



SACHSEN-ANHALT

LANDESVERWALTUNGSAMT

Referat Kommunalrecht,
Kommunale Wirtschaft
und Finanzen

Landesverwaltungsamt · Postfach 20 02 56 · 06003 Halle (Saale)

Gegen Empfangsbekanntnis

Stadt Halle (Saale)
Der Oberbürgermeister
Marktplatz 1

06100 Halle (Saale)

Stadt Halle (Saale) 1259
Büro des Oberbürgermeisters

Weitergabe an: OB
 GB I GB II GB III GB IV

13. März 2015

mit der Bitte um:
 eigenständige Bearbeitung
 Stellungnahme bis

Antwortentwurf zur Unterschrift bis

Teilnahmeprüfung
und Information an Veranstalter bis

Halle, 11. März 2015

Ihr Zeichen: 32.41-04316/1
Mein Zeichen: 206.5.3-46106 MI
02/13

Bearbeitet von:
Hr. de Wall
Arno.deWall@
lvwa.sachsen-anhalt.de

Tel.: (0345) 514-3918
Fax: (0345) 514-1414

Kommunalaufsicht;

Anordnungsverfügung zur Bereinigung eines vergabe- und beihilfenrechtswidrigen Zustandes im Fall des Ersatzneubaus Kurt-Wabbel-Stadion der Stadt Halle (Saale)

Sehr geehrter Herr Oberbürgermeister Dr. Wiegand,

aufgrund meiner Feststellungen in der oben genannten Angelegenheit ergeht die folgende

Anordnung:

1. Die vergabe- und EU-beihilfenrechtswidrig geschlossenen Austauschverhältnisse zwischen der Stadt Halle (Saale) und der Stadion Halle Betriebs GmbH (SHB GmbH) sind innerhalb von neun Monaten nach Bestandskraft dieser Verfügung zu beenden und vergabe- und beihilfenrechtskonform neu zu gestalten.
2. Es wird diesbezüglich angeordnet, dass die Dienstleistungsaufgaben einschließlich des Pachtvertrages und des Zuschussvertrages zwischen der Stadt Halle (Saale) und der

Hauptsitz:
Ernst-Kamieth-Straße 2
06112 Halle (Saale)

Tel.: (0345) 514-0
Fax: (0345) 514-1444
Poststelle@
lvwa.sachsen-anhalt.de

Internet:
www.landesverwaltungsamt.
sachsen-anhalt.de

E-Mail-Adresse nur für
formlose Mitteilungen
ohne elektronische Signatur

Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt
Deutsche Bundesbank
Filiale Magdeburg
BLZ 810 000 00
Konto 810 015 00
BIC MARKDEF1810
IBAN DE2181000000081001500

SHB GmbH mit dem Ausschreibungsziel des geringsten Zuschussbedarfes in einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren neu auszuschreiben sind. In diesem Fall sind der Pachtvertrag und der Zuschussvertrag zu beenden.

3. Alternativ zu Ziffer 2 ist eine Rekommunalisierung der an die SHB GmbH übertragenen Aufgabe mittels Rückkauf der privaten Gesellschafteranteile oder eine Aufgabenerledigung durch die Stadt Halle (Saale) selbst (z. B. Amt, Eigenbetrieb) möglich.
4. Sie werden aufgefordert darauf hinzuwirken, dass der Stadtrat den Beschluss fasst, die seitens der Stadt Halle (Saale) in die Gesellschafterversammlung der SHB GmbH entsandten Vertreter anzuweisen zu veranlassen, dass die Verträge zwischen der SHB GmbH und dem HFC e. V. beendet werden.
5. Diese Verfügung ergeht kostenfrei.

Begründung:

I.

Der Anordnung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

In seiner Sitzung vom 26.11.2008 bestätigte der Stadtrat „als Vorzugsvariante die Sanierung des vorhandenen Kurt-Wabbel-Stadions mit notwendiger Neubauerweiterung als reines Fußballstadion“ und beschloss als finanzielle Obergrenze des Investitionsvolumens für das Vorhaben in der Ausbaustufe 1 einen Betrag von 17,5 Mio. Euro (netto).

Mit modifiziertem Stadtratsbeschluss (IV/2009/07928) vom 29.04.2009 beschloss die Stadt Halle (Saale), die Verwaltung mit der Vorbereitung und Durchführung eines Vergabeverfahrens für den Umbau des Stadions zu beauftragen.

Unter Punkt 2 und 3 dieses Stadtratsbeschlusses heißt es wie folgt:

2. Zum Betrieb des Stadions wird eine Betreibergesellschaft gegründet, deren Gesellschafter sollen mit mindestens 51,0 % eine Gesellschaft des Stadtwerke Konzerns (Mehrheitsgesellschafter), mit bis zu 24,5 % der HFC und mit bis zu 24,5 % das im Vergabeverfahren ausgewählte Bauunternehmen sein. Die Stadt überlässt dieser Gesellschaft im Rahmen eines Betriebes gewerblicher Art umsatzsteuerpflichtig das Stadion einschließlich funktionsbedingter Nebenanlagen. Die Betriebsgesellschaft soll den Betrieb des Stadions insbesondere Ver- und Entsorgung und Facilitymanagement durchführen. Die Haushaltsbelastung der Stadt (Zuschüsse an Gesellschaft abzüglich Miete) soll den Haushaltsansatz des Jahres 2009 von ca. 370 T€ nicht übersteigen. Die Deckung der notwendigen Betriebskosten und notwendigen Umsatzsteuerzahlungen soll neben dem städtischen Zuschuss in Höhe von 370 T€, durch Sponsoringmittel der Verbundnetz Gas AG von 180 T€, durch Mieten und Pachten des HFC sowie anderer Nutzer von 170 T€ erfolgen. Die Organisation der Fußballspiele einschließlich damit verbundener Kosten obliegt dem HFC, ebenso werden sämtliche Vermarktungsrechte bezogen auf diese Veranstaltungen auf diesen übertragen. Das in der Vorlagebegründung dargestellte Betriebskonzept wird zur Kenntnis genommen und die Verwaltung mit der Umsetzung beauftragt.

3. Im Zuge des Vergabeverfahrens, welches als mehrstufiges Verhandlungsverfahren ausgestaltet ist, wird die Errichtung des Stadions und der Nebenanlagen, die Instandhaltung und Instandsetzung sowie das Facilitymanagement sowie eine Beteiligung an der Betriebsgesellschaft von bis zu 24,5 % ausgeschrieben. Der Zeitplan wird zur Kenntnis genommen und die Verwaltung beauftragt den Vergabevorschlag bis März 2010 in die Gremien einzubringen.

In Umsetzung dieses Beschlusses erfolgte am 23.05.2009 die Bekanntgabe der europaweiten Ausschreibung des Bauvorhabens.

In der europaweiten Ausschreibung wurden neben der Errichtung des Stadions selbst folgende Leistungen aufgeführt:

Des Weiteren ist vorgesehen, eine Stadion-Betriebsgesellschaft (Rechtsform GmbH) zu gründen, an der der Bieter bis zu 24,5 % beteiligt ist. Mindestens 51 % werden von der Stadt Halle (Saale) oder einer 100 % igen Tochtergesellschaft gehalten. Bis zu weiteren 24,5 % werden vom vorgesehenen Endnutzer, dem örtlichen Fußballclub HFC, gehalten.

Aufgabe des Bieters ist zusätzlich die Erbringung von Betriebsleistungen über eine voraussichtliche Dauer von 10 Jahren gegenüber der Stadion-Betriebs GmbH. Einzelheiten zu Kündigungs- und Verlängerungsoptionen sind den Ausschreibungsunterlagen zu ent-

nehmen. Die Betriebsleistungen umfassen insbesondere die Erbringung von Instandhaltungs-/ Instandsetzungsleistungen, Reinigungsleistungen für Stadion, Funktionsgebäude sowie Nebenanlagen, Rasenpflege, Sicherheitsdienste mit Ausnahme der Absicherung des Spielbetriebes, Platzwart-/ Hausmeisterdienstleistungen.

Die Vermarktung einschl. des Spielbetriebes, der gastronomischen Einrichtungen sowie Veranstaltungen im VIP-Bereich sind im Verantwortungsbereich des Endnutzers und nicht des Bieters.

In der Sitzung vom 24.03.2010 ermächtigte der Stadtrat die Oberbürgermeisterin, den Auftrag an ein privates Bieterkonsortium mit einer Investitionssumme von 16,81 Mio. Euro (netto) unter der Bedingung zu erteilen, dass die Bewilligung der Landesfördermittel und die vergaberechtlichen Voraussetzungen vorliegen.

Am 08.06.2010 wurde der Vertrag über die Planung und schlüsselfertige Herstellung des Fußballstadions von der Stadt und der Bietergemeinschaft unterzeichnet. Der Ersatzneubau des Kurt-Wabbel-Stadions wurde unter dem Namen „Erdgas-Sportpark“ am 20.09.2011 eröffnet. Die Spielstätte ist ein reines Fußballstadion und wird als solches auf gewerblicher Basis überwiegend für den kommerziellen Sport genutzt.

Die Stadt Halle (Saale) hat das Stadion an die Stadion Halle Betriebs GmbH (SHB GmbH), deren Mehrheitsgesellschafter sie ist, verpachtet. Die SHB GmbH wiederum hat mit dem HFC e. V. einen Vertrag über die Nutzung des Stadions abgeschlossen.

Im Vorfeld einer Besprechung von Vertretern des Landesverwaltungsamtes (im Folgenden: LVwA) und des Ministeriums für Inneres und Sport am 25.01.2013 wurde das LVwA gebeten, einen Bericht des Landesrechnungshofes (LRH) vom 04.10.2012 über die Prüfung des Ersatzneubaus Kurt-Wabbel-Stadion vergabe- und beihilfenrechtlich auszuwerten.

Unter dem 26.06.2013 wurde der Stadt Halle (Saale) eine Verfügung mit der Darstellung der aus hiesiger Sicht bestehenden vergabe- und beihilfenrechtlichen Verstöße und mit Vorschlägen zur Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände übersandt.

Die Stadt Halle (Saale) dementierte mit Bericht vom 16.08.2013 sowohl Verstöße gegen Vergabe- als auch gegen Beihilfenrecht.

Am 12.09.2013 erging unter Bezugnahme auf die o.g. Stellungnahme eine weitere Verfügung an die Stadt Halle (Saale), in der erneut ausführlich erläutert wurde, aufgrund welcher Überlegungen das LVvA einen Vergabe- und Beihilfenrechtsverstoß angenommen hat.

Nach genehmigter Fristverlängerung (Anfrage vom 07.10.2013) widersprach die Stadt Halle (Saale) unter dem 04.11.2013 erneut einem Verstoß gegen Vergabe- und Beihilfenrecht im Wesentlichen unter Bezugnahme auf eine Entscheidung der EU-Kommission (Multifunktionsarena in Jena).

Am 08.05.2014 wurde die Anhörung mit Androhung einer Anordnungsverfügung mit Frist zum 30.06.2014 an die Stadt Halle (Saale) versandt.

Am 18.06.2014 bat die Stadt Halle (Saale) um einen Besprechungstermin in der Angelegenheit, der für den 10.07.2014 im LVvA vereinbart wurde.

Da in diesem Gespräch keine Einigung erzielt werden konnte, wurde von der Stadt Halle (Saale) ein ergänzender Bericht zur Vergabe- und Beihilfenproblematik abgefordert, der am 27.08.2014 nebst einem Auszug aus den Ausschreibungsunterlagen („Sollbeschreibung Betrieb“) übersandt wurde. Die Stadt Halle (Saale) kommt darin erneut zu dem Ergebnis, dass keine Verstöße gegen Vergaberecht zu erkennen seien, da alle Betriebsleistungen vollständig ausgeschrieben worden seien. Damit sei zugleich auch ein Beihilfenrechtsverstoß zu verneinen.

Mit Verfügung vom 11.09.2014 wurde die Stadt Halle (Saale) um die Übersendung weiterer Ausschreibungsunterlagen und der diesen beiliegenden Vertragsentwürfe gebeten. Mit Bericht vom 13.10.2014 übersandte diese die abgeforderten Unterlagen:

- Auszüge aus den Ausschreibungsunterlagen (A.1, A.2, E)
- Entwurf Vertrag über die Planung und schlüsselfertige Herstellung des Fußballstadions in Halle (Saale)
- Entwurf Gesellschaftsvertrag der Stadion GmbH
- Entwurf Bewirtschaftungsvertrag für das Stadion in Halle (Saale) zwischen der SHB GmbH und der Auftragnehmerin
- Entwurf Pachtvertrag zwischen der Stadt Halle (Saale) und der SHB GmbH
- Entwurf Mietvertrag zwischen der SHB GmbH und dem HFC e. V.
- Entwurf Geschäftsstellenmietvertrag zwischen der SHB GmbH und dem HFC e. V.

Die Stadt Halle (Saale) ist der Auffassung, dass die Leistungen der SHB GmbH korrekt ausgeschrieben worden sind, weil alle Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Betreuung des Sta-

dions Gegenstand der Ausschreibung(sunterlagen) zum europäischen Vergabeverfahren gewesen seien.

Das LVwA geht hingegen von einer vergaberechtswidrigen Direktvergabe bezüglich der Beauftragung der SHB GmbH aus.

II.

Zuständige Kommunalaufsichtsbehörde für die kreisfreie Stadt Halle (Saale) ist gemäß § 144 Absatz 1 Kommunalverfassungsgesetz für das Land Sachsen-Anhalt (KVG LSA) in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Juni 2014 (GVBl. LSA S. 288) das LVwA.

Gemäß § 146 Abs. 1 KVG LSA kann die Kommunalaufsichtsbehörde Beschlüsse und Anordnungen der Kommune, die das Gesetz verletzen, beanstanden und verlangen, dass sie von der Kommune binnen einer angemessenen Frist aufgehoben werden. Sie kann ferner verlangen, dass Maßnahmen, die aufgrund derartiger Beschlüsse oder Anordnungen getroffen wurden, rückgängig gemacht werden.

Erfüllt die Kommune die ihr gesetzlich obliegenden Pflichten nicht, kann die Kommunalaufsichtsbehörde gemäß § 147 KVG LSA anordnen, dass die Kommune innerhalb einer angemessenen Frist die notwendigen Maßnahmen durchführt.

Mit Übertragung sämtlicher Bewirtschaftungsleistungen für die verpachtete Sportstätte von der Stadt Halle (Saale) auf die SHB GmbH liegt eine vergaberechtswidrige Direktvergabe vor. Damit verstößt die Stadt Halle (Saale) gegen die ihr gesetzlich obliegende Pflicht, Aufträge im Rahmen eines wettbewerblichen, transparenten und nicht-diskriminierenden Verfahrens zu vergeben.

1. Verträge zwischen der Stadt Halle (Saale) und der SHB GmbH

Vergaberechtliche Ausführungen

Vorliegend hat die Stadt Halle (Saale) der SHB GmbH gemäß § 11 des Entwurfes des Pachtvertrages sämtliche Bewirtschaftungsleistungen für die verpachtete (im Eigentum der Stadt Halle (Saale) stehenden) Sportstätte übertragen, ohne dass ein entsprechendes Ausschreibungsverfahren durchgeführt wurde. Diese Aufgaben wurden in § 2 des Gesellschaftsvertrages vertraglich fixiert.

Ein förmliches Vergabeverfahren mit (europaweiter) Bekanntmachung hat zu erfolgen, wenn die Beauftragung eines privaten Partners einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne des GWB-Vergaberechts darstellt. Das GWB-Vergaberecht findet gemäß § 97 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) Anwendung auf die Beschaffung von Waren sowie Bau- und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber.

Die Voraussetzungen einer Inhousevergabe lagen nicht vor, bzw. hätte ein Inhouseauftrag zeitgleich mit der Aufnahme privater Anteilshalter in die SHB-GmbH gekündigt und neu ausgeschrieben werden müssen.

§ 99 Abs. 1 GWB definiert den Öffentlichen Auftrag als einen entgeltlichen Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen. Vertragspartner sind also zwei unterschiedliche Rechtssubjekte. Bei internen Vorgängen wie z.B. der Aufgabenerledigung durch eigene Abteilungen, aber auch im Rahmen eines rechtlich nicht selbständigen Regie- oder Eigenbetriebes liegt hingegen kein Öffentlicher Auftrag vor, da sie keinen Marktbezug haben und deshalb vom Vergaberecht freigestellt sind. Hiervon zu unterscheiden sind Geschäfte, bei denen als „Geschäftspartner“ eine „Organisationseinheit“ gewählt wird, die (formal) juristisch gesehen eine rechtlich selbstständige Person darstellt, mit dem Auftraggeber aber verbunden ist. Die juristische Selbstständigkeit macht es notwendig, dass zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und der „Organisationseinheit“ ein Vertrag geschlossen wird. Theoretisch ist der Anwendungsbereich des Vergaberechts also eröffnet. Nach landläufiger Auffassung macht es aber aus Sicht der anderen Marktteilnehmer keinen Unterschied, ob der Staat seine Aufgaben durch eigene Behörden oder durch von ihm gegründete Gesellschaften wahrnimmt. Der EuGH hat solche Fälle als Inhousevergabe von der Anwendbarkeit des Vergaberechts ausgenommen, wenn der Auftraggeber über die beauftragte Gesellschaft, an der er beteiligt ist, eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und die Gesellschaft im Wesentlichen für ihre Anteilshalter tätig ist (EuGH-Urteil Teckal C-107/98).

Der EuGH hat jedoch zur weiteren Definition des Inhousetatbestandsmerkmals „der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ ausgeführt, dass kein privates Kapital an der Inhousegesellschaft beteiligt sein darf (EuGH Stadt Halle C-26/0). Auch wenn zum Zeitpunkt der Beauftragung die Vergabe des Auftrags ohne Ausschreibung an ein Unternehmen auf Grundlage der „In-House“-Ausnahme zulässig gewesen wäre, würde der Erwerb einer Beteiligung an dem Unternehmen durch private Anleger zu einem späteren Zeitpunkt, aber immer noch innerhalb der Gültigkeitsdauer des Auftrags, allerdings die Änderung eine grundlegenden Bedingung der Auftragsvergabe bedeuten. Unter diesen Umständen hätte der Vertrag der Stadt mit der SHB GmbH gekündigt und im Wege einer Ausschreibung neu vergeben werden müssen (ARBEITSDOKUMENT DER KOMMISSIONSDIENSTSTELLEN über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Fall von Beziehun-

gen zwischen öffentlichen Auftraggebern [öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit] vom 04.10.2011, S. 9; vgl. EuGH SEA C-573/07).

Nach Maßgabe von § 97 Abs. 1 und 2 des GWB erfolgt die Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich in einem wettbewerblichen, transparenten und nicht-diskriminierenden Verfahren.

Das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, das Verfahren nach eindeutigen und im Voraus festgelegten Vorgaben durchzuführen. Dies beinhaltet die Pflicht, den Bieter umfassend zu informieren. Das Diskriminierungsverbot des § 97 Abs. 2 GWB gebietet, alle Bieter und Sachverhalte gleich zu behandeln.

Der Anwendungsbereich des Vergaberechts wird bestimmt durch die beiden Begriffe des öffentlichen Auftraggebers (§ 98 GWB) und des öffentlichen Auftrags (§ 99 GWB).

Gemäß § 98 Nr. 1 GWB ist die Stadt Halle (Saale) als Gebietskörperschaft ein öffentlicher Auftraggeber.

Nach § 99 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen solche, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben. § 99 Abs. 1 GWB fordert einen entgeltlichen Vertrag. Durch die Bezeichnung als "entgeltlicher" Vertrag soll klargestellt werden, dass der öffentliche Auftraggeber eine Gegenleistung im Sinne einer eigenen Zuwendung geben muss.

Der Begriff des "Entgelts" ist weit auszulegen. Die Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers muss nicht notwendig in Geld bestehen; erfasst wird vielmehr jede Art von Vergütung, die einen Geldwert haben kann. Das Entgelt kann auch in Zuwendungen bei nicht kostendeckenden Verkehrsdienstleistungen bestehen (VK Düsseldorf, B. v. 18.4.2002 - Az.: VK - 5/2002 - L). Die Bezeichnung in einem Vertrag als "Selbstkostenerstattung" steht der Einordnung als "Entgelt" nicht entgegen (OLG Frankfurt, B. v. 07.09.2004 - Az.: 11 Verg 11/04 und 12/04). Es kommt für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags nicht darauf an, wie sich der Auftraggeber bzgl. eines bestimmten Auftrags im Einzelnen refinanziert und ob demnach eine isolierte Verbindlichkeit sich ausschließlich aus „zwangsweise eingetriebenen“ öffentlichen Erträgen speist. In diesem Sinne kommen also auch die Betriebskosten im Rahmen der Bewirtschaftung von Wohnungen als Entgelt in Betracht (VK Berlin, B. v. 26.08.2004 - VK - B 1 - 36/04).

Übertragen wurden sämtliche Bewirtschaftungsleistungen für die verpachtete Sportstätte gemäß § 11 des Entwurfes des Pachtvertrages zwischen der Stadt Halle (Saale) und der SHB GmbH. Vorliegend werden diese in § 2 des Gesellschaftsvertrages vom 03.09.2010 aufgeführten Aufga-

ben der SHB GmbH auf Grundlage des § 1 Nr. 1 des Zuschussvertrages vom 03.09.2010 seitens der Stadt Halle (Saale) bis zu einem Höchstbetrag von 870.000 EUR bezuschusst. Die Höhe des Zuschussbetrages soll sich dabei nach den laufenden Aufwendungen der Gesellschaft richten. Damit liegt eine entgeltliche Aufgabenübertragung vor.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die SHB GmbH neben diesen Zuschüssen noch die Möglichkeit hat, z.B. durch zusätzliche Verträge mit Dritten weitere Einnahmen zu erzielen; dem EuGH (Urteil vom 18.07.2007 - Az.: C-382/05) zufolge reichen solche zusätzlichen Einnahmen nicht aus, um den Verträgen ihre Einstufung als öffentlicher Auftrag zu nehmen.

Mit modifiziertem Stadtratsbeschluss (IV/2009/07928) vom 29.04.2009 wurde die Durchführung eines Vergabeverfahrens, welches als mehrstufiges Verhandlungsverfahren ausgestaltet wurde, hinsichtlich der Errichtung des Stadions und der Nebenanlagen, der Instandhaltung und Instandsetzung sowie des Facilitymanagements sowie einer Beteiligung an der Betriebsgesellschaft von bis zu 24,5 % bestätigt.

In Umsetzung dieses Beschlusses wurde in einer europaweiten Ausschreibung zwar neben der Errichtung des Bauwerkes selbst und der Gründung einer Stadion-Betriebsgesellschaft (Rechtsform GmbH) zusätzlich die Erbringung von Betriebsleistungen (des Bieters) über eine voraussichtliche Dauer von 10 Jahren gegenüber der Stadion Betriebs GmbH aufgeführt.

Nicht ausgeschrieben bzw. rechtswirksam vergeben wurde jedoch die Beauftragung der (noch zu gründenden) SHB GmbH seitens der Stadt Halle (Saale) mit den in § 11 des Entwurfes des Pachtvertrages und in § 2 des Gesellschaftsvertrages aufgeführten Aufgaben. Gerade der in der Ausschreibung verwendete Wortlaut „Erbringung von Betriebsleistungen (des Bieters) (...) gegenüber der „Stadion Betriebs GmbH“ zeigt, dass beide Gesellschaften unterschiedliche Aufgabenbereiche wahrnehmen sollten.

Es wurden aber auch einheitliche bzw. identische Aufgaben übertragen. Hierfür spricht der oben auszugsweise zitierte Stadtratsbeschluss. Während der obsiegende Bieter die „Instandhaltung und Instandsetzung sowie das Facilitymanagement“ übernehmen sollte, sollte die SHB GmbH für die „Ver- und Entsorgung und das Facilitymanagement“ zuständig sein.

Insofern erscheint auch die in der Dienstberatung vom 10. Juli 2014 vorgetragene Begründung der Stadt Halle (Saale) nicht plausibel, dass alle Aufgaben ausgeschrieben und der Stadion Halle GbR übertragen worden wären, während die SHB GmbH per se mit keinerlei Aufgaben betraut worden sei. Somit handele es sich bei der SHB GmbH ausschließlich um ein steuerrechtliches

Konstrukt. Die tatsächlichen Dienstleistungen würden, wie in den Ausschreibungsunterlagen zu ersehen sei, ausschließlich von der Stadion Halle GbR wahrgenommen.

Dagegen spricht jedoch, dass in den Ausschreibungsunterlagen (A.1.4 Gegenstand und Ziel des Vergabeverfahrens, Betriebsleistungen) aufgeführt wird, dass z. B. der SHB GmbH die Organisation und Vermarktung etwaiger Veranstaltungen im Stadion sowie im VIP-Bereich außerhalb der Spieltage obliegen.

Auch die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Entwürfe des Bewirtschaftungsvertrages zwischen der SHB GmbH und der Auftragnehmerin (Stadion Halle GbR) und des Pachtvertrages zwischen der Stadt Halle (Saale) und der Stadion GmbH widersprechen inhaltlich der Darstellung der Stadt Halle (Saale). In der Präambel beider Verträge wird ausgeführt, dass das politische Entscheidungsgremium der Stadt Halle (Saale) mit Beschluss vom 29.04.2009 u. a. entschieden habe, das Stadion von der Stadion GmbH für eine Dauer von 10 Jahren betreiben zu lassen.

Gegenstand des Pachtvertragsentwurfes ist gemäß § 11 (Bewirtschaftung)

die Übertragung sämtlicher Bewirtschaftungsleistungen für die verpachtete Sportstätte an die Pächterin, die wiederum die Leistungen zur Instandhaltung/Instandsetzung, zur Vornahme von Schönheitsreparaturen jeglicher Art, zur Wartung und zur Erbringung der sonstigen technischen und infrastrukturellen Gebäudemanagementleistungen an die <...> zu vergeben hat.

Gemäß Absatz 2 dieses Entwurfes

übernimmt die Pächterin gegenüber der Verpächterin die im Bewirtschaftungsvertragsentwurf aufgezählten Leistungen (§§ 18-20) als eigene, klagbare Verpflichtung. Demgemäß schuldet die Pächterin der Verpächterin diese Leistungen. Dies wurde bei der Festsetzung der Höhe des Pachtzinses berücksichtigt.

Daraus folgt, dass auch die von der im Bewirtschaftungsvertrag „benannten“ <...> (Stadion Halle GbR) übernommenen Leistungen grundsätzlich als eigene Leistungen der SHB GmbH anzusehen sind, zu deren Erfüllung sie sich jedoch Dritter bedienen kann bzw. muss. Eine vergaberechtlich wirksame Aufgabenübertragung an die SHB GmbH unter Beachtung des Ausschreibungserfordernisses liegt jedoch nicht vor.

Zwar waren die o.g. Verträge Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen, allerdings dienten sie nur der Information hinsichtlich der zukünftigen Mitgesellschafter und hinsichtlich der Aufgaben

des obsiegenden Bieters. Die Eröffnung eines Wettbewerbes für die seitens der SHB GmbH zu erbringenden Leistungen fand nicht statt; die Möglichkeit, dass andere Wettbewerber eigene Angebote für z. B. die Durchführung von Betriebs- oder Marketingleistungen abgeben konnten, war nicht gegeben.

Der Einwand der Stadt Halle (Saale) im Bericht vom 27.08.2014, dass die Beauftragung der SHB GmbH durch die Stadt Halle (Saale) denotwendig Bestandteil der Ausschreibung gewesen sei, überzeugt daher nicht. Auch wenn die von der Stadt Halle (Saale) geplante Durchführung der Betriebsleistungen durch die Stadion Halle GbR ohne vorherige Übertragung dieser Leistungen auf die SHB GmbH nicht möglich war, rechtfertigt dies weder die Direktvergabe eben dieser Aufgaben als eigene, klagbare Verpflichtung an die SHB GmbH noch die Direktvergabe der darüber hinaus gehenden Leistungen an die SHB GmbH. Der Umstand, dass diese Betreibergesellschaft die ihr obliegenden Aufgaben an andere Unternehmen übertragen sollte, rechtfertigt nicht die Umgehung vergaberechtlicher Grundsätze.

Die SHB GmbH wurde gemäß § 2 des Gesellschaftsvertrages betraut mit der

Erbringung von Betriebsleistungen (...), insbesondere das kaufmännische und technische Management, die Erbringung von Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten, des Marketing sowie sämtlichen weiteren bei dem Betrieb des Stadions notwendigen Leistungen.

Die Gesellschaft ist berechtigt, alle Geschäfte vorzunehmen und alle Maßnahmen zu ergreifen, die mit dem Gegenstand des Unternehmens zusammenhängen oder ihm unmittelbar oder mittelbar förderlich sind.

Eine wirksame Aufgabenübertragung erfolgte diesbezüglich, wie gezeigt, nicht. Darüber hinaus sind Dienstleistungen wie beispielsweise kaufmännisches Management und Marketing gerade nicht im Bewirtschaftungsvertrag aufgeführt; damit erbrachte die SHB GmbH nachweislich auch Aufgaben, die nicht Bestandteil eines Ausschreibungsverfahrens waren.

In diesem Zusammenhang sind auch die weiteren Vertragsabschlüsse zu sehen, die die SHB GmbH (und gerade nicht die Stadion Halle GbR) im Wege der ihr von der Stadt Halle (Saale) übertragenen Aufgaben vorgenommen hat. So wurden seitens der SHB GmbH noch nach Unterzeichnung des Bewirtschaftungsvertrages (03.09.2010) im Jahr 2011 ein Werbe- und Sponsoringvertrag mit der VNG Verbundnetz Gas AG, ein Vertrag über die Erbringung gastronomischer Versorgungsleistungen bei Veranstaltungen (Cateringvertrag) mit der Elysee Catering GmbH Halle und Fernwärmeversorgungs- und Stromlieferungsverträge mit der EVH GmbH (Dezember 2010)

geschlossen. Auch daran lassen sich die über die Leistungsausschreibung hinausgehenden Aufgaben der SHB GmbH belegen.

In der Mitteldeutschen Zeitung (Halle/Saalekreis) vom 02.03.2013 wurde ausgeführt, dass die Firma Rauschenbach als Beteiligte an der Ausschreibung und Steuerung Erdgas-Sportpark-Projektes auch bei dessen Betrieb „mitmische“. Nomineller Geschäftsführer der SHB sei zwar Stadtkämmerer Egbert Geier, doch das Geschäft erledigten „Rauschenbachs Leute“. „Wer die Nummer der Betriebs-GmbH wählt, landet immer bei Rauschenbach & Kollegen“ (MZ a.a.O.).

Dieser Artikel widerspricht im Zusammenhang mit dem Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses und Jahresberichtes zum 31.12.2012, demzufolge ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit der Rauschenbach & Kollegen GmbH mit den Leistungen Management/Koordination, Rechnungswesen/Finanzwesen und Jahresabschluss einschließlich Berichtswesen geschlossen wurde, der Aussage der Stadt Halle (Saale), dass alle Aufgaben der Stadion Halle GbR übertragen worden seien. In diesem Zusammenhang ist es darüber hinaus nicht verständlich, warum die SHB GmbH Zuschüsse bis zu einem Höchstbetrag von 870.000,- EUR pro Jahr erhält, wenn diese keine entsprechenden Aufgaben wahrnimmt.

Bereits in dem o.g. Stadtratsbeschluss vom 29.04.2009 wurde festgelegt, dass die Stadt Halle (Saale) der SHB GmbH zur Deckung der notwendigen Betriebskosten und notwendigen Umsatzsteuerzahlungen einen städtischen Zuschuss in Höhe von 370.000 EUR gewähren will. Im Zuschussvertrag vom 03.09.2010 verpflichtet sich die Stadt Halle (Saale) in § 1 Nr. 1, finanzielle Mittel zur Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit und Erfüllung des Zwecks der Gesellschaft bis zu einem Höchstbetrag von Euro 870.000,00 pro Jahr zur Verfügung zu stellen. Auch dieser Zuschuss war weder Inhalt der Ausschreibung noch war der Zuschussvertrag Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen.

Die Leistungsbeschreibung ist in § 8 EG VOL/A geregelt. Demnach ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können. Eine Leistungsbeschreibung muss präzise, widerspruchsfrei und erfüllbar sein. Kommt der Auftraggeber dieser Verpflichtung zur vergaberechtskonformen Beschreibung der Leistungen nicht nach, liegt ein schuldhaft verursachter Vergabeverstoß vor (vgl. auch Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 11.06.2013, Az.: VK-1-33/13).

Dies ist, wie oben ausgeführt, vorliegend der Fall. Es war nicht erkennbar, dass Zuschüsse für diese erbrachten Leistungen gewährt werden sollten.

Weder gab die Stadt Halle (Saale) bekannt, dass die der SHB GmbH übertragenen Aufgaben vergeben werden sollten, so dass sich potentielle Bieter hätten darauf einstellen und bieten können, noch wurde diesen möglichen Bietern bekannt gegeben, dass die Leistungen bezuschusst werden sollten. Transparenz und Chancengleichheit der Bieter waren im vorliegenden Verfahren somit nicht gegeben. Da die o.g. Dienstleistungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen als Aufgaben der SHB GmbH dargestellt wurden und überdies auch die Bezuschussung nicht Leistungsgegenstand der Ausschreibungsunterlagen waren, gewährte dieses Verfahren nicht allen potentiellen Bietern die gleichen Chancen.

Aufgrund der Nichtbeachtung des Ausschreibungserfordernisses (§ 100 Abs. 1 GWB, § 2 VgV) liegt ein Verstoß gegen die vergaberechtlichen Regelungen vor, da in der mit der Durchführung von z. B. Marketing- und Managementaufgaben beauftragten Gesellschaft auch zwei private Gesellschafter vertreten sind. An der SHB GmbH sind (etwas abweichend von den Vorgaben der Ausschreibung) die Stadt Halle (Saale) mit 51 %, die Stadion Halle GbR mit 28 % und der HFC e. V. mit 21 % beteiligt.

Auch wenn die Vergaberechtsvorschriften nach gefestigter Meinung keine Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB darstellen, die zur Nichtigkeit des Vertrages führen (KG Berlin, Beschluss vom 19.04.2012, Aktenzeichen Verg 7/11, Juris Rn. 89; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.02.2007, Aktenzeichen 17 Verg 7/06, Juris Rn. 96), ist der Vertrag zu kündigen, um nicht durch die Duldung eines rechtswidrigen Zustandes den Eindruck zu erwecken, dass auch andere Kommunen zur Verfolgung eigener Interessen das Vergaberecht umgehen können. Ferner wird dadurch bereits vorsorglich vermieden, dass die Kommission im Rahmen ihrer Befugnisse ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Artikel 258 AEUV gegenüber Deutschland einleitet, um diese Verstöße abstellen zu lassen.

EU-beihilfenrechtliche Ausführungen

Der Abschluss des Pachtvertrages und des Zuschussvertrages zwischen der Stadt Halle (Saale) und der SHB GmbH sowie deren Durchführung verstoßen gegen die gesetzliche Pflicht, eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) nicht zu gewähren, ohne dass ein Notifizierungsverfahren gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV durchgeführt worden ist.

Nach Art. 107 Abs. 1 (AEUV) ist die Gewährung staatlicher Beihilfen grundsätzlich verboten. Eine staatliche Beihilfe liegt u. a. vor, wenn einem spezifischen Unternehmen aus staatlichen Mitteln ein wirtschaftlicher Vorteil gewährt wird. Dabei ist es unerheblich, ob es sich bei dem begünstigten Unternehmen um ein öffentliches oder privates Unternehmen handelt.

Die im AEUV vorgesehene Beihilfekontrolle soll gewährleisten, dass der Wettbewerb und der Handel innerhalb der Union nicht durch staatliche Interventionen verfälscht werden. Artikel 107 AEUV enthält ein allgemeines Verbot staatlicher Beihilfemaßnahmen.

Durch die Aufgabenübertragung wird die SHB GmbH gegenüber anderen Unternehmen, die im gleichen Markt tätig sind, aber aufgrund der fehlenden Bekanntmachung kein Angebot abgeben konnten, begünstigt. Wenn die Einnahmen der SHB GmbH nicht ausreichen, die laufenden Ausgaben zu decken, ist die Stadt Halle (Saale) verpflichtet, entsprechende Zuschüsse bereitzustellen. Damit trägt ausschließlich die Stadt Halle (Saale) die Risiken aus der Geschäftstätigkeit der SHB GmbH. Im Zusammenhang mit der Aufgabenübertragung ist somit in der Bezuschussung der SHB GmbH in Höhe von bis zu 870.000,- € jährlich seitens der Stadt Halle (Saale) eine Begünstigung zu sehen. Vorliegend handelt es sich also um ein begünstigtes Unternehmen i.S.d. Artikel 107 Abs. 1 AEUV.

Eine (drohende) Wettbewerbsverfälschung liegt vor, wenn die Beihilfe, tatsächlich oder potentiell, in ein bestehendes oder möglicherweise zur Entstehung kommendes Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen eingreift und damit den Ablauf des Wettbewerbs verändert. Erforderlich ist, dass Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil erhalten, den sie unter marktkonformen Verhältnissen nicht erhielten und dadurch die Marktbedingungen der Wettbewerber verändert werden.

Dabei ist der Vorteil nicht allein im Sinne eines Kostenvorteils zu verstehen. Demgemäß schließt weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens von vornherein die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten aus (vgl. EuG, Rs. T-55/99, Randnr. 100 m.w.N.). Jede Verbesserung der Marktposition ist ausreichend, so dass die Wettbewerbsposition vor und nach dem fraglichen Eingriff zu vergleichen ist. Auf die Spürbarkeit einer festgestellten Wettbewerbsverfälschung kommt es dabei – zumindest oberhalb des von der Kommission in der Verordnung für De-minimis-Beihilfen festgelegten Schwellenwertes von 200.000,- EUR – nicht an (vgl. EuG, a.a.O., Randnr. 94 m.w.N.).

Eine Verfälschung des Wettbewerbs oder Beeinträchtigung des Handels zwischen den EU-Mitgliedstaaten liegt dann nicht vor, wenn der finanzielle Vorteil für das Unternehmen geringfügig ist. Nach Artikel 4 der „De-minimis-Verordnung“ (VO (EU) Nr. 1407/2013) liegt keine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vor, wenn die Gesamtsumme aller einem Unternehmen gewährten nicht genehmigten Zuwendungen 200.000 Euro bezogen auf einen Zeitraum von drei Jahren nicht übersteigt. Anwendbar ist die „De-minimis-Regelung“ jedoch nur dann, wenn es sich um eine sog. transparente Beihilfe handelt, wenn also das Bruttosubventionsäquivalent im Voraus genau berechnet werden kann, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist.

Vorliegend hat sich die Stadt Halle (Saale) vertraglich für 10 Jahre verpflichtet, die erforderlichen finanziellen Mittel zur Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit und Erfüllung des Zwecks der SHB GmbH einen jährlichen Zuschussbetrag bzw. Verlustausgleich von bis zu 870.000 € zu zahlen.

Insofern scheidet die Anwendung der De-minimis-VO – neben der Überschreitung des Schwellenwertes – aus, da ein pauschaler Verlustausgleich nicht die Voraussetzungen einer transparenten Beihilfe erfüllt.

Die bereits von der Stadt Halle (Saale) an die SHB GmbH begebenen Zuschüsse reduzieren die gewöhnlichen Kosten der unternehmerischen Tätigkeit der Begünstigten, während diese Kosten von ihren Konkurrenten weiterhin zu tragen gewesen wären. Damit einhergehend wird die SHB GmbH vollständig von den wirtschaftlichen Risiken, wie beispielsweise dem Insolvenzrisiko, befreit, welches andere Unternehmen zu tragen hätten. Die Beihilfe hat damit die Finanzlage und die Handlungsmöglichkeiten der SHB GmbH gegenüber ihren Wettbewerbern verbessert und könnte dadurch andere davon abhalten, selbst als Anbieter auf dem entsprechenden Markt tätig zu werden bzw. bereits bestehende Unternehmen vom Markt verdrängen.

Zudem erfordert der Tatbestand des Artikel 107 Abs. 1 AEUV eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Dieses Tatbestandsmerkmal kann bereits dann bejaht werden, wenn durch den Vorteil zugunsten des Unternehmens zukünftige Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel als möglich erscheinen. Eine diesbezügliche Vermutung ist bereits durch die Stärkung der Finanzkraft des beihilfenbegünstigten Unternehmens begründet (vgl. EuGH Rs. 730/79, Philip Morris).

Die SHB GmbH wirbt auf ihrer Internet-Plattform (Homepage des ERDGAS Sportpark) neben den Sportveranstaltungen damit, Firmenmeetings, Tagungen, Feiern, Hochzeiten oder sonstige Events für kleine oder große Gruppen im ERDGAS Sportpark durchführen zu können.

Im näheren Umfeld der Stadt Halle (Saale) vermieten viele Hotels und Center gerade solche Räumlichkeiten (z.B.: ComCenter Halle, Mercure Hotel Halle-Leipzig usw.), so dass auch eine Überschneidung mit bereits bestehenden kommerziellen Veranstaltungseinrichtungen vorliegt.

Überdies stellt die EU-Kommission fest (Staatliche Beihilfe SA.35440 (2012/N), Multifunktionsarena der Stadt Jena, RN 11):

Was die möglichen Auswirkungen auf den Handel und den Wettbewerb im Binnenmarkt angeht, so betrifft die geplante kommerzielle Nutzung lokale und regionale Unternehmen; es sind jedoch keine internationalen Veranstaltungen geplant. Die nächste Grenze (zur

Tschechischen Republik) ist rund 100 km entfernt. Deshalb ist es unwahrscheinlich, dass der Betrieb des Stadions von Jena eine starke grenzübergreifende Wirkung zeitigen dürfte, wie dies z. B. bei Arenen für kommerzielle Veranstaltungen (insbesondere im Musik- und Sportbereich) auf internationaler Ebene der Fall ist. Der Markt für die Ausrichtung von Sportveranstaltungen oder anderen Arten öffentlicher Veranstaltungen steht jedoch dem Wettbewerb zwischen Anbietern von Veranstaltungsorten und Ausrichtern von Veranstaltungen offen. Einige sind in mehreren Mitgliedstaaten tätig oder gehören internationalen Gruppen an. Folglich zeitigt die in Rede stehende Maßnahme zumindest eine potenzielle Wirkung auf den Handel und den Wettbewerb im Binnenmarkt.

Hierbei kann zunächst auf einen Zuschussbetrag von bis zu 870.000,- € jährlich abgestellt werden, der eine Auftragsdurchführung auch für ausländische Bieter interessant macht. Schon per se handelt es sich dabei um eine Tätigkeit, welche nicht national beschränkt, sondern auch in anderen Staaten erbracht werden kann. Zudem hat die Stadt Halle (Saale) in ihrem Bericht vom 27.08.2014 selbst ausgeführt, dass derartige Dienstleistungen de facto europaweit hätten ausgeschrieben werden müssen, was für grenzüberschreitende Aktivitäten spricht. Somit musste sie davon ausgehen, dass auch Anbieter anderer EU-Staaten ein Interesse an dem streitgegenständlichen Auftrag gehabt hätten.

Aus den oben dargelegten Ausführungen ergibt sich folgerichtig, dass es nicht nur einen Markt für die Betreuung der Sportstätte, insbesondere aber für die Ausrichtung von Sportveranstaltungen und anderen Arten öffentlicher Veranstaltungen, gibt, sondern sich die Betreuung eines solchen Unternehmens zumindest auch potenziell auf den Handel und den Wettbewerb im Binnenmarkt auswirkt.

Wird ein Vergabeverfahren in Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vergaberegeln ausgeführt, können Beihilfeelemente ausgeschlossen werden. Der Umstand, dass einer Vielzahl von Unternehmen die Möglichkeit des Geschäftsabschlusses eröffnet wird und somit alle potentiellen Wettbewerber ein Angebot abgeben können, führt zur Schaffung eines transparenten Marktes und ermöglicht damit die Bestimmung der angemessenen Gegenleistung.

Vorliegend wurde, wie oben dargestellt, ein mit Unionsrecht übereinstimmendes Vergabeverfahren nicht durchgeführt, so dass ein Beihilfenverstoß aus diesem Grunde nicht ausgeschlossen werden kann.

Der sogenannte Marktinvestortest könnte jedoch eine verbotene Beihilfe rechtfertigen. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein vom Staat gewährtes Darlehen zu marktüblicher Verzinsung und unter

marktüblichen Sicherheiten gewährt wird oder wenn der Staat für ein Investment eine marktübliche Rendite erhält. Der Mitgliedstaat muss belegen, dass er tatsächlich als Marktteilnehmer gehandelt, d. h. ex ante die Maßnahme als eine Investition betrachtet hat. Insoweit ist der Nachweis erforderlich, dass die Maßnahme auf marktwirtschaftlichen Erwägungen beruht, die mit jenen vergleichbar sind, die ein rationaler privater Kapitalgeber in einer ähnlichen Lage wie der Mitgliedstaat angestellt hätte, um die künftige Rentabilität einer solchen Kapitalanlage zu bestimmen. Eine bloß nachträgliche Berufung auf den Marktinvestortest reicht nicht aus.

Die Stadt Halle (Saale) hat sich auf Grundlage des § 1 Nr. 1 des Zuschussvertrages vom 03.09.2010 vertraglich verpflichtet, der SHB GmbH für 10 Jahre einen jährlichen Zuschuss in Höhe von bis zu 870.000,- EUR für die übertragenen Aufgaben zu zahlen, soweit die laufenden Einnahmen bzw. Erträge der SHB GmbH nicht ausreichen, die laufenden Ausgaben zu decken.

Damit trägt ausschließlich die Stadt Halle (Saale) die Risiken aus der Geschäftstätigkeit der SHB GmbH. Nach dem Maßstab eines vernünftigen oder umsichtigen Kapitalgebers ist die Übertragung des Vermarktungsrechts ohne entsprechende Gegenleistung, insbesondere im Hinblick auf den jährlich zu zahlenden „Verlustausgleich“, unwirtschaftlich. Eine Gegenleistung zumindest in Höhe der geleisteten Zuschüsse erfolgt nicht und eine beihilfenrechtliche Rechtfertigung ist nicht ersichtlich. Die Aufgabenübertragung stellt sich somit in Verbindung mit dem jährlichen Zuschuss als unzulässige Beihilfe dar.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union hat ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot die Unwirksamkeit der betreffenden Beihilfemaßnahme zur Folge. Davon ausgehend hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung angenommen, dass ein Vertrag, durch den unter Verletzung des beihilferechtlichen Durchführungsverbots eine Beihilfe gewährt worden ist, gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und daher gemäß § 134 BGB nichtig ist. Unter Bezug auf die Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union in den Fällen FNCE (EuZW 1993, 62 Rn. 16, 17) und SFEI (EuZW 1996, 564 Rn. 67) hat der Bundesgerichtshof angenommen, dieser Zweck des Durchführungsverbots lasse sich nur durch Annullierung der rechtsgeschäftlichen Regelung erreichen, die es verletzt (BGHZ 173, 129 Rn. 34).

2. Verträge zwischen der SHB GmbH und dem HFC e. V.

Auch diese Verträge verstoßen gegen die gesetzliche Pflicht, eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht zu gewähren, ohne dass ein Notifizierungsverfahren gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV durchgeführt worden ist.

Der HFC e. V. ist eine Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt; folglich handelt es sich um ein wirtschaftliches Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV.

Das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe setzt die Übertragung staatlicher Mittel auf ein Unternehmen voraus. Die Mittel sind unstreitig dann staatlich, wenn eine Behörde selbst („unmittelbar“) die Leistung zur Verfügung stellt.

Die Mittel müssen nicht unmittelbar durch eine staatliche Stelle selbst ausgereicht werden. Sie werden auch dann als staatlich angesehen, wenn der Staat lediglich mittelbar an ihrer Übertragung beteiligt ist. Dies kann dann der Fall sein, wenn öffentliche Einrichtungen oder solche privaten Unternehmen eingeschaltet werden, die staatlicher Kontrolle unterliegen. Im Einzelfall muss aber staatlicherseits ein für die Mittelübertragung ursächlicher Einfluss auf die Entscheidung im Unternehmen ausgeübt werden.

Vorliegend bestimmt die Stadt Halle (Saale) gem. § 6 des Gesellschaftsvertrages (GV) den Geschäftsführer und hat durch ihre 51%ige Beteiligung an der SHB GmbH die Stimmmehrheit in der Gesellschafterversammlung (§ 9 GV). Vier von acht Vertretern des Beirates, inklusive des Beiratsvorsitzenden mit bei Stimmgleichheit zweifach zählender Stimme, werden von der Stadt gestellt, der wiederum die Geschäftsführung bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben berät und überwacht (§ 19 ff. GV). Somit kann die Stadt einen für die Mittelübertragung ursächlichen Einfluss auf die Entscheidungen in der SHB GmbH ausüben, so dass die Übertragung staatlicher Mittel/Befreiung von Lasten eine Begünstigung darstellen kann.

Der Begriff der staatlichen Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV umfasst sowohl selektive finanzielle Ausgaben als auch entgangene Einnahmen staatlicher Stellen zugunsten von Unternehmen (zu denen auch Profifußballvereine gehören), wenn solche Beihilfen geeignet sind, den Wettbewerb zu verzerren und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Angesichts der vielen Märkte, auf denen Fußballvereine tätig sind (Teilnahme an Wettbewerben, Verkauf von Eintrittskarten und Ausstrahlungsrechten, Spielertransfers, Sponsoring, Merchandising- und Werbevereinbarungen u.a.), ist es sehr wahrscheinlich, dass staatliche Beihilfen, die Profifußballvereinen einen Vorteil verschaffen, geeignet sind, im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV den Wettbewerb zu verzerren und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (vgl. Schreiben der europäischen Kommission -Generaldirektion Wettbewerb - vom 01.10.2012, Az.: COMP/C4/WP/AH/ZZ/md – D*2012/98568).

Der Sportbereich unterfällt dem Wettbewerbsrecht, soweit es sich um eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ handelt (EuGH, Urteil vom 12.12.1974, Az.: C 36/74 - Walgrave & Koch).

Die Überlassung der Nutzung von Immobilien in Staatseigentum zu vergünstigten Bedingungen stellt ebenfalls eine Beihilfe dar.

Durch die Begrenzung der Stadionmiete auf maximal 140.000,- € pro Jahr (1,50 € pro Zuschauer/Spiel) gem. § 6 des Mietvertrages zwischen der SHB und dem HFC e. V. wird auf eine adäquate Gegenleistung verzichtet. In den HFC e. V.-Heimspielen der Saison 2013/14 besuchten mehr als 152.000 Zuschauer das ERDGAS Sportpark Stadion, so dass allein die o.g. „Kappungsgrenze“ die möglichen Einnahmen der Stadt Halle (Saale) um ca. 88.000,- EUR reduzierte. Die Mietzahlungen des Endnutzers HFC e. V. stellen somit keinen adäquaten bzw. erzielbaren Mietpreis dar. Noch keine Berücksichtigung findet dabei die Frage, inwieweit die Stadionmiete in Höhe von 1,50 € pro Zuschauer/Spiel (bei Eintrittspreisen von mindestens 6,- EUR [Sonderticket „Kind bis 14 Jahre“] bis zu 22,- EUR [Sitzplatz Haupttribüne] bzw. 148,75 EUR [Tages-Business-Seat 2013/14]) die Tatbestandsmerkmale der verbotenen Beihilfe gem. Art. 107 AEUV erfüllt.

Darüber hinaus wird der HFC e. V., nach aktuellem Stand, nicht zur verhältnismäßigen Kostenbeteiligung an den Betriebskosten verpflichtet.

Auch wenn im Bericht der Stadt Halle (Saale) vom 24.04.2013 darauf hingewiesen wird, dass zumindest die bisher allein von der SHB GmbH getragenen Kosten für die Rasenheizung nunmehr auch vom HFC e. V. (anteilig) übernommen werden sollen, ist bisher nicht schlüssig dargelegt worden, ob und wann die Nebenkosten sowohl für den Spiel- als auch den Trainingsbetrieb vom HFC e. V. übernommen werden. Insbesondere ist festzustellen, dass der HFC e. V. als „Verursacher“ der erhöhten Betriebskosten der Rasenheizung für diese einzustehen hat und nicht der Steuerzahler für diese Mehraufwendungen in die Pflicht genommen werden sollte. Inwieweit die SHB GmbH nunmehr zumindest anteilig an den Zuschüssen durch die DFL und den Parkplatzeinnahmen beteiligt werden soll, ist ebenfalls noch nicht ersichtlich, so dass auch hinsichtlich der Betriebskosten von einer verbotenen Beihilfe seitens der SHB GmbH auszugehen ist.

Sowohl die Überlassung des Stadions an den HFC e. V. zu marktunüblichen Preisen als auch die Bezuschussung der SHB GmbH per se (nach jetzigem Stand) konnten beihilfenrechtlich nicht gerechtfertigt werden und stellen somit einen Beihilfenrechtsverstoß dar; dies führt, wie oben bereits ausgeführt, aufgrund des Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht zur Nichtigkeit des Vertrages gem. § 134 BGB. Aus diesem Grunde ist ein Festhalten an dem Vertrag nicht hinnehmbar. Auch hier tritt ein Festhalten an dem rechtswidrigen Zustand hinter das öffentliche Interesse der Schaffung rechtmäßiger Zustände zurück.

3. Lösungsmöglichkeiten und Ermessen

Das LVwA gibt in den Ziffern 2 und 3 der Tenorierung verschiedene Lösungsmöglichkeiten vor im Bewusstsein dessen, dass diese unterschiedliche Auswirkungen gegenüber der Stadt Halle (Saale) haben.

Der Stadt Halle (Saale) soll allerdings ein größtmöglicher Entscheidungsspielraum im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung belassen werden. Die Stadt Halle (Saale) kann daher selbst entscheiden, welche der dort genannten Maßnahmen sie zur Bereinigung des rechtswidrigen Zustandes ergreifen will. Soweit sie beabsichtigt, über die im Tenor aufgeführten Alternativen zur Herstellung vergabe- und beihilfenrechtskonformer Zustände hinausgehenden bzw. nicht aufgeführten aber gleichwohl rechtmäßigen Vorgehensweisen zu beschreiten, so wird dieses seitens des LVwA ausdrücklich akzeptiert.

Soweit die Stadt von der Möglichkeit der Neuausschreibung Gebrauch macht, sind der Pachtvertrag und der Zuschussvertrag entweder durch Kündigung oder hilfsweise außerordentliche Kündigung zu beenden.

Die kommunalaufsichtliche Anordnung gegenüber der Stadt Halle (Saale), die bislang von der SHB GmbH durchgeführten Dienstleistungen in einem vergabe- und beihilfenkonformen Verfahren neu zu vergeben, zu rekommunalisieren bzw. selbst auszuführen und die Verträge mit der SHB GmbH spätestens neun Monate nach Bestandskraft dieser Verfügung zu beenden, ist in allen dargestellten Handlungsoptionen geeignet, den derzeitigen rechtswidrigen Zustand zu beenden, weil die zu beendenden Rechtsverhältnisse dann keine Wirkung mehr entfalten können.

Ebenso geeignet den derzeitigen rechtswidrigen Zustand zu beenden ist die Anordnung gegenüber der Stadt Halle (Saale) darauf hinzuwirken, dass der Stadtrat den Beschluss fasst, die seitens der Stadt Halle (Saale) in die Gesellschafterversammlung der SHB GmbH entsandten Vertreter anzuweisen zu veranlassen, dass die Verträge zwischen der SHB GmbH und dem HFC e. V. beendet werden. Infolge dessen können auch diese Verträge keine Rechtswirkungen mehr entfalten.

Zur Herstellung von beihilfen- und vergaberechtlich wirksamen Verhältnissen ist die Anordnungsverfügung i. S. d. KVG LSA erforderlich. Die Entscheidungsbedürftigkeit der Angelegenheit bzw. die Erforderlichkeit kommunalaufsichtlicher Maßnahmen wird daran deutlich, dass die Stadt Halle (Saale) den wiederholten Aufforderungen zur Herstellung rechtmäßiger Zustände nicht nachgekommen ist und in den Berichten vom 16.08.2013, 04.11.2013, 27.08.2014 sowie 13.10.2014

deutlich gemacht hat, die mit der SHB GmbH bestehenden Verträge nicht freiwillig beenden zu wollen.

Die vorgeschlagenen Maßnahmen sind geeignet und erforderlich, um die eingetretenen Rechtsverstöße zu beheben. Die Stadt Halle (Saale) wird dadurch veranlasst, ihr rechtswidriges Vorgehen im Rahmen der Selbstkorrektur zu beenden. Ein milderer Mittel, das den angestrebten Zweck genauso effektiv erreicht, ist nicht ersichtlich. Die Fristsetzung von neun Monaten ab Bestandskraft dieser Verfügung berücksichtigt sowohl die voraussichtliche Dauer eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens als auch die für einen potentiellen Auftragnehmer im Anschluss erforderliche Vorbereitungszeit.

Die seitens der Stadt zu veranlassenden Schritte sind –je nach gewählter Lösungsvariante- allerdings in der Herangehensweise und in den rechtlichen Auswirkungen unterschiedlich ausgestaltet. Vor diesem Hintergrund werden der Stadt Halle (Saale) bewusst verschiedene Möglichkeiten angeboten, einen rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen und selbst zu entscheiden, welche Lösungsmöglichkeit sie hinsichtlich der unterschiedlichen Auswirkungen auf die Kommune (Finanzen, Ausgestaltung des Beteiligungsmanagements, u.a.) wählen will.

Da die Beauftragung der SHB GmbH und die Vermietung des Stadions an den HFC e. V. vergabe- und beihilfenrechtswidrig erfolgten, war es zur Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände erforderlich, der Stadt Halle (Saale) aufzugeben, alle in diesem Zusammenhang getroffenen Maßnahmen zu beenden.

Die Anordnung ist auch angemessen, da das öffentliche Interesse an der Beendigung eines wegen Verstoßes gegen das europarechtliche Beihilfeverbot nichtigen Vertrages das Interesse der Stadt Halle (Saale), an dem Vertrag festzuhalten, überwiegt. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass der Stadt Halle (Saale) aufgrund der Nichtigkeit der Verträge bei deren Beendigung keine Schadensersatzforderungen seitens der SHB GmbH und der SHB GmbH aufgrund der Nichtigkeit der Verträge bei deren Beendigung keine Schadensersatzforderungen seitens des HFC e. V. drohen. Zumindest ist zum derzeitigen Zeitpunkt nicht ersichtlich oder belegt, dass der Stadt Halle (Saale) durch die Beendigung der o. g. Verträge tatsächlich ein wirtschaftlicher Schaden entsteht oder Schadenersatzansprüche gegenüber Dritten erwachsen könnten.

Wegen der Nichtigkeit der o.g. Verträge hat eine zeitnahe Neuregelung zu erfolgen, die genaue Ausgestaltung der neuen Regelung bleibt jedoch der Stadt Halle (Saale) überlassen. Während der Dauer der Neuvergabe der Verträge durch Ausschreibung ist ein Festhalten an den bisherigen Vereinbarungen mit der SHB GmbH zur Gewährleistung des Geschäftsbetriebes des Stadions unumgänglich und daher hinnehmbar.

Das Interesse der Stadt Halle (Saale) an einem Festhalten an dem rechtswidrigen Zustand tritt hinter das öffentliche Interesse der Schaffung rechtmäßiger Zustände zurück. Dies gilt insbesondere angesichts dessen, dass mit der Fortführung der o. g. Verträge die Benachteiligung weiterer Marktteilnehmer indiziert ist und überdies der Haushalt der Stadt Halle (Saale) über Gebühr belastet wird. Auch im Hinblick auf die negative Vorbildwirkung sind die Verträge zu beenden, da sich andernfalls der derzeitige rechtswidrige Zustand auch im Bewusstsein der Öffentlichkeit manifestieren könnte. Da die Nachteile, die für die Stadt Halle (Saale) mit den aufgegebenen Maßnahmen verbunden sind, nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen, ist die Anordnungsverfügung folglich auch angemessen.

Ich habe mich daher unter pflichtgemäßer Ausübung des mir zustehenden Ermessens entschieden anzuordnen, die vergabe- und beihilfenrechtswidrig geschlossenen Verträge zwischen der Stadt Halle (Saale) und der SHB GmbH zu beenden und die der SHB GmbH übertragenen Aufgaben neu auszuschreiben oder eine Rekommunalisierung der an die SHB GmbH übertragenen Aufgaben mittels Rückkauf der privaten Gesellschafteranteile (Möglichkeit der Inhouse-Beauftragung) oder die Aufgabenerledigung durch die Stadt Halle (Saale) selbst vorzunehmen und unter Beachtung des EU-Beihilfenrechts einen rechtmäßigen Zustand hinsichtlich der Vertragsbeziehungen zwischen SHB GmbH und HFC e. V. herzustellen. Die Anordnungsverfügung ist angemessen, da Hinweise und Beratungen nicht zur Herstellung rechtskonformer Zustände führten.

Der Grundsatz des recht- und gesetzmäßigen Verwaltungshandelns lässt nicht zu, dass an den europarechtswidrigen Verträgen festgehalten wird.

4. Allgemeine Hinweise:

- Im Fall einer **Neuausschreibung** ist zunächst eine Aufgabenrückübertragung von der SHB GmbH an die Stadt Halle (Saale) erforderlich und beinhaltet ggf. eine Änderung des Gesellschaftsvertrages.

Gemäß § 53 Abs. 1 und 2 GmbHG bedarf der Beschluss der Abänderung des Gesellschaftsvertrags einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Die Stadt Halle (Saale) ist zwar Mehrheitsgesellschafter, jedoch nur zu 51 %. Ob die Stadt Halle (Saale) einen entsprechenden Einfluss auf die anderen Gesellschafter ausüben kann, wäre zu prüfen.

Bei einer Neuvergabe müssten zudem alle bestehenden Verträge zwischen der SHB GmbH und den Dienstleistern ruhen oder evtl. gekündigt werden. Dies gilt auch über die

bereits genannten Verträge hinaus. In Betracht kämen beispielsweise der Grundstücks- und Dachnutzungsvertrag zwischen der Stadt Halle (Saale), der SHB GmbH und der EVH GmbH, der gemäß Punkt 14 Abs. 3 jederzeit schuldbefreiend auf einen Dritten übertragen kann, der Geschäftsbesorgungsvertrag mit der Rauschenbach & Kollegen GmbH oder dem Cateringvertrag mit der Elysee Catering GmbH Halle. Etwaige Schadenersatzansprüche, resultierend aus der vorzeitigen Kündigung der Verträge, wären zu prüfen.

Im Rahmen einer Neuausschreibung der Aufgaben könnten der Zuschussvertrag und der Pachtvertrag Bestandteil der Ausschreibung werden, um eine EU-Beihilfenrelevanz zu neutralisieren (Ausschreibung nach dem geringsten Zuschussbedarf).

Alternativ käme für den Zuschussvertrag u. U. eine Freistellung gemäß der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (EU) Nr. 651/2014 in Betracht. Gemäß Art. 4 Abs. 1 bb der Verordnung darf der Schwellenwert für Betriebsbeihilfen für Sportinfrastrukturen 2 Mio. EUR pro Jahr und Infrastruktur nicht übersteigen. Die weiteren formalen und materiellen Voraussetzungen, insbesondere des Art. 55 der Verordnung, sind zu beachten. Sofern die Voraussetzungen der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung vorliegen, wären die gewährten Beihilfen von der Notifizierung freigestellt.

- Im Fall einer **Rekommunalisierung** müssten die privaten Gesellschafteranteile der SHB GmbH durch die Stadt Halle (Saale) zurückgekauft werden. Hier ist die Stadt Halle (Saale) gehalten, einen entsprechenden Einfluss auf die anderen Gesellschafter auszuüben.

Sofern keine privaten Anteilshalter an der Gesellschaft mehr beteiligt sind, kann die Stadt Halle (Saale) die Aufgaben „Inhouse“ an die SHB GmbH vergeben. Der Gesellschaftsvertrag bedürfte dann – zumindest hinsichtlich der übertragenen Aufgaben – keiner Anpassung. Bzgl. des Zuschussvertrages wird auf o.g. Möglichkeit der Freistellung gemäß der AGVO verwiesen.

Der Pachtvertrag müsste EU-beihilfenrechtlich gerechtfertigt werden. Bei Pacht- und Mietverträgen muss der marktübliche Miet- bzw. Pachtzins ermittelt und zugrunde gelegt werden, um eine unzulässige Beihilfe zu vermeiden. Denn eine wirtschaftliche Begünstigung kann lt. „Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand (97/C 209/03)“ dann vorliegen, wenn z.B. bei Grundstücksverkäufen der Verkaufswert unter dem Marktwert liegt. Die Kommission wendet die Mitteilung u.a. auch auf die Vermietung von Grundstücken und Gebäuden an.

Bzgl. der weiteren Dienstleistungsverträge wären keine Änderungen notwendig, da lediglich eine Änderung im Gesellschafterbestand des Auftraggebers vollzogen würde, die weder die Auftragnehmer noch den Inhalt der Verträge berühren würde (OLG Naumburg, Beschluss vom 29. April 2010, 1 Verg 2/10).

Darüber hinaus sollte die Möglichkeit der Aufgabenerledigung durch die Stadt selbst in Betracht gezogen werden.

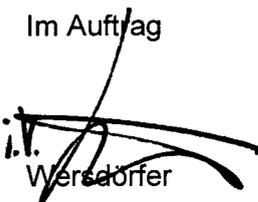
Die Ausschreibungsverpflichtung besteht nur, sofern die Stadt Halle (Saale) nicht beabsichtigt, die Aufgabe selbst oder mittels einer Rekommunalisierung der Aufgabe zu erledigen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 2 Abs. 2 VwKostG LSA.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Anordnung kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch beim Landesverwaltungsamt, Ernst-Kamieth-Straße 2, 06112 Halle (Saale) erhoben werden.

Im Auftrag


i.v.
Wersdörfer