsgebiet der LHS Wiesbaden.

## 2.3. Art etwaiger ausschließlicher oder besonderer Rechte

Gemäß Art. 4 S. 2 lit. c) Beschluss 2012/21/EU muss der Betrauungsakt auch die Art etwaiger dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährte ausschließliche oder besondere Rechte festlegen.

Von dieser Bestimmung erfasst sind mangels anderweitiger Festlegung ausschließliche oder besondere Rechte im Sinne des Art. 106 Abs. 1 AEUV. Gemeint sind demnach ausschließliche Rechte, die wirtschaftliche Tätigkeitsbereiche einem einzelnen Unternehmen unter Ausschluss aller Wettberber vorbehalten werden und besondere Rechte, die mehreren Unternehmen im Verhältnis zu Wettbewerbern einen besonderen Schutz gewähren.

*Vgl. Mestmäcker/Schweitzer in: Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 36 Rdnr. 50 f.*

Bereits aus dem Wortlaut des Art. 4 S. 2 lit. c) Beschluss 2012/21/EU geht hervor, dass die Übertragung ausschließlicher oder besonderer Rechte kein Erfordernis einer wirksamen Betrauung darstellt. Denn es sollen nur „etwaige“ gewährte ausschließliche oder besondere Rechte festgelegt werden. Soweit der WCM solche ausschließlichen Rechte gewährt werden, etwa bestimmte Markenrechte im Zusammenhang mit dem Stadtmarketing oder bestimmte exklusive Nutzungsgenehmigungen bzgl. des

Kurhausareals, so wäre diese mit in den Betrauungsakt aufzunehmen.

#### 2.4. Ausgleichsmechanismus und Berechnungsparameter

Weiter muss der Betrauungsakt gemäß Art. 4 Satz 2 lit. d) Beschluss 2012/21/EU den Ausgleichsmechanismus und die Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen beschreiben.

##### 2.4.1. Beschreibung des Ausgleichsmechanismus

Die WCM erhält derzeit Ausgleichsleistungen von Seiten des Eigenbetriebs TriWiCon in Form jährlicher Verlustübernahmen, jährlicher Zuschüsse und verringerter Mieten. Der Eigenbetrieb TriWiCon finanziert diese Kosten sowie weitere eigene Kosten aus einem jährlichen Betriebskostenzuschuss der LHS Wiesbaden sowie aus überlassenen Einnahmen aus der städtischen Kurtaxe. Folglich wären diese und ggf. weitere künftige Ausgleichsformen in den Betrauungsakt aufzunehmen.

##### 2.4.2. Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen

Nach der sog. Dawl-Mitteilung der Kommission müssen die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet werden soll, zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden. Dies bedeutet nach Ansicht der Kommission zwar nicht, dass der Berechnung der Ausgleichsleistungen eine besondere Formel zugrunde gelegt werden muss. Allerdings muss der Betrauungsakt zumindest die Grundlagen für die zukünftige Berechnung des Ausgleichs anhand einzelner Kostenpositionen wie Preis pro Tag, pro Mahlzeit, pro Betreuungskategorie u. ä. auf der Grundlage einer geschätzten Zahl potenzieller Leistungsempfänger bestimmen.

*Vgl. Mitteilung der Kommission (2012/ C 8/02) über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (im Folgenden: „Dawl-Mitteilung“), ABl. 2012 C 8, S. 4.*

In einem jüngst ergangenen Urteil zu Ausgleichsleistungen für den Betrieb von Krankenhäusern bestätigte auch der BGH die Notwendigkeit, vorab festzulegen, wie die auszugleichenden Kosten bestimmt und kalkuliert werden. Bei einem Krankenhaus in öffentlicher Trägerschaft genüge insoweit ein Verweis auf den vom jeweiligen Krankenhausgremium jährlich aufzustellenden Wirtschafts- oder Haushaltsplan, in dem vorab die aus der Erbringung der Dawl folgenden Erträge und Aufwendungen ein sich daraus möglicherweise ergebender Verlust ausgewiesen werden.

*BGH, Urteil vom 24. März 2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493, Rn. 79, 80*

Wir empfehlen insoweit einen entsprechend den Bestimmungen des hessischen Eigenbetriebsrechts erstellten Wirtschaftsplan für den Eigenbetrieb TriWiCon und die WCM als Grundlage für die Berechnung der Höhe der Ausgleichsleistungen festzulegen. Dieser enthält dann alle Ausgleichsparameter, aus denen sich der vorkalkulierte Verlust bzw.

21. Mai 2019

Zuschussbedarf ergibt und stellte Transparenz über die Höhe der Mietkosten der WCM her.

Wir empfehlen die Aufnahme einer ausdrücklichen Verpflichtung, die Aufwendungen und Erträge, die auf Nicht-Dawl-Leistungen entfallen, in diesem Wirtschaftsplan getrennt auszuweisen, und zwar wiederum unterteilt nach nicht-wirtschaftlichen, ausgleichsfähigen und rein kommerziellen, nicht ausgleichsfähigen Leistungen.

### 2.4.3. Maßnahmen zur Vermeidung & Rückforderung von Überkompensationen

Gemäß Art. 4 S. 2 lit. e) Beschluss 2012/21/EU muss der Betrauungsakt auch Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen enthalten.

Nach Ansicht des BGH dürfen sich die im Betrauungsakt insoweit festzulegenden Maßnahmen nicht in dem Ausspruch eines bloßen Verbots erschöpfen. Vielmehr sind konkrete Vorkehrungen dagegen zu bestimmen, dass die Höhe der Ausgleichsleistungen die zur Erbringung von Dawl verursachten Kosten übersteigt.

*BGH, Urteil vom 24. März 2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493, Rn. 86.*

Eine solche konkrete Vorkehrung stelle unter anderem die aus Art. 5 Abs. 9 Beschluss 2012/21/EU folgende Verpflichtung zum getrennten Ausweis der Kosten und Einnahmen in Verbindung der Erbringung von Dawl von allen anderen Tätigkeiten dar. Dabei ist auch anzugeben, nach welchen Parametern die Zuordnung der Kosten und Einnahmen zu den einzelnen Tätigkeiten erfolgt. Ferner zählen zu den Maßnahmen der Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen geeignete Kontrollmechanismen wie die Pflicht zur Führung von Verwendungsnachweisen.

*BGH, Urteil vom 24. März 2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493, Rn. 86.*

Folglich ist der WCM und dem Eigenbetrieb TriWiCon im Betrauungsakt aufzugeben, dass sie in geeigneter Form, die Verwendung der ihnen gewährten Ausgleichszahlungen nachzuweisen haben. Im Falle etwaiger Überkompensationen sind sie verpflichtet, die überschüssigen Mittel zurückzuführen. Gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 Beschluss 2012/21/EU kann festgelegt werden, dass dann, wenn die Überkompensationen den durchschnittlichen Ausgleich um nicht mehr als 10 Prozent übersteigen auf das nächstfolgende Geschäftsjahr übertragen und den für dieses zu zahlenden Ausgleich abgezogen werden können.

### 2.5. Verweis auf den Beschluss 2012/21/EU

Schließlich muss der Betrauungsakt aus Gründen der Transparenz auch einen Verweis auf den Beschluss 2012/21/EU enthalten.

Hierbei handelt es sich nicht bloß um eine unbedeutende Formalie. Denn die Missachtung einer solchen Formalie führt zum Verlust der Freistellung von der Notifizierungspflicht.

Schlussanträge des Generalanwalts Wahl vom 17.03.2016 – Rs. C-493/14  
(Dilly's Wellnesshotel GmbH), Rdnr. 42 ff.

Der EuGH bestätigte diese Ansicht jüngst und betonte, dass alle einschlägigen Voraussetzungen einer Regelung zur Befreiung von der Anmeldepflicht erfüllt sein müssen.

EuGH, Urteil vom 21. Juni 2016 – Rs. C-493/14, Dilly's Wellnesshotel,  
Rdnr. 45 ff.

Zwar waren Gegenstand des Verfahrens die Voraussetzungen einer Freistellung von der Notifizierungspflicht nach der AGVO in der bis zum 30. Juni 2014 geltenden Fassung. Es ist im Zweifel aber davon auszugehen, dass für eine Freistellung nach dem Beschluss 2012/21/EU insoweit nichts anderes gilt. Denn gemäß Art. 1 des Dawl-Beschlusses legt dieser ebenfalls fest, unter welchen Voraussetzungen Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dawl als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden und von der Notifizierungspflicht befreit sind. Folglich müssen auch diese Voraussetzungen allesamt vorliegen.

### 3. Trennungsrechnung gemäß Art. 5 Abs. 9 Beschluss 2012/21/EU

Wie ausgeführt erbringen die WCM und der Eigenbetrieb TriWiCon auch Leistungen, die kommerziellen Charakter haben und daher keine Dawl sind. Dies betrifft folgende Tätigkeiten:

- Die Unterhaltung und den Betrieb des RMCC und des Kurhausareals für Veranstaltungen mit einem Kapazitätsbedarf von unter 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363 m<sup>2</sup>) im größten Raum;
- Die Unterhaltung und den Betrieb des RMCC für Messen und sonstige Großveranstaltungen, die nicht auf einen repräsentativen Rahmen sowie eine gute Lage, Erreichbarkeit und Übernachtungsmöglichkeiten angewiesen sind und mit einem Platzbedarf von bis zu 5415 m<sup>2</sup> oder 3500 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung im größten Raum auskommen (z.B. bestimmte Business-to-Business Messen);
- Die Unterhaltung und den Betrieb des Jagdschlusses Platte;
- Die Vermietung des RMCC an den Gastronomiebetrieb Kuffler CC Gastro GmbH;
- Die Vermietung des Kurhausareals an die Spielbank Wiesbaden und den Gastronomiebetrieb Kurhaus Gastronomie Gerd Käfer und Roland Kuffler GmbH & Co. KG;
- Betrieb des Stadtmarketings und der Touristeninformation, soweit damit die Vermittlung von Hotelzimmern, gastronomischen Angeboten, Veranstaltungstickets oder Reisen, Marketingmaßnahmen zugunsten der Wiesbaden Kongressallianz, die Organisation und Durchführung überregionaler Messen wie der *Germany Travel Mart* oder die Beteiligung privater Unternehmen an eigenen Messeständen gegen

Entgelt (sog. Messeanschießer) verbunden ist;

- Sowie, als kommerzielle Nebentätigkeit, insbesondere die (entgeltliche) Gestaltung von Werbung oder anderen Printmedien durch die Grafikabteilung „City Dialog“ sowie deren Verbreitung durch die Online-Redaktion, soweit die so erstellten und verbreiteten Informationen im Zusammenhang mit den o.g. vorgenannten kommerziellen Haupttätigkeiten stehen.

Gemäß Art. 5 Abs. 9 Beschluss 2012/21/EU muss die LHS Wiesbaden die WCM und den Eigenbetrieb TriWiCon daher – wie ebenfalls schon dargelegt – zur Einrichtung einer getrennten Kontenführung (sog. Trennungsrechnung) verpflichten.

Im Falle eines Verstoßes kann der WCM und dem Eigenbetrieb TriWiCon nach der Rechtsprechung des EuGH sogar eine Rückforderung der Ausgleichszahlungen insgesamt drohen.

Vgl. EuGH, Urteil vom 07.05.2009, Rs. C-504/07, *Antrop u. a.*, Rn. 28.

In einer solchen Trennungsrechnung sind die Kosten und Einnahmen für die von WCM und Eigenbetrieb TriWiCon erbrachten *Dawl* und *Dawl*-Nebentätigkeiten einerseits und für ihre kommerziellen Tätigkeiten andererseits in der Buchführung getrennt zu erfassen und darzustellen.

Die den *Dawl* zurechenbaren Kosten umfassen sämtliche durch die Erbringung dieser Leistungen verursachten variablen Kosten, einen angemessenen Anteil an den gemeinsamen Fixkosten sowie eine angemessene Kapitalrendite. Für diese Ausgaben darf ein Ausgleich gewährt werden.

Demgegenüber müssen die o.g. kommerziellen Leistungen stets Einnahmen erwirtschaften, welche mindestens die ihnen zuzurechnenden Kosten decken.

Sollte sich bei der Implementierung der Trennungsrechnung herausstellen, dass die Einnahmen einiger kommerzieller Leistungen – insbesondere von Veranstaltungen mit einem Kapazitätsbedarf von weniger als 440 Sitzplätzen in Reihenbestuhlung (363 m<sup>2</sup>) – die marktüblichen (Miet)Kosten einschließlich Abschreibungen und Finanzierungskosten nicht decken, bedürfte der anwendbare Kostenbegriff (Vollkosten, inkrementelle Kosten, Referenzpreise) vorbehaltlich einer Abstimmung mit der Kommission ggf. noch der näheren Prüfung und Dokumentation. Denn auch insoweit stellt sich die Frage, ob die von der Kommission im Rahmen von Leitlinien und Entscheidungen entwickelten Grundsätze zur staatlichen Finanzierung bestimmter Infrastrukturen (z. B. für Flughäfen oder Abwasseranlagen) auf *Dawl*-Infrastrukturen wie Messe- und Kongresszentren oder repräsentative Veranstaltungsräume übertragbar sind. So hat die Kommission bereits im Fall *Propapier* entschieden, dass eine Vermarktung freier Kapazitäten einer beihilfefinanzierten Infrastruktur zu den inkrementellen Kosten eines zusätzlichen Auftrages zuzüglich eines angemessenen Gewinns beihilferechtskonform ist

Kommission, Beschluss v. 01.10.2014, SA.36147, *Propapier*, Rn. 176ff.

Inzwischen hat die Kommission den inkrementellen Kostenansatz als Maßstab für die Marktüblichkeit von Nutzungsentgelten bei beihilfefinanzierten Infrastrukturen verallgemeinert.

*Luftverkehrsleitlinien 2014, Rz. 53, 61-65; Bekanntmachung zum Beihilfegriff, Rz. 228*

## VI. Genehmigung der Beihilfen nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV

Wie oben ausgeführt lässt sich ein gewisses Risiko, dass die Kommission eine Freistellung der Beihilfemaßnahmen der LHS Wiesbaden zugunsten des Eigenbetriebs TriWiCon und der WCM von der Notifizierungspflicht als Dawl-Ausgleichszahlungen ablehnt, nicht gänzlich ausschließen.

Aber auch in diesem Fall bestünden - insbesondere bei einem informellen Vorabkontakt und einer Notifizierung - u. E. noch immer gute Chancen, dass die Kommission die Beihilfen zugunsten der WCM und dem Eigenbetrieb TriWiCon jedenfalls nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV genehmigt.

Im Einzelnen:

### 1. System der Ausnahmetatbestände

Während Art. 107 Abs. 1 AEUV das grundsätzliche Verbot staatlicher Beihilfen regelt, enthalten die Absätze 2 und 3 Ausnahmen für Fälle, in denen die öffentliche Finanzierung mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Art. 107 Abs. 3 AEUV regelt dabei sog. „Ermessensausnahmen“, in denen Beihilfen von der Kommission als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können. Dabei wird der Kommission hinsichtlich der Anwendung der Ausnahmetatbestände ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt, den diese allerdings nach Maßgabe wirtschaftlicher und sozialer Wertungen fehlerfrei auszuüben hat.

*Vgl. EuGH, Urt. v. 17.09.1980, 730/79 – Philip Morris/Kommission, Rn.17;  
EuGH, Urt. v. 14.02.1990, C-301/87 – Frankreich/Kommission, Rn.15; EuGH  
Urt. v. 15.05.1997, C-355/95P – TWD/Kommission, Rn.26.*

Mitunter kommt es im Rahmen des Art. 107 Abs. 3 AEUV zu einer Selbstbindung der Kommission, wenn sie in Leitlinien, Unionsrahmen oder Mitteilungen Maßstäbe und Kriterien festlegt, die sie für ihre Entscheidung heranziehen möchte.

Eine derartige Präzisierung ist für den vorliegenden Fall von Kongress-, Messe- und Veranstaltungsinfrastruktur oder den Betrieb einer Touristeninformation nicht erfolgt. Basis der nachfolgenden Erwägungen ist daher die bisherige Kommissionspraxis.

### 2. Genehmigung von Beihilfen nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV

Eine Genehmigung durch die Kommission nach Art. 107 Abs. 3 AEUV setzt allgemein voraus, dass die Beihilfe der Verwirklichung eines der in Art. 107 Abs. 3 AEUV genannten



Ziele dient und geeignet ist, diese zu erreichen.

Vgl. von Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/ AEUV, Art. 107, Rn. 150.

Nach Ansicht der Kommission kann eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV als mit dem EU-Binnenmarkt vereinbar angesehen werden, wenn ein politisches Ziel von gemeinsamem Interesse verfolgt wird, die staatliche Finanzierung erforderlich und verhältnismäßig ist und dadurch keine unangemessene Wettbewerbsverzerrung entsteht.

Vgl. Entscheidungen der Kommission SA.43575 vom 04. August 2016 ("Daugavas stadions" in Riga), SA.35606 vom 17. Juli 2013 (International Congress Centre in Katowice), SA.33728 vom 15. Mai 2013 (Multifunktionsarena in Kopenhagen), SA.33618 vom 02. Mai 2013 (Uppsala arena), SA.35135 vom 20. März 2013 (Multifunktionsarena der Stadt Erfurt) und SA.35440 vom 20. März 2013 (Multifunktionsarena der Stadt Jena).

## 2.1. Verfolgung eines politischen Ziels von gemeinsamen Interesse

Als politisches Ziel von gemeinsamen Interesse erkennt die Kommission in den o. g. Entscheidungen u. a. die Unterstützung verschiedener Arten von Tätigkeiten an, die der Allgemeinheit zugutekommen und die gemeinhin als eine Aufgabe des Staates gegenüber der Allgemeinheit angesehen werden.

Vgl. Entscheidung d. Kommission, SA.35135 vom 20. März 2013 (Multifunktionsarena der Stadt Erfurt und C 4/2008 vom 21. Oktober 2008 (Ahoy Complex Rotterdam)).

So können insbesondere der Bau von Veranstaltungsorten für Kultur- und Sportveranstaltungen und andere öffentliche Veranstaltungen sowie die Unterstützung verschiedener damit in Zusammenhang stehender Tätigkeiten, die der Allgemeinheit zugutekommen, als Staatsaufgabe betrachtet werden. Zudem wird auf diese Weise auch die Vielfalt der Kulturen im Sinne des Artikels 167 Abs. 4 AEUV gefördert, was ebenfalls ein politisches Ziel der Union ist.

Vgl. Entscheidungen der Kommission SA.43575 vom 04. August 2016 ("Daugavas stadions" in Riga), Rn.25; SA.35606 vom 17. Juli 2013 (International Congress Centre in Katowice), Rn.16; SA.33728 vom 15. Mai 2013 (Multifunktionsarena in Kopenhagen), Rn.51ff.; SA.33618 vom 02. Mai 2013 (Uppsala arena), Rn.48f.; SA.35135 vom 20. März 2013 (Multifunktionsarena der Stadt Erfurt), Rn.14f.

Da das RMCC sowie der Veranstaltungsteil des Kurhausareals für öffentliche Großveranstaltungen aller Art (Parteitage, Konzerte, Shows, Galas, Bälle) sowie als Messe- und Tagungsorte (Messen, Konferenzen, Tagungen, Seminare) genutzt werden, verfolgt die LHS Wiesbaden mit deren Finanzierung ein politisches Ziel von gemeinsamem Interesse.

## 2.2. Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der staatlichen Finanzierung

Die Finanzierung dieses politischen Ziels von gemeinsamem Interesse aus staatlichen Mitteln dürfte auch erforderlich und verhältnismäßig sein, vorausgesetzt die WCM verfügt

nicht über ineffiziente Kostenstrukturen im Rahmen des Betriebs und kann dies zur Überzeugung der Kommission darlegen, nötigenfalls durch ein Sachverständigengutachten. Um die Frage der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der öffentlichen Finanzierung zu beurteilen, setzt sich die EU-Kommission bei allen Entscheidungen mit der konkreten Wettbewerbssituation der betreffenden Veranstaltungszentren auseinander und prüft anhand eines Indizienbündels, ob für das konkrete Angebot der jeweiligen Einrichtung (Multifunktionsarena oder Kongresszentrum) ein Marktversagen besteht (s. o.).

### 2.2.1. Erforderlichkeit

Erforderlich ist die Finanzierung nach Ansicht der Kommission immer dann, wenn aufgrund eines Marktversagens ein Kapazitätsmangel und/oder Mangel an angemessenen und modernen Einrichtungen für Kunst- und Kulturveranstaltungen besteht.

*Vgl. Entscheidungen der Kommission SA.35135 vom 20. März 2013 (Multifunktionsarena der Stadt Erfurt), Rn.15.*

Die staatlich finanzierte Infrastruktur darf demnach nur eine Ergänzung und nicht Ersatz für bereits bestehende oder im Bau befindliche Einrichtungen sein, gleichviel ob diese privat oder öffentlich finanziert sind.

*Vgl. Entscheidungen der Kommission SA.43575 vom 04. August 2016 ("Daugavas stadions" in Riga), Rn.33; SA.35606 vom 17. Juli 2013 (International Congress Centre in Katowice), Rn. 19; SA.33728 vom 15. Mai 2013 (Multifunktionsarena in Kopenhagen), Rn. 55.*

Ein Mangel an modernen und angemessenen Infrastrukturen besteht nach Ansicht der Kommission bereits dann, wenn bereits bestehende Einrichtungen veraltet sind und nicht den modernen Ansprüchen der Bevölkerung entsprechen.

*Vgl. Entscheidungen der Kommission SA.43575 vom 04. August 2016 ("Daugavas stadions" in Riga), Rn.29; SA.33728 vom 15. Mai 2013 (Multifunktionsarena in Kopenhagen), Rn.59; SA.33618 vom 02. Mai 2013 (Uppsala arena), Rn.50.*

Dabei stellte die Kommission im Fall der lettischen Hauptstadt Riga für die Bewertung nur auf das „nähere Einzugsgebiet“ ab und bezieht im Rahmen ihrer Prüfung nur solche Infrastrukturen ein, die nicht weiter als 20 Minuten mit den öffentlichen Verkehrsmitteln entfernt liegen.

*Vgl. Entscheidungen der Kommission SA.43575 vom 04. August 2016 ("Daugavas stadions" in Riga), Rn. 38.*

Wie bereits dargestellt hat die Kommission zudem im Fall der Städte Erfurt und Jena die Erforderlichkeit voneinander unabhängiger Einrichtungen anerkannt, obwohl die Städte nur ca. 50 km voneinander entfernt liegen. Dabei berücksichtigte die Kommission auch, dass Erfurt als Landeshauptstadt des Freistaats Thüringen eine hervorgehobene Stellung innehat und zentrale Tagungsmöglichkeiten zur Verfügung haben muss um ihrem Status gerecht zu werden und zugleich entsprechende Bedürfnisse der Bevölkerung bedienen zu

können.

Vgl. Entscheidungen der Kommission SA.35135 vom 20. März 2013 (Multi-funktionsarena der Stadt Erfurt), Rn. 14f.

Unter Berücksichtigung der ständigen Entscheidungspraxis der Kommission, lässt sich u. E. mit guten Argumenten auch für die LHS Wiesbaden ein dahingehender tatsächlicher Bedarf an einer dem RMCC und dem Kurhausareal vergleichbaren Infrastruktur vertreten.

Wiesbaden liegt als Hauptstadt des Landes Hessen im Rhein-Main-Gebiet, einer der führenden Wirtschaftsregionen Europas und nimmt hierin neben den Städten Frankfurt und Mainz, eine hervorgehobene Stellung ein. Diese Stellung gilt es gerade im Verhältnis zu den anderen beiden Großstädten auch durch die Vorhaltung entsprechender Infrastrukturen wie dem RMCC zu behaupten. U. E. ist zudem zu berücksichtigen, dass die Landeshauptstadt Wiesbaden schon vor dem Bau des RMCC mit den Rhein-Main-Hallen über ein großes Kongress- und Veranstaltungszentrum verfügte, welches durch das RMCC ersetzt werden sollte.

Darüber hinaus ist die vorhandene Infrastruktur im näheren Einzugsgebiet auch nicht mit der des RMCC vergleichbar. Hinsichtlich der Vergleichbarkeit bzw. des Marktversagens der vorhandenen privaten Angebote sei an dieser Stelle auf die Ausführungen im Zusammenhang mit dem Marktversagen als Voraussetzung einer Dawl verwiesen (s.o.). Und auch das Gelände der Mainzer Messe Gesellschaft („MMG“), das nur ca. 20 km von dem RMCC entfernt liegt, ist u. E. nicht mit dem RMCC oder dem Kurhausareal substituierbar. Während es sich bei dem RMCC um eine moderne, multifunktionale und flexible Infrastruktur überwiegend für Innenraum-Veranstaltungen handelt, ist die Bausubstanz der MMG bereits 15 Jahre alt und besteht überwiegend aus großen Zelten und Freiflächen für Freiluftveranstaltungen, die anders als das RMCC auch von Zirkusbetrieben oder für Sportveranstaltungen genutzt werden können. Dasselbe gilt für die Rheingoldhalle in Mainz, die mit max. 7000 m<sup>2</sup> Ausstellungsfläche deutlich kleiner als das RMCC ist und hinsichtlich seiner Bausubstanz und seinem repräsentativen Charakter nicht mit Kurhausareal vergleichbar sein dürfte.

Neben dem tatsächlichen Bedarf setzt die Kommission zudem voraus, dass das geförderte Projekt ohne staatliche Unterstützung mangels Rentabilität und in Anbetracht der umfangreichen und mit hohen Risiken versehenen Investition von privaten Investoren nicht oder zumindest nicht so realisiert werden würde.

Vgl. Entscheidungen der Kommission SA.43575 vom 04. August 2016 („Daugavas stadions“ in Riga), Rn.35; SA.35606 vom 17. Juli 2013 (International Congress Centre in Katowice), Rn.19; SA.33728 vom 15. Mai 2013 (Multi-funktionsarena in Kopenhagen), Rn.69.; SA.33618 vom 02. Mai 2013 (Uppsala arena), Rn.54.; SA.35135 vom 20. März 2013 (Multifunktionsarena der Stadt Erfurt), Rn. 16.

In Anbetracht dessen, dass sich mit der Messe Frankfurt der nach eigenen Angaben weltweit größte Messe-, Kongress- und Eventveranstalter mit eigenem Gelände, bestehend aus 11 Hallen mit 400.237 Quadratmetern Ausstellungsfläche sowie rund 60.000 m<sup>2</sup>

Freigelände, und einem Umsatz von rund EUR 715 Mio. ebenfalls im Rhein-Main-Gebiet befindet und der Betrieb des RMCC und des Kurhausareals durch die LHS Wiesbaden derzeit nicht rentabel gestaltet werden kann, sprechen u. E. gute und überwiegende Gründe dafür, dass ein privater Investor das RMCC oder das Kurhausareal nicht in dieser oder einer vergleichbaren Art und Weise errichtet hätte oder betreiben würde.

### 2.2.2. Verhältnismäßigkeit

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit prüft die Kommission, ob die Beihilfe auf das zur Erreichung des politischen Ziels von gemeinsamen Interesse notwendige Maß begrenzt ist und es zu keiner Überkompensation kommt.

Grundsätzlich stellte die Kommission in diesem Zusammenhang darauf ab,

- dass der Betrieb der geförderten Infrastruktur öffentlich ausgeschrieben wurde oder ausgeschrieben werden soll,
- dass das Vorhaben durch private Investoren kofinanziert wird oder
- dass die Infrastruktur privat vermietet werden soll.

*Vgl. Entscheidungen der Kommission SA.35606 vom 17. Juli 2013 (International Congress Centre in Katowice); SA.33728 vom 15. Mai 2013 (Multifunktionsarena in Kopenhagen).; SA.33618 vom 02. Mai 2013 (Uppsala arena).; SA.35135 vom 20. März 2013 (Multifunktionsarena der Stadt Erfurt).*

Derartige Maßnahmen wurden im Fall des RMCC und des Kurhauses bislang nicht ergriffen. Bei der Ausschreibung/Vermietung der Infrastruktur handelt es sich u. E. allerdings nicht um zwingende Anforderungen. Vielmehr dürfte die Finanzierungslücke im Rahmen des Betriebs grundsätzlich auch auf gutachterlicher Basis anhand einer Vergleichsanalyse (sog. Benchmarkings) ermittelt werden können.

*Vgl. zum Benchmarking als Methode zur Feststellung der Marktüblichkeit eine Transaktion in Abwesenheit einer Ausschreibung, Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rz. 98 ff.*

Hierfür spricht, dass die Mitgliedsstaaten aufgrund des Gebots der Neutralität des AEUV gegenüber den jeweiligen nationalen Eigentumsstrukturen nach Art. 345 AEUV durch das EU-Beihilferecht nicht zu einer (Teil-)Privatisierung verpflichtet werden können.

*Vgl. EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Stadt Halle*

Insofern ist auch die Entscheidung der Kommission, SA.43575 vom 04. August 2016 ("Daugavas stadions" in Riga) zu beachten. Diese Entscheidung betraf den Bau und Betrieb einer multifunktionalen Sport- und Freizeiteinrichtung und eines angegliederten Parkhauses durch ein staatliches finanziertes Unternehmen. Die Kommission hat es hier im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bereits als ausreichend erachtet, dass nur der

Betrieb des Parkhauses ausgeschrieben wird und das staatliche Betreiberunternehmen im Übrigen verpflichtet ist, Aufträge und Konzessionen im Zusammenhang mit der von ihr betriebenen Infrastruktur im Einklang mit dem Vergaberecht zu erteilen.

Vgl. *Entscheidungen der Kommission SA.43575 vom 04. August 2016 ("Daugavas stadions" in Riga), Rn.36*

Daher scheint uns im Fall des RMCC und des Kurhausareals auch ohne Ausschreibung ein Nachweis zulässig, dass die Beihilfen verhältnismäßig sind oder aber zukünftig auf ein Minimum beschränkt werden können. Ggf. wäre dies durch ein entsprechendes Benchmarking-Gutachtens zu unterlegen.

### 2.3. Keine unangemessene Wettbewerbsverzerrung

Genehmigungsvoraussetzung nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV ist ferner, dass von der Beihilfe keine unangemessene Wettbewerbsverzerrung ausgeht. Das ist der Fall, wenn eine Abwägung ergibt, dass die positiven Effekte der Beihilfe, die Erreichung eines politischen Ziels von gemeinsamen Interesse und die Korrektur eines Marktversagens, die negativen Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Wettbewerb und Handel übersteigen.

Vgl. *Bär-Bouyssière, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Auflage, Art. 107 AEUV, Kap. VI, Rn.38.*

Das setzt unter anderem voraus, dass die Einrichtung allen potenziellen Nutzern offen steht und nicht einem bestimmten Nutzer vorbehalten ist.

Vgl. *Entscheidungen der Kommission SA.43575 vom 04. August 2016 ("Daugavas stadions" in Riga), Rn.36; SA.35606 vom 17. Juli 2013 (International Congress Centre in Katowice), Rn. 20; SA.33728 vom 15. Mai 2013 (Multi-funktionsarena in Kopenhagen), Rn. 75.; SA.35135 vom 20. März 2013 (Multi-funktionsarena der Stadt Erfurt), Rn. 20.*

Dabei geht nach Auffassung der Kommission von einer Beihilfe nicht zwingend eine unangemessene Wettbewerbsverzerrung aus, auch wenn die Infrastruktur geeignet ist, größere oder mittlere internationale Veranstaltungen auszurichten.

Vgl. *Entscheidungen der Kommission SA.33618 vom 02. Mai 2013 (Uppsala arena), Rn.45.*

In Anbetracht der Koexistenz der o.g. weiteren privaten und öffentlichen Anbieter von kleineren und größeren Veranstaltungsräumlichkeiten für Messen, Großveranstaltungen, Kongresse, Tagungen und Seminare sowie für Galas, Bälle und Konzerte sprechen u. E. gute Argumente dafür, dass vom RMCC und dem Kurhaus keine unangemessene Wettbewerbsverzerrungen ausgehen, insbesondere wenn ein allgemeiner, diskriminierungsfreier Zugang für alle potentiellen Nutzer sichergestellt sein sollte.

**21. Mai 2019**

Vor diesem Hintergrund halten wir das Risiko, dass die Kommission infolge eines informellen Vorabkontakts betreffend die künftige Finanzierung der WCM und des Eigenbetriebs TriWiCon ein förmliches Prüfverfahren einleitet und dies mit einer Negativentscheidung und Rückforderungsanordnung abschließt für erheblich reduziert und daher letztlich vertretbar.

\*\*\*

Frankfurt am Main, den 21. Mai 2019

*KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH*



Dr. Carsten Jennert, LL.M.  
*Rechtsanwalt, Partner  
Lehrbeauftragter der Universität Speyer  
für Beihilferecht und Vergaberecht*



Dr. Armin Huhn  
*Rechtsanwalt, Senior Manager*