

## STATUSBERICHT

ZUR EG-BEIHILFENRECHTLICHEN VEREINBARKEIT DER  
LEISTUNGEN DER STADT MAGDEBURG IM ZUSAMMENHANG MIT  
DEM BAU UND DEM BETRIEB DES ERNST-GRUBE-STADIONS

– JULI 2005 –

DR. KOCH, BEIGEORDNETER, LANDESHAUPTSTADT MAGDEBURG  
DR. SCHEIDEMANN, AMTSLEITER, LANDESHAUPTSTADT MAGDEBURG  
UNIV.-PROF. DR. IUR. CHRISTIAN KOENIG, RECHTSGUTACHTER

26. JULI 2005

## VORBEMERKUNG

Obwohl eine umfassende Würdigung des Sachverhalts bereits dem Rechtsgutachten vom 2. Dezember 2004 zugrunde liegt, wird in diesem Statusbericht noch einmal aktuell, bezogen auf den Juli 2005 und insbesondere den Landesrechnungshofbericht sowie die daraufhin mit Kommissionsmitarbeitern geführten informellen Telefonate, dargelegt, dass die garantiemäßige Beitrittsverpflichtung der Stadt Magdeburg Gegenstand eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens war und eindeutig dem „geringste öffentliche Kosten-Lösung“-Maßstab („Least-Cost“-Prinzip) entspricht. Das Rechtsgutachten vom 2. Dezember 2004 konzentrierte sich auf die Beantwortung der Fragestellung, ob der Baukonzessionär durch die überprüften Maßnahmen beihilfenrechtsrelevant begünstigt wird. Nunmehr wird im Prüfbericht des Landesrechnungshofs die abstrakte Frage aufgeworfen, ob auch die das Darlehen finanzierende Bank durch den Schuldbeitritt der Stadt Magdeburg begünstigt sein könnte. Diese Fragestellung war zwar nicht Gegenstand des Rechtsgutachtens; sie ist aber anhand der Dokumentation des Schuldbeitritts als „geringste öffentliche Kosten-Lösung“ mit den einschlägigen Daten sowie anhand der Dokumentation des dem Vergabeverfahren nachgelagerten Bankenwettbewerbs eindeutig zu verneinen.

## A. Sachverhalt

### I. Die Durchführung des Vergabeverfahrens durch die Stadt Magdeburg

Die Stadt Magdeburg plant den Abriss und Neubau des 1955 fertig gestellten Ernst-Grube-Stadions. Aus diesem Grund hat der Stadtrat der Stadt Magdeburg am 7. Februar 2002 den Entschluss gefasst (Beschluss Nr. 014-02/01), nach einer öffentlichen, europaweiten Vergabebekanntmachung (vorangehender öffentlicher Teilnahmewettbewerb) und anschließendem Verhandlungsverfahren einen Baukonzessionär zu gewinnen, der das Ernst-Grube-Stadion neu baut, es betreibt und unterhält sowie den alten Gebäudekomplex abreißt. Für dieses Projekt hat die Stadt in ihrer Haushaltsplanung einen maximalen Investitionskostenzuschuss von 14,8 Mio. € vorgesehen, der im Vergabeverfahren lediglich „nach unten“ hin verhandelbar war.

In den Ausschreibungsunterlagen, die vom Institut für Sportstättenberatung GmbH im Auftrag der Stadt Magdeburg angefertigt wurden, wird der Verfahrensgegenstand wie folgt umschrieben: *„Gegenstand des Verhandlungsverfahrens ist die Planung, der Bau, die Betreuung und Restfinanzierung des Ernst-Grube-Stadions mit maximal 25.000 Zuschauersitzplätzen bei Fußballnutzung, den entsprechenden Außenanlagen und den Komplementäreinrichtungen“*. Über die zusammenfassende Beschreibung des Vergabegegenstandes hinaus, geben die Unterlagen die grundlegenden Anforderungen an die Planung, die Komplementäreinrichtungen, die zu errichtenden Außenanlagen sowie an das Betreiber- und Finanzierungskonzept vor.

Das Stadion soll auf dem Gelände des bisherigen Stadions errichtet werden, welches 1955 mit einer Kapazität von 40.000 Zuschauern als nach damaligen internationalen Anforderungen länderspieltaugliche Sportanlage errichtet wurde. Durch mehrfache Erweiterungen und Neubauten wurde das Sportgelände stetig vergrößert und stellt heute die größte zusammenhängende Sportanlage Sachsen-Anhalts dar. Planungsziel ist es nunmehr, die Voraussetzungen für die Fortentwicklung der vorhandenen Sportstätte mit zentraler Bedeutung zu sichern. Dieses Ziel ist nach den Unterlagen nur durch einen Umbau mit Abbruch des alten Stadions zu erreichen. Das Stadion soll 25.000 Sitzplätze umfassen und im

Hinblick auf die bauliche Beschaffenheit und die Sicherheitsvorkehrungen länderspieltauglich sein.

Im Hinblick auf die Finanzierung verlangten die Ausschreibungsunterlagen zum einen eine Darstellung der Höhe des vom Konzessionär eingebrachten Eigenkapitals und zum anderen für das kalkulierte Fremdkapital entsprechende Finanzierungszusagen einer oder mehrerer Banken. Zudem sollte der Bieter darlegen, „in welcher Höhe der Konzessionär die in Aussicht gestellten öffentlichen Mittel in Anspruch nehmen wird“.

Am 12. Juni 2002 wurde die Vergabebekanntmachung abgesandt, am 19. Juni 2002 im Amtsblatt der EG veröffentlicht (2002, S. 117 091053). Bis zum Abgabetermin am 4. August 2002 meldeten sich vier Bewerber, denen am 3. September 2002 die Ausschreibungsunterlagen zur Vergabe einer Baukonzession im Verhandlungsverfahren zugesandt wurden. Zum Ablauf der Angebotsfrist am 4. November 2002 reichten alle vier Bewerber ein Angebot ein. Am 25. November 2002 wurde das Verhandlungsverfahren eröffnet. Sämtliche Bieter erklärten sich zum Bau des Stadions bereit. Neben einem Investitionskostenzuschuss sowie jährlichen Betriebskostenzuschüssen verlangten alle vier Unternehmen als Gegenleistung der Stadt eine Absicherung der Fremdfinanzierung.

Nach der Vorstellung der Angebote wurde einer der vier Bieter, das „Bauunternehmen Max Bögl“, vom weiteren Verfahren ausgeschlossen, da die eingereichten Unterlagen unvollständig waren und somit bereits den formalen Ausschreibungskriterien nicht genügten. In den folgenden Verhandlungsrunden wurde mit den verbliebenen drei Bietern verhandelt. Nachdem die „Bilfinger Berger AG“ ihr Angebot im Dezember 2003 zurücknahm, wurde zu Beginn des Jahres 2004 das Verhandlungsverfahren mit der „Hochtief Construction AG“ (im Folgenden: HTC-AG) und der „Bietergemeinschaft“ wieder aufgenommen. Nach sechs weiteren Verhandlungsrunden gaben beide Bieter am 1. April 2004 ihre letztverbindlichen Angebote sowie endverhandelte Verträge ab (Baukonzessionsvertrag, Betreibervertrag, Gesellschaftsverträge der Baukonzessionsgesellschaft und Komplementär-GmbH).

Die Bewertung der beiden Angebote durch die Stadt Magdeburg erfolgte nach den folgenden fünf Kriterien: Bauliches Angebot, Finanzierungskonzept, Betreiberkonzept, Baukonzessions- und Betreibervertrag sowie Gesellschaftsverträge. Während sich beim baulichen Angebot die Vor- und Nachteile beider Angebote ausglich, fiel die Bewertung der übrigen vier Kriterien zugunsten der HTC-AG aus. So sprach insbesondere der günstigere Gesamtpreis von 30,9 Mio. € für das Konzept der HTC-AG, da auf diese Weise die von der Stadt abzusichernde

Fremdfinanzierung deutlich geringer ausfiel als beim Angebot der Bietergemeinschaft. Auch die Ausgestaltung der von der Stadt zu stellenden Sicherheit war im Angebot der HTC-AG für die Stadt günstiger, da die von der HTC-AG geforderte garantiemäßige Beitrittsverpflichtung an den Darlehensvertrag gebunden war und eine Änderung des Darlehensvertrags zwischen der HTC-AG und der Bank der Zustimmung der Stadt bedurfte. Die Bietergemeinschaft hatte hingegen eine vom Darlehensvertrag rechtlich unabhängige Garantie für alle aus dem Darlehensvertrag resultierenden Forderungen der Bank verlangt. Zudem waren der Stadt nur Rahmenkonditionen bekannt, während ihr von der HTC-AG ein Entwurf des Darlehensvertrags vorlag.

Nachdem das Votum der mit der Sache befassten Ausschüsse insgesamt für das Angebot der HTC-AG ausgefallen war, wurde ein dahingehender Beschluss in den Stadtrat eingebracht und am 10. Juni 2004 mit 37 Ja-, 15 Neinstimmen und 3 Enthaltungen angenommen (Beschluss-Nr. 4056-86 (III)04).

Am 20. September 2004 wurden die geplante Beteiligung der Stadt an der zu gründenden Baukonzessiongesellschaft sowie die Übernahme der geforderten garantiemäßigen Beitrittsverpflichtung durch die Stadt vom Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt als zuständiger Aufsichtsbehörde mit bestimmten Nebenbestimmungen genehmigt. Daraufhin erfolgte am 29. Oktober 2004 unter Hinweis auf die von der Aufsichtsbehörde aufgestellten Nebenbestimmungen die Zuschlagserteilung an die HTC-AG.

## **II. Gesellschaftsstruktur**

Die Gesellschaftsstruktur ergibt sich aus den folgenden Verträgen:

- Gesellschaftsvertrag der Stadion Magdeburg GmbH & Co. KG
- Gesellschaftsvertrag der Stadion Magdeburg Verwaltungsgesellschaft mbH.

Diese Gesellschaftsstruktur lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Baukonzessionsnehmer soll die Stadion Magdeburg GmbH & Co. KG sein (im Folgenden: Konzessiongesellschaft oder Konzessionär). Persönlich haftender Gesellschafter ist die

Stadion Magdeburg Verwaltungsgesellschaft mbH (im Folgenden: Komplementär-GmbH). An dieser Komplementär-GmbH ist die Stadt mit einer Stammeinlage von 300 € beteiligt, die HTC-AG sowie die (allein von der HTC-AG vertretene) ABB Gebäudetechnik AG jeweils mit einer Stammeinlage von 12.350,- €. Die Komplementär-GmbH ist am Vermögen der Konzessionsgesellschaft nicht beteiligt und zu einer Kapitaleinlage weder berechtigt noch verpflichtet. Sie ist dazu berufen, bei der Konzessionsgesellschaft die Rechtsstellung einer persönlich haftenden Gesellschafterin einzunehmen und deren Geschäfte zu führen. Kommanditisten der Konzessionsgesellschaft sind die HTC-AG mit einer Kommanditeinlage in Höhe von 5000,- €, die ABB Gebäudetechnik AG mit einer Kommanditeinlage in Höhe von 5.000,- € und die Stadt mit einer Kommanditeinlage in Höhe von 100,- €. Der Kommanditist HTC-AG verpflichtet sich in § 2 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags, der Konzessionsgesellschaft im Falle eines Liquiditätsengpasses eine einmalige oder mehrmalige weitere Kommanditeinlage bis zur Höhe von insgesamt maximal 1.500.000,- € abzüglich der bereits gemäß des GmbH-Vertrages der Komplementär-GmbH dieser zur Verfügung gestellten Beträge zu leisten. Dieser Betrag kann nach Maßgabe der Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags der Konzessionsgesellschaft reduziert werden, wenn durch hinreichend gebildete Sicherheiten eine gleichwertige Maßnahme zur Besicherung der Gesellschaft besteht. Der Betrag von 1.500.000,- € bzw. der um die gebildete Sicherheit reduzierte Betrag ist mit Inkrafttreten des Gesellschaftsvertrags auf einem Treuhandkonto zu hinterlegen. Alternativ kann eine unwiderrufliche Bankbürgschaft eines anerkannten deutschen Kreditinstituts bei der Gesellschaft hinterlegt werden. Eine Nachschusspflicht der Stadt Magdeburg ist ausdrücklich ausgeschlossen. An einem Gewinn und Verlust der Konzessionsgesellschaft nehmen die Gesellschafter nicht im Verhältnis ihrer Festkapitalanteile teil. Vorrangig ist das eingebrachte Festkapital mit 4 % p.a. zu verzinsen. Darüber hinausgehende Gewinne werden der Stadt Magdeburg zu 70 % und den übrigen Gesellschaften zu je 15 % zugewiesen (§ 6 Gesellschaftsvertrag Konzessionsgesellschaft).

### **III. Leistungen der Stadt Magdeburg an die Stadion Magdeburg GmbH & Co. KG und deren Gegenleistungen**

Die Leistungsbeziehungen zwischen der Stadt und dem Konzessionär gestalten sich wie folgt:

# 1) Leistungen der Stadt Magdeburg aus dem Baukonzessionsvertrag

## a) Nutzungsüberlassung, Investitions- und Betriebskostenzuschuss, Baugenehmigungsgebühren

§ 1 des Baukonzessionsvertrags führt als Leistungen der Stadt „das Recht auf Nutzung des Stadions zuzüglich der Zahlung eines Preises von 14,8 Mio. € zuzüglich Mehrwertsteuer und eines jährlichen Betriebskostenzuschusses“ an. Die Laufzeit des Vertrags und damit der Zeitraum der Nutzungsüberlassung beginnt mit Abschluss der Verträge und endet 30 Jahre nach Inbetriebnahme des neu errichteten Stadions. Die Nutzungsüberlassung von Stadion und Konzessionsgebiet erfolgt im Rahmen des vereinbarten Nutzungs- und Betreiberkonzepts.<sup>1</sup>

Zusätzlich zu dem einmaligen Investitionskostenzuschuss erhält der Baukonzessionsnehmer einen jährlichen Betriebskostenzuschuss in Höhe von 360.000,- € zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer. Die Höhe des Zuschusses orientiert sich damit an den Aufwendungen, die die Stadt bereits in den letzten Jahren für Betrieb und Instandhaltung des Stadions verwendet hat. Die Höhe des Zuschusses bleibt – gerechnet ab Inbetriebnahme des Stadions – fünf Jahre lang unverändert. Danach werden sich die Parteien über eine Anpassung/Indexierung verständigen. Eine Erhöhung ist jedoch erst nach Zustimmung der zuständigen Aufsichtsbehörde der Stadt wirksam (§ 7.3 Baukonzessionsvertrag). Schließlich verpflichtet sich die Stadt, dem Baukonzessionär die Baugenehmigungsgebühren bis auf einen Eigenanteil von 50 %, der höchstens 180.000,- € beträgt, zu erstatten (§ 4.1.2 (1) Baukonzessionsvertrag).

## b) Garantiemäßige Beitrittsverpflichtung

In § 4.3 Abs. 1 des Baukonzessionsvertrags verpflichtet sich die Stadt Magdeburg „zur Ermöglichung der Fremdfinanzierung gegenüber der HSH Nordbank AG eine auf den Darlehensvertrag (Anlage 15) bezogene garantiemäßige Beitrittsverpflichtung gemäß der Anlage 16 abzugeben.“ Der Darlehensvertrag sieht die Gewährung eines Kredits in Höhe von 16.100.000,- € bzw. 15.200.000,- € ab Langfristfinanzierung vor. Zur Absicherung dieses Kredits soll der Bank die garantiemäßige Darlehensbeitrittsverpflichtung der Stadt Magdeburg bestellt werden. Die Verpflichtung sieht vor, dass die Stadt dem Darlehensvertrag

<sup>1</sup> Zu diesem Konzept ausführlich unter 2.

auf Seiten des Baukonzessionärs als Gesamtschuldner beitrtritt, sofern die Bank berechtigt ist, „den Darlehensvertrag aus Gründen, die der Baukonzessionär zu vertreten hat, außerordentlich zu kündigen, insbesondere der Baukonzessionär ihren Zahlungspflichten aus dem vorgenannten Darlehensvertrag nicht nachkommt.“ (Abschnitt 1 der Beitrittsverpflichtung). Die Haftung umfasst sämtliche Verpflichtungen des Darlehensnehmers/Baukonzessionärs unter dem Darlehensvertrag. Für diese Forderungen haftet die Stadt im Fall des Schuldbeitritts mit ihrem gesamten Vermögen (Abschnitt 3 der Beitrittsverpflichtung). Die Verpflichtung der Stadt besteht auch dann, wenn der ursprüngliche Darlehensvertrag nachträglich geändert oder ergänzt wurde. Änderungen oder Ergänzungen sind allerdings nur mit Zustimmung der Stadt wirksam (Abschnitt 4 der Beitrittsverpflichtung). Für den Fall der Inanspruchnahme aus der garantiemäßigen Beitrittsverpflichtung räumt der Baukonzessionsvertrag der Stadt Magdeburg das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Baukonzessionsvertrags ein (§ 8.2 (6) Baukonzessionsvertrag).

## **2) Gegenleistungen der Stadion Magdeburg GmbH & Co. KG aufgrund des Baukonzessions- sowie des Betreibervertrags**

Die Gegenleistungen des Baukonzessionärs sind in § 1 des Baukonzessionsvertrags zusammengefasst aufgeführt. Danach beauftragt die Stadt den Baukonzessionär „mit dem Abriss des alten Ernst-Grube-Stadions sowie mit Planung, Neubau, Betrieb, Unterhaltung und Finanzierung eines neuen, insbesondere für Fußball-Länderspiele geeigneten Stadions sowie der entsprechenden Außenanlagen und Komplementäreinrichtungen.“ Der vom Baukonzessionär drittzufinanzierende Kostenanteil beträgt 16,1 Mio. €. Ab Inbetriebnahme des Stadions verringert sich der Finanzierungsbetrag um rund 1 Mio. €. Als Sicherheit für die Erfüllung der Bauleistungsverpflichtungen hat der Baukonzessionär eine unbedingte und unbefristete selbstschuldnerische Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 5 % der voraussichtlichen Brutto-Bausumme zu erbringen (§ 10.3 (1) Baukonzessionsvertrag). Zu den Gegenleistungen zählen ferner die in § 4 des Baukonzessionsvertrags sowie § 2 des Betreibervertrags im Einzelnen festgeschriebenen Pflichten.

Die Rechtsbeziehungen zwischen Stadt und Baukonzessionär betreffend den Stadionbetrieb sind im Betreibervertrag geregelt. Danach wird sich der Baukonzessionär zur Wahrnehmung seiner Pflichten einer Betreibergesellschaft bedienen.

Die Verwirklichung des Projekts ist zwischenzeitlich in Gang gesetzt worden. Dem Baukonzessionär soll in Kürze das für das Fortschreiten des Baus erforderliche Darlehen ausgezahlt werden.

Tabellarisch und vereinfacht lassen sich die relevanten Leistungen und Gegenleistungen wie folgt darstellen:

#### Übersicht der Leistungen und Gegenleistungen

| Leistungen der Stadt                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Gegenleistungen des Konzessionärs                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nutzungsüberlassung des Konzessionsgebiets, einschließlich des Stadions</li> <li>• Zahlung von 14,8 Mio. € (netto)</li> <li>• Jährlicher Betriebskostenzuschuss in Höhe von 360.000 € (netto)</li> <li>• Erstattung der Baugenehmigungsgebühren mit Ausnahme eines Eigenanteils des Baukonzessionärs in Höhe von 50 %, der höchstens 180.000 € beträgt</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Abriss des alten Stadions</li> <li>• Planung, Neubau eines Stadions, einschließlich innerer und äußerer Erschließung</li> <li>• Betrieb des Stadions</li> <li>• Einräumung von Nutzungs- und Nutzungsbenennungsrechten an die Stadt</li> <li>• Kostenfreie Rückübertragung des Konzessionsgebiets, einschließlich des Stadions und einschließlich aller Urheber- und Nutzungsrechte</li> </ul> |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Abgabe einer garantiemäßigen Beitrittsverpflichtung gegenüber der HSH Nordbank AG zur Absicherung eines vom Baukonzessionär aufzunehmenden Darlehens in Höhe von 16,1 Mio. € (Finanzierungsbetrag wird nach Inbetriebnahme verringert)</li> </ul>                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |

#### IV. Der Bericht des Landesrechnungshofs

Im Hinblick auf die garantiemäßige Beitrittsverpflichtung der Stadt Magdeburg zum Darlehensvertrag hat der Landesrechnungshof Sachsen-Anhalt nach Beginn der Projektrealisierung nunmehr Bedenken angemeldet. Zum einen äußert er Zweifel an der Diskriminierungsfreiheit des Vergabeverfahrens: In einem ersten Berichtsentwurf führte er zunächst aus, es sei nicht für alle Teilnehmer oder potenziellen Teilnehmer am Vergabeverfahren ersichtlich gewesen, dass die Landeshauptstadt Magdeburg eine derartige Sicherheit als Vergünstigung gewähren werde. In seinem endgültigen Bericht beschränkt er sich darauf, zu beanstanden, dass die Möglichkeit der Beitrittserklärung der Stadt nicht Gegenstand der öffentlichen Bekanntmachung gewesen sei. Zum anderen ist vom Landesrechnungshof Sachsen-Anhalt die Frage formuliert worden, ob eine beihilfenrechtsrelevante Begünstigung der betroffenen Bank gegeben sein könnte.

Der Landesrechnungshof führt aus, dass angesichts der von ihm geäußerten Zweifel die in Rede stehende Maßnahme bei der Kommission notifiziert werden müsste.

Diese Schlussfolgerung unterliegt indes einem Subsumtionsfehler. Der Landesrechnungshof stellt in seinem Bericht – abstrakt betrachtet zutreffende – Obersätze auf, die auf die von ihm angeregte Notifizierung hinzielen sollen, ohne dabei jedoch den konkreten Sachverhalt unter den Beihilfentatbestand und diese (abstrakten) Obersätze zu subsumieren. Insbesondere bedarf es einer Subsumtion des Sachverhaltes unter die Vorgaben der Kommission zu multifunktionalen Sport- und Veranstaltungsarenen, wie sie beispielsweise im Zusammenhang mit dem Stadion Hannover in einem Schreiben an das niedersächsische Wirtschaftsministerium zusammengefasst wurden. Diese Vorgaben sind von den zuständigen Mitarbeitern der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission, den Herren Santamato und Westerhof, außerdem in einem Aufsatz in der EuZW 2003, S. 645 ff. kommentiert worden. Auf diese Grundsätze nimmt die Kommission weiterhin Bezug (erneut ausdrücklich in einem informellen Telefongespräch zwischen Herrn Santamato und Herrn Professor Koenig am 15. Juli 2005, in dem Herr Santamato explizit darauf hinwies, dass die Kommission im Hinblick auf multifunktionale Stadien gegenwärtig nicht einmal mehr Prä-Notifizierungsgespräche führe, solange die erstmals im Zusammenhang mit dem Stadion Hannover formulierten

Vorgaben erfüllt seien<sup>2</sup>). Danach muss<sup>1</sup> zum einen „der Zuschuss von der Annahme von Betriebsanforderungen abhängig gemacht werden, die die Natur des Stadions als verschiedenen Nutzern und Aktivitäten offen stehende Einrichtung wahrt.“ Zum anderen „sollte nachgewiesen werden, dass die finanzielle öffentliche Unterstützung das für die Durchführung des Projekts notwendige Minimum darstellt.“ Diese zweite Vorgabe soll – im Sinne eines Überkompensationsverbots – gewährleisten, „dass der Betreiber des Stadions keinen höheren Betrag erhält als eine normale Marktrendite für seine Tätigkeit.“ Diese Grundsätze sind im Rechtsgutachten vom 2. Dezember 2004 ausdrücklich zugrunde gelegt worden, während der Landesrechnungshof mit keinem Wort darauf eingeht. Auch fehlt es im Bericht des Landesrechnungshofs an jedweder Prüfung und Bewertung des konkreten, einzelfallbezogenen Sachverhaltes, insbesondere der wettbewerblichen Daten des vorgelagerten Bieterwettbewerbs und des nachgelagerten Bankenwettbewerbs, auf dessen Grundlage die von der Kommission zugrunde gelegte „Least-Cost“-Voraussetzung erfüllt wird. Benchmark-Daten werden ebenfalls nicht verwandt. Der Landesrechnungshof setzt sich überhaupt nicht mit dem „Least-Cost“-Prinzip auseinander. Schließlich legt der Landesrechnungshof objektiv falsche Tatsachen zugrunde, wenn er auf S. 16 seines Berichts davon ausgeht, es sei der „Bau und Betrieb eines reinen Fußballstadions“ zu bewerten. Wie aus den Vergabeunterlagen der Stadt sowie insbesondere dem Baukonzessions- und dem Betreibervertrag hervorgeht, zählen zur Betreibung des Stadions u.a. sportliche, nichtsportliche und die im Nutzungskonzept beispielhaft aufgeführten Veranstaltungen und Nutzungen. Dazu gehören in erster Linie Fußballspiele, ferner verschiedene Veranstaltungen der Stadt Magdeburg sowie nichtsportliche Veranstaltungen aus Kultur und Unterhaltung wie z.B. Musikveranstaltungen, Kirchentage etc. Zudem sollen nach dem Nutzungskonzept mehrere Büros fremd vermietet werden. Der Landesrechnungshof geht hier also von einer unzutreffenden Sachverhaltsgrundlage aus und legt diese seiner Rechtsauffassung zugrunde. Dagegen werden im Rechtsgutachten die Tatsachen zugrunde gelegt und im Hinblick auf die maßgeblichen Vorgaben der Kommission bewertet. Um im Zusammenhang mit diesen Vorgaben im konkreten Fall letzte etwaige Risiken auszuschließen, wurden von der Stadt Magdeburg im Baukonzessionsvertrag bzw. im Betreibervertrag Formulierungen

<sup>2</sup> Konkret erläuterte Herr Santamato, dass die öffentliche Förderung von (multifunktionalen) Fußball- und Sportstadien nicht auf der vordringlichen Kontrollagenda der Kommission stehe. Er begründete dies mit dem Hinweis, dass eine beihilfenrechtskonforme Finanzierungsstruktur aufgrund der deutlichen Hinweise der Kommission in der jüngeren Vergangenheit, wie insbesondere im Falle der Förderung des Fußballstadions in Hannover in einem Schreiben der Kommission an das niedersächsische Wirtschaftsministerium dargelegt, von den zuständigen Behörden der Stadt Magdeburg sowie dem Landeswirtschaftsministerium selbst beurteilt werden könne.

aufgenommen, die ausdrücklich die vorgesehene diskriminierungsfreie Bereitstellung und Nutzung einer Sport- und Veranstaltungsinfrastruktur zu marktangemessenen Preisen vorschreiben (§ 1 Baukonzessionsvertrag; § 4 (1), (3) Betreibervertrag).

Ungeachtet der dem Landesrechnungshof unterlaufenen Subsumtionsfehler sollen dessen abstrakte Obersätze – unter Einbeziehung und Subsumtion der konkreten Umstände des Einzelfalles, insbesondere der wettbewerblichen Daten des vorgelagerten Bieterwettbewerbs und des nachgelagerten Bankenwettbewerbs – in diesem Statusbericht Juli 2005 noch einmal abschließend gewürdigt werden.

## **B. Ausschluss der Beihilfenrelevanz**

### **I. Ausschluss einer EG-beihilfenrechtsrelevanten Begünstigung durch die garantiemäßige Beitrittsverpflichtung der Stadt Magdeburg zum Darlehensvertrag durch die Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens**

Die garantiemäßige Beitrittsverpflichtung begründet keine beihilfenrechtliche Begünstigung, da sie Gegenstand eines diskriminierungsfreien, offenen und transparenten Vergabeverfahrens nach Maßgabe der relevanten EG-rechtlichen Vorgaben war.

Das vorliegend durchgeführte Vergabeverfahren hat den beihilfenrechtlichen Anforderungen umfänglich Rechnung getragen. Es wurden keine Bieter oder potenziellen Bieter diskriminiert. Die öffentliche Bekanntmachung im Amtsblatt der EU sowie die in den Ausschreibungsunterlagen formulierten Bewerbungsbedingungen enthalten keine Diskriminierungen. Die Zuschlagserteilung erfolgte diskriminierungsfrei im Anschluss an eine detaillierte und gründliche Auswertung der Angebote anhand objektiver Kriterien.

#### **1) Die Diskriminierungsfreiheit des Vergabeverfahrens im Hinblick auf die Bieter im Vergabeverfahren**

In der Entscheidung der Kommission vom 2.10.2002, Beihilfe No N 264/2002, *London Underground*, untersuchte die Kommission eine potenzielle Diskriminierung einzelner Bieter im Zusammenhang mit der Ausschreibung eines – im Rahmen einer Public Private Partnership zu verwirklichenden – Infrastrukturprojekts. Konkret prüfte sie, ob in nachträglichen Angebots- bzw. Verhandlungsänderungen eine Diskriminierung geschehen werden konnte. Änderungen und Modifizierungen erfolgten im Anschluss an eine „preferred-bidder“-Auswahl.

Die Kommission geht nicht davon aus, dass nachträgliche Änderungen des Vergabegegenstandes zwangsläufig zur Bejahung einer Diskriminierung führen. In der

Entscheidung hat sie vielmehr eine Vielzahl von nachträglichen, erheblich preisrelevanten Änderungen (vgl. Ziff. 69 der Entscheidung) als beihilfenrechtskonform erachtet.

Das Ausschreibungsverfahren soll einen Markt um die Bewertung einer bestimmten Leistung schaffen. Dieser wird verzerrt, wenn durch diskriminierende Bedingungen bestimmte Bieter nicht zu diesem Markt zugelassen werden, so dass das Verfahren dann nicht mehr die Angemessenheit der Austauschverhältnisse gewährleistet. Ganz allgemein verhält sich der Auftraggeber daher diskriminierend, wenn er einzelnen Unternehmen Informationsvorsprünge gewährt.<sup>3</sup> Demgegenüber kommt eine Diskriminierung nicht in Betracht, wenn, wie die Kommission in der Entscheidung *London Underground* ausführt, die Möglichkeit nachträglicher Änderungen oder neuer Elemente allen Bietern zuvor bekannt war und diese Modifikationen auf objektive Art und Weise in die Verhandlungen aufgenommen wurden. So bestimmt Ziff. 86: *"It now needs to be assessed whether the modifications of contract terms after the selection of the preferred bidders would have caused discrimination or unequal treatment. (...) The Commission notes that the principle of changes being made was known to all tenderers in advance and considers that the introduction of changes was operated in an objective way. Thus, such modifications cannot be considered to automatically constitute a form of discrimination even where they are introduced after appointment of the preferred bidders."* Ferner dürfen die Änderungen des Verhandlungsgegenstandes sowie die Umstände, die zu den Änderungen geführt haben, nicht dazu führen, dass, wären sie von Anfang an den (potenziellen) Bietern bekannt gewesen, andere Bieter in der Sache verhandelt hätten (Ziff. 88 f. der Entscheidung). In Ziff. 88 wird ausgeführt: *"After examination, the Commission considers that this point is further reinforced by the fact that many of the changes to the contracts made after the selection of preferred bidders derive from affordability constraints, shadow running, the development of an improved understanding of London Underground's own requirements, the passage of time, and changes in circumstances (...) – all factors which would have had an impact not only on the bids of the preferred bidders, but also on the bids of the non-preferred bidders if those bids had remained in the competition."*

Wie in der Entscheidung *London Underground* geht es auch im vorliegenden Fall um die Untersuchung einer potenziellen Diskriminierung einzelner Bieter im Zusammenhang mit der

<sup>3</sup> Klassische Diskriminierungsfälle sind die verdeckte bewerberbezogene Ausschreibung, bei der eine Auftragsvergabe ganz bewusst auf ein bestimmtes Unternehmen hin konfiguriert wird, sowie Insidergeschäfte, bei denen bestimmte Bewerber angesichts vorangegangener Bezüge zum Ausschreibungsobjekt Wettbewerbsvorteile erlangen.

Ausschreibung eines Infrastrukturprojekts, das im Rahmen einer Public Private Partnership verwirklicht wird. Gleichmaßen stellt sich die Frage, ob in einer Angebotsänderung während des Vergabeverfahrens eine Diskriminierung zu sehen ist. Anders als im Fall *London Underground* wurde die hier streitige Modifikation jedoch nicht erst nach der Auswahl eines oder mehrerer „preferred bidder“ vorgenommen. Sie wurde vielmehr von Anfang an in die Verhandlungen einbezogen, nachdem sämtliche Bieter in ihren Angeboten eine Fremdkapitalabsicherung durch die Stadt verlangt hatten.

Im vorliegenden Fall sind sämtliche Voraussetzungen, die die Kommission an die Diskriminierungsfreiheit bezogen auf nachträgliche Verhandlungsgegenstände stellt, erfüllt. Sämtliche Angebote für den Bau des Ernst-Grube-Stadions enthielten die Forderung nach einer Absicherung des Fremdkapitals durch die Stadt als Gegenleistungskomponente im Rahmen des verhandelbaren Finanzierungskonzepts. So verlangten alle Bieter von Anfang an eine Sicherheit durch die Stadt. Der Garantiebeitritt wurde daraufhin, also mit Kenntnis und konkret sogar *auf Initiative* sämtlicher Bieter, in das Verfahren als Verhandlungsgegenstand eingeführt. Der Umfang der Absicherung und die genaue Ausgestaltung wurden damit Teil der Verhandlungen um die Gegenleistung der Stadt. Entsprechend war die Ausgestaltung der Sicherheit sodann auch konkreter Verhandlungsgegenstand. Die letztlich in den Vertrag aufgenommene garantiemäßige Beitrittsverpflichtung wurde somit auf objektive Weise in die Preisverhandlungen einbezogen und sodann im Wettbewerb verhandelt und ermittelt.

Befindet die Kommission (sogar) eine Vielzahl (finanzierungs- und preisbezogener) Änderungen für zulässig, die im Anschluss an die Auswahl so genannter preferred bidder verhandelt wurden, so gilt dies erst recht für die vorliegende Fallkonstellation. Hier wurde zum Zeitpunkt der relevanten Verhandlungen keine „preferred bidder“-Lösung zugrunde gelegt; alle Bieter wussten von Anfang an über die zu verhandelnde Möglichkeit einer Garantie durch die Stadt Bescheid. Konkret wurde die Einbeziehung dieser zusätzlichen Gegenleistungskomponente sogar von den sämtlichen Bietern selbst veranlasst. Im vorliegenden Fall ist eine Diskriminierung damit ausgeschlossen: Die eine Diskriminierungsfreiheit gewährleistenden Umstände erfüllen die Anforderungen, die die Kommission in der Entscheidung „*London Underground*“ aufgestellt hat, sogar überobligatorisch.

2) Die Diskriminierungsfreiheit des Vergabeverfahrens im Hinblick auf sonstige potenzielle Bieter

Auch eine Diskriminierung *potenzieller* Bieter kommt vorliegend nicht in Betracht. Zu keiner Zeit bestand die Gefahr, dass Angebote (potenzieller) konkurrierender Bieter anders ausgefallen wären, wenn die Möglichkeit der Fremdkapitalabsicherung durch die Stadt früher bekannt gegeben worden wäre.

Soweit im vorliegenden Fall vom Landesrechnungshof eine Diskriminierung schon darin gesehen wird, dass die garantiemäßige Beitrittsverpflichtung nicht von Anfang an Gegenstand der öffentlichen Bekanntmachung bzw. der den Interessenten zugesandten Ausschreibungsunterlagen war, kann dem nach der Entscheidungspraxis der Kommission nicht gefolgt werden. Denn dies würde bedeuten, dass jede nachträgliche Modifikation oder Ergänzung des Verhandlungsgegenstandes diskriminierend wäre. Die Flexibilität und die Offenheit für Modifikationen und Ergänzungen sind aber gerade die Kennzeichen eines Verhandlungsverfahrens. Darauf weist die Kommission u.a. in der Entscheidung *London Underground* (Ziff. 86 ff.) ausdrücklich hin. Die Kommission stellt in dieser Entscheidung fest, dass die dort vorgenommenen Änderungen zunächst nicht bekannt gemacht worden waren (konkret erfolgten sie erst nach der Auswahl mehrerer „preferred bidder“). Für die Erfüllung des Diskriminierungsverbots und des Transparenzgebots reiche es jedoch aus, dass die beabsichtigten Verträge ordnungsgemäß im Amtsblatt der EU veröffentlicht und jedwede Modifikationen und neuen Elemente auf objektive Weise in die Verhandlungen eingebracht wurden (Ziff. 84). Einschränkend verlangt die Kommission, – wie unter 1) bereits dargelegt – dass die Möglichkeit solcher Änderungen und Modifikationen den Bietern und potenziellen Bietern bekannt sein muss und diese Änderungen und Modifikationen auf objektive Art und Weise in das Verfahren aufgenommen werden müssen. Kriterium ist ferner, dass eine Änderung des Verhandlungsgegenstandes nicht so gravierend sein darf, dass, wäre sie von Anfang an den (potenziellen) Bietern bekannt gewesen, andere Bieter in der Sache verhandelt hätten (Ziff. 84, 87 ff. der Entscheidung).

Im vorliegenden Fall wurde ein Vergabeverfahren in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorangehendem öffentlichen Teilnahmewettbewerb durchgeführt und entsprechend bekannt gemacht. Jeder potenzielle Bieter wusste also, dass im Zuge der Verhandlungen Änderungen, Ergänzungen und Modifikationen zum Gegenstand der Verhandlungen gemacht werden würden. Denn diese Option kennzeichnet gerade das Verhandlungsverfahren. Im Anschluss an die öffentliche Bekanntmachung gingen also zunächst alle potenziellen Wettbewerber von einer identischen Situation aus und konnten auf dieser Grundlage ihr Interesse bekunden und Angebote abgeben. Jedem potenziellen Bieter stand es dabei auch gleichermaßen frei, eine garantiemäßige Beitrittsverpflichtung oder sonstige Forderungen zum Gegenstand ihres Angebots zu machen und in die Verhandlungen einzubeziehen. Diese Möglichkeit wurde von allen vier Bietern, die Interesse an dem Projekt bekundet hatten, genutzt. Dieser Umstand verdeutlicht, dass eine zusätzliche Sicherheit der Stadt auch keineswegs geeignet war, die Struktur des beabsichtigten Projekts und dessen Verwirklichung oder die beabsichtigten Verträge zu ändern. Die Kommission führt in ihrer Entscheidung *London Underground* dazu aus:

*Ziff. 89: "Moreover, the Commission considers that the modifications after the selection of the bidders are of a degree which is acceptable under EC legislation, and that they are not so substantial, individually or collectively, as to be likely to have attracted prospective tenderers which did not consider tendering following publication of the original OJEC Notices. The Commission considers that in a complex and innovative infrastructure contract of this type, using the negotiated procedure under Directive 93/38/EEC, it was reasonable for the UK authorities to conclude that negotiation with single preferred bidders was an unavoidable part of the process of finalising a market price for the contracts."*

Vorliegend gingen zum einen sämtliche Bieter von der Möglichkeit einer Sicherheit durch die Stadt aus. Darüber hinaus verlangten auch sämtliche Bieter eine solche Sicherheit. Hierbei handelte es sich nicht um eine potenzielle Änderung oder Umgestaltung des Auftragsgegenstandes oder der beabsichtigten Projektrealisierung – alle Bieter waren bereit, den Auftrag in seiner ausgeschriebenen Struktur und nach seinem ausgeschriebenen Inhalt anzunehmen und durchzuführen – sondern lediglich um eine zusätzlich in die Verhandlungen eingebrachte Verhandlungskomponente im Rahmen des verhandelbaren Finanzierungskonzepts. Dieselben Bieter, die sich für das Projekt interessierten, brachten selbstinitiativ die Sicherheit als eine zu verhandelnde Entgeltkomponente bei der Festlegung

der Leistungen der Stadt in die Verhandlungen ein. Auch auf dieser Ebene sind die Vorgaben der Kommission zum Diskriminierungsverbot somit überobligatorisch erfüllt.

Darüber hinaus hat die Einbeziehung des Garantieverlangens in das Verhandlungsverfahren durch alle Bieter zugunsten der Stadt Magdeburg zu einem Wettbewerb um die geringstmöglichen Kosten für den öffentlichen Haushalt geführt. Denn die wettbewerblichen Verhandlungen um den Garantiefumfang ermöglichen die wirtschaftliche Justierung zwischen dem geringstmöglichen Baukostenzuschuss einerseits und den geringstmöglichen Refinanzierungskosten aufgrund der Darlehensaufnahme andererseits. Ohne eine wettbewerblich verhandelte Garantie der Stadt Magdeburg hätten die Bieter erheblich höhere Refinanzierungskosten auf die Stadt abwälzen müssen.

## **II. Ausschluss einer EG-beihilfenrechtsrelevanten Begünstigung der Bank im Hinblick auf die garantiemäßige Beitrittsverpflichtung der Stadt Magdeburg zum Darlehensvertrag nach Maßgabe des „Least-Cost“-Prinzips**

Die Kommission erachtet solche Finanzierungsstrukturen für beihilfenrechtskonform, die nach Maßgabe ihrer Vorgaben in einem Schreiben an das niedersächsische Wirtschaftsministerium<sup>4</sup> ausgestaltet sind. Darin stellt die Kommission folgende Anforderungen: Zum einen muss „der Zuschuss von der Annahme von Betriebsanforderungen abhängig gemacht werden, die die Natur des Stadions als verschiedenen Nutzern und Aktivitäten offen stehende Einrichtung wahrt.“ Zum anderen „sollte nachgewiesen werden, dass die finanzielle öffentliche Unterstützung das für die Durchführung des Projekts notwendige Minimum darstellt.“ Diese zweite Vorgabe soll – im Sinne eines Überkompensationsverbots – gewährleisten, „dass der Betreiber des Stadions keinen höheren Betrag erhält als eine normale Marktrendite für seine Tätigkeit.“ Diese Vorgaben sind von der Kommission mehrfach bestätigt worden<sup>5</sup> – zuletzt in einem informellen Telefongespräch zwischen Herrn Santamato und Herrn Professor Dr. Koenig am

<sup>4</sup> Unveröffentlichtes Schreiben der Kommission an das niedersächsische Wirtschaftsministerium zu Händen Frau Dr. Knorre, COMP-2002-00757-00-00-DE-TRA-00 (EN) CS.

<sup>5</sup> Vgl. z.B. auch im Aufsatz von Santamato/Westerhof, EuZW 2003, 645 ff.

15. Juli 2005. In diesem Telefongespräch betonte Herr Santamato zudem, dass eine kommunale Garantie beihilfenrechtlich als Entgeltkomponente wie jede andere preisrelevante Maßnahme im Lichte der besonderen Umstände des Einzelfalles mit Blick auf die „geringste öffentliche Kosten-Lösung“ („Least-Cost“-Prinzip) beurteilt werden müsse und dass keine starren und abstrakten Maßstäbe ausschlaggebend sein könnten. Dem entspricht es, dass auch nach Maßgabe der Bürgschaftsmitteilung (vgl. z.B. Ziff. 4.4.) eine Einzelfallbetrachtung des konkreten Falles vorzunehmen ist. Die Vorgaben der Bürgschaftsmitteilung der Kommission sind vorliegend im Lichte der Durchführung des offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens in seinem konkreten Wettbewerbsverlauf zu betrachten.

Eine Beihilfenrelevanz der garantiemäßigen Beitrittserklärung der Stadt Magdeburg scheidet nach Maßgabe der Vorgaben der Kommission aus. Dies gilt sowohl im Hinblick auf den Konzessionär als auch im Hinblick auf die beteiligte Bank, die HSH Nordbank AG.

**1) Ausschluss der Begünstigung durch die Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens**

Vorliegend wurde die Garantie der Stadt als eine von allen Bietern geforderte Entgeltkomponente zum Gegenstand eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens gemacht, anstatt alternativ auf dem „freien Sicherheitenmarkt“, z.B. in Form einer selbstschuldnerischen Bürgschaft, von einer Großbank eingekauft zu werden.<sup>6</sup> In der Entscheidung *London Underground* führt die Kommission aus: „*In particular, the Commission considers that when these types of infrastructure arrangements are concluded after the observance of an open, transparent and non-discriminatory procedure, it is, in principle, presumed that the level of any public sector support can be regarded as representing the market price for the execution of a project. This conclusion should lead to the assumption that, in principle, no State aid is involved*“ (Ziff. 79). Im Kontext der Entscheidung *London Underground* scheidet eine beihilfenrechtliche Relevanz der Garantie danach zum einen schon aufgrund der Tatsache aus, dass sie im Rahmen des offenen,

<sup>6</sup> Dazu im Einzelnen unten 2).

transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens zum Vertragsgegenstand und damit in dem verhandelten Umfang zum Bestandteil des für die Stadt wirtschaftlichsten Angebotes gemacht wurde. So gewährleistete die HTC-AG den gegenüber den anderen verbliebenen Bietern günstigeren Gesamtpreis von 30,9 Mio. €, womit die von der Stadt abzusichernde Fremdfinanzierung deutlich geringer ausfiel als beim Angebot der Bietergemeinschaft. Auch die Ausgestaltung der von der Stadt zu stellenden Sicherheit war im Angebot der HTC-AG für die Stadt günstiger, da die von der HTC-AG geforderte garantiemäßige Beitrittsverpflichtung an den Darlehensvertrag gebunden war und eine Änderung des Darlehensvertrags zwischen der HTC-AG und der Bank der Zustimmung der Stadt bedurfte. Die konkurrierenden Bieter hatten hingegen eine vom Darlehensvertrag rechtlich unabhängige Garantie für alle aus dem Darlehensvertrag resultierenden Forderungen der Bank verlangt. Das so ermittelte wirtschaftlichste Angebot schließt die Bank als Vertragspartnerin ein, ohne sie zu begünstigen. Diese fungiert vielmehr als (Mit-)Ausführende des zwischen der öffentlichen Hand und dem Baukonzessionär im Wege eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens ermittelten wirtschaftlichsten Angebotes. Die geplante Garantie stellt somit schon vor diesem Hintergrund keine Beihilfe dar.

## **2) Ausschluss der Begünstigung durch nachgelagerten Bankenwettbewerb**

Eine beihilfenrechtsrelevante Begünstigung der Bank scheidet darüber hinaus auch deshalb aus, da die Bank in Erfüllung des „Least-Cost“-Grundsatzes im Wege eines – dem Vergabeverfahren nachgelagerten – Bankenwettbewerbs ausgewählt wurde. Der mit der Bank vereinbarte Schuldbeitritt der Stadt Magdeburg stellt die wirtschaftlichste Lösung („Least-Cost“-Lösung) für die öffentliche Hand dar.

Um im Anschluss an das offene, transparente und diskriminierungsfreie Vergabeverfahren das Projekt unter den verhandelten Bedingungen realisieren zu können, musste die HTC-AG als ausgewählter Bieter mit verschiedenen Banken verhandeln. Der (vorgelagerte) Bieterwettbewerb hat den (nachgelagerten) Bankenwettbewerb induziert. Entsprechend hat ein Bankenwettbewerb auch faktisch stattgefunden. Im Zeitraum zwischen November 2004 und Februar 2005 wurden intensive Wettbewerbsverhandlungen seitens der

Baukonzessionsgesellschaft mit der Deutschen Kreditbank AG sowie der HSH Nordbank AG geführt. Beide Banken hatten sich im Vorfeld dadurch qualifiziert, dass sie das von der Baukonzessionsgesellschaft beabsichtigte Finanzierungsmodell begleiten wollten. Beide Angebote basierten hinsichtlich der Besicherung des Darlehens auf einem Schuldbeitritt der Kommune. Andere Alternativen wie etwa eine zur Darlehenssicherung gegebene Bürgschaft einer Bank oder Versicherung schieden aus, da zusätzliche Kosten in Höhe des Bürgschaftsavals angefallen wären. Die garantiemäßige Beitrittsverpflichtung in den Darlehensvertrag durch die Landeshauptstadt Magdeburg erwies sich als die aus Gesamtkostensicht günstigste Sicherheit und wurde von beiden Banken angeboten.

Nach umfangreichen Verhandlungen setzte sich unter Einbeziehung der relevanten Wirtschaftlichkeitskomponenten wie u.a. Preis, Konformität mit den Genehmigungsvoraussetzungen etc., das Angebot der HSH Nordbank AG durch. Unterlagen zum Wettbewerb der Banken sind Betriebsgeheimnisse der Stadion Magdeburg GmbH & CO. KG, können aber von einer öffentlichen Behörde oder Prüfinstanz beim Baukonzessionär eingesehen werden. Die Geschäftsführer der Baukonzessionsgesellschaft stellten in der Aufsichtsratssitzung/Gesellschafterversammlung am 28.2.2005 das Verhandlungsergebnis des Bankenwettbewerbs dem Aufsichtsrat und den Gesellschaftsvertretern vor, woraufhin die Geschäftsführung beauftragt wurde, den Zuschlag auf das Angebot der HSH Nordbank zu erteilen.

Konkret ergibt sich die Verwirklichung des „Least-Cost“-Grundsatzes vor diesem Hintergrund wie folgt: Die Stadt Magdeburg leistet zur Errichtung des Stadions im Benchmark-Vergleich mit anderen Stadion-Projekten einen sehr geringen Investitionskostenzuschuss von nur 14,8 Mio. €. Der vom Baukonzessionär drittzufinanzierende Baukostenanteil beträgt anfänglich 16,1 Mio. €.<sup>7</sup> Der angesichts des geringen öffentlichen Investitionskostenzuschusses in der Größenordnung von über 16 Mio. € vom Baukonzessionär drittzufinanzierende Kostenanteil bedarf einer Refinanzierung durch Darlehen. Um das Verhandlungsergebnis des vorgelagerten Bieterwettbewerbs – geringer öffentlicher Investitionskostenzuschuss als vorgelagertes „Least-Cost-Datum“ zugunsten der öffentlichen Hand – verwirklichen zu können, muss im Hinblick auf dieses Darlehen eine

<sup>7</sup> Ab Inbetriebnahme des Stadions verringert sich der Finanzierungsbetrag um rund 1 Mio. €. Als Sicherheit für die Erfüllung der Bauleistungsverpflichtungen hat der Baukonzessionär eine unbedingte und unbefristete

zinsgünstige Lösung gefunden werden,<sup>14</sup> die eine Drittfinanzierung in großem Umfang – zugunsten der hiervon profitierenden öffentlichen Hand – ermöglicht. Diese zinsgünstige Lösung ist nur durch eine Sicherheit zu realisieren. Dieser Umstand war von allen Beteiligten in die (vorgelagerten) (Bieter-)Verhandlungen einbezogen worden. Alle Bieter hatten entsprechende Garantien verlangt. Die garantiemäßige Beitrittsverpflichtung der Stadt Magdeburg war sodann im Sinne der Verwirklichung des „Least-Cost-Prinzips“ ausgewählt worden. Alternativ hätte die Möglichkeit bestanden, im „freien Sicherheitenmarkt“ eine alternative Sicherheit bei einer Großbank einzukaufen. Hierfür hätte der Konzessionär eine Avalprovision zahlen müssen, die die Kosten des Konzessionärs folglich erhöht hätte, so dass diese Kosten wiederum in das von der Stadt geforderte Entgelt hätten eingepreist werden müssen. Eine eigens eingekaufte Bürgschaft oder Garantie hätte hohe Transaktionskosten verursacht und somit nicht die „Least-Cost“-Voraussetzung erfüllt. Der Schuldbeitritt stellte demgegenüber die transaktionskostengünstigste und somit insgesamt wirtschaftlichste Lösung dar. Sodann wurde die garantiemäßige Beitrittsverpflichtung der Stadt Magdeburg im Sinne der Verwirklichung des „Least-Cost“-Prinzips im Wege eines nachgelagerten Bankenwettbewerbs verhandelt und realisiert. Die HSH Nordbank AG wurde dabei als wirtschaftlichster Vertragspartner zur Verwirklichung des für die öffentliche Hand wirtschaftlichsten Angebotes bei der Realisierung des Stadions ermittelt und daraufhin berechtigt und verpflichtet. Auch vor diesem Hintergrund scheidet eine beihilfenrechtsrelevante Begünstigung aus.

### III. Zusätzliche Mechanismen zur Verwirklichung des Least-Cost-Grundsatzes

Schließlich wird der Ausschluss einer Beihilfenrelevanz vorliegend durch zusätzliche Mechanismen abgesichert, die potenziell wettbewerbsverzerrende Begünstigungen durch öffentliche Fördermittel ausschließen. So sind sämtliche Vertragsgestaltungen zwischen der öffentlichen Hand, dem Baukonzessionär und der Bank auf die für die öffentliche Hand unter Zugrundelegung eines „Least-Cost“-Benchmarkings wirtschaftlichste und kostengünstigste Errichtung und Betreibung des Ernst-Grube Stadions Magdeburg gerichtet (Erfüllung des

<sup>14</sup> selbstschuldnerische Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 5 % der voraussichtlichen Brutto-Bausumme

„Least-Cost“-Prinzips). Zusätzlich zu dem offenen, diskriminierungsfreien und transparenten Ausschreibungsverfahren werden durch die konkreten Vertragsgestaltungen zum einen Überkompensationen ausgeschlossen. Zum anderen kommt ein objektiver Kostenvergleich zu dem Ergebnis, dass das Stadion im Hinblick auf die gesamten Baukosten, die öffentlichen Zuschüsse sowie die Kosten pro Sitzplatz gegenüber anderen Stadien das optimalste Preis-/Leistungsverhältnis bietet.

Eine Beihilfenrelevanz ist im Hinblick auf die Projektbeteiligten zu verneinen, wenn die konkreten Umstände und Vertragsgestaltungen Überkompensationen sicher ausschließen und darüber hinaus zu dem Ergebnis führen, dass nach einem objektiven Kostenvergleich das Projekt zu den günstigsten Konditionen für die öffentliche Hand verwirklicht wird. In diesem Fall stellt sich auch die garantiemäßige Beitrittsverpflichtung der Stadt in dem gewährten Umfang als notwendiger Bestandteil der Preis-/Leistungsoptimierung dar, so dass eine Beihilfe zugunsten der Projektbeteiligten nicht in Betracht kommt. Vorliegend wird der Ausschluss einer Beihilfenrelevanz zusätzlich zu der Durchführung des offenen, diskriminierungsfreien und transparenten Vergabeverfahrens durch weitere Mechanismen abgesichert.

a) *Der Ausschluss einer Überkompensation*

Eine beihilfenrechtsrelevante Überkompensation zugunsten der Gesellschafter wäre allenfalls denkbar, wenn im Rahmen des bezuschussten Betriebs derart viele Einnahmen verbucht werden könnten, dass der damit verbundene Gewinn zu einer solchen führt. Derartige überkompensationsbegründende Gewinne sind aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltung jedoch ausgeschlossen. U.a. bestimmt § 6 des Gesellschaftsvertrags der Stadion Magdeburg GmbH & Co. KG, dass Gewinne, die über die nach § 6 Ziff. 1 des Vertrags vorzunehmende Festkapitalverzinsung in Höhe von 4 % p.a. hinausgehen, nur zu 30 % den privaten Gesellschaftern zugewiesen werden, während die Stadt Magdeburg 70 % erhält. Entstehen tatsächlich Gewinne, so erhält also die Stadt Magdeburg – ungeachtet ihrer Einlagen von nur 300,- € in die Stadion Magdeburg Verwaltungs-GmbH sowie nur 100,- € in die Stadion Magdeburg GmbH & Co. KG gegenüber Einlagen der privaten

Gesellschafterinnen in Höhe von 24.700,- € bzw. 10.000,- € – eine Gewinnbeteiligung von 70 %, die also wiederum der öffentlichen Hand zufließt und damit keine beihilfenrechtsrelevante Überkompensation begründen kann.

Vor diesem Hintergrund scheidet eine marktunübliche Renditemöglichkeit auf Gesellschafterebene und damit eine beihilfenrechtsrelevante Überkompensation aus. Zudem bestimmt § 2 des Gesellschaftsvertrags der Stadion Magdeburg GmbH & Co. KG eine Verlustübernahme in Form einer Nachschusspflicht der privaten Gesellschafter in Höhe von maximal 1.500.000,- € für den Fall auftretender Fehlbeträge und nicht ausreichender Liquidität,<sup>8</sup> während eine Nachschusspflicht der Stadt Magdeburg ausdrücklich ausgeschlossen wird. Soweit sich diese Verlustübernahme im Gesellschaftsvertrag als marktunüblich qualifizieren ließe, so läge darin gerade keine Begünstigung des privaten Betreibers, sondern – im Gegenteil – eine solche der öffentlichen Hand. Dies ergibt sich zweifelsfrei aus der Anwendbarkeit des sog. „market economy investor“-Tests, den die Kommission und der EuGH als Vergleichsmaßstab zur Bestimmung der Marktüblichkeit und damit der Angemessenheit des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung entwickelt haben. Im Rahmen dieses Tests ist zu prüfen, ob die staatliche Kapitalzufuhr (hier die Zahlung eines jährlichen Betriebskostenzuschusses vor dem Hintergrund der dargelegten Gewinn- und Verlustzuweisung) so auch von einem hypothetischen privaten Vergleichsinvestor unter normalen marktwirtschaftlichen Voraussetzungen getätigt werden würde. Dies ist angesichts der die öffentliche Hand vorliegend mehr als marktüblich begünstigenden Gewinn- und Verlustzuweisung der Fall.

Schon danach sind Überkompensationen faktisch ausgeschlossen und können allenfalls hypothetisch angenommen werden.

Darüber hinaus werden – rein hypothetische – Überkompensationen auf Gesellschaftsebene durch die zusätzliche Einführung eines Rückführmechanismus im Baukonzessions- (§ 7.3 des Vertrags) bzw. Betreibervertrag (§ 3 (2) des Vertrags) ausgeschlossen. Dieser lautet:

*„Erzielt der Baukonzessionär aus der Betreibung des Stadions nach Berücksichtigung aller Kosten einen Überschuss, so wird ab einer Überschusshöhe von 33.000 € (nach Steuern) in einem Wirtschaftsjahr 70 % des Überschusses zur Reduzierung bzw. Rückführung des jährlichen Betriebskostenzuschusses der Landeshauptstadt Magdeburg in dem darauf folgenden Wirtschaftsjahr verwandt und 30 % des Überschusses werden entsprechend der*

*allgemeinen Gewinnverwendungsregeln gemäß Gesellschaftsvertrag des Baukonzessionärs vom 9.12.2004 verwandt.*

*Die Rückführung bezieht sich auf die Gesamthöhe der von der Stadt geleisteten Zuschüsse mit Ausnahme solcher Zuschüsse, die zum Zeitpunkt der o. g. relevanten Überschussituation bereits ausgegeben wurden."*

Durch diese Vorgaben wurde vorliegend zusätzlich zu der Durchführung eines offenen, diskriminierungsfreien und transparenten Vergabeverfahrens mit Hilfe eines weiteren Mechanismus die Einhaltung des Überkompensationsverbots gesichert. Denn angesichts dieser Regelung kann der zur Verfügung gestellte Ausgleich insgesamt nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten auch des Betriebs des Stadions als gemeinwirtschaftlicher Aufgabenerfüllung unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. Schließlich wird eine Überkompensation dadurch ausgeschlossen, dass in den Verträgen (§ 7.3 des Baukonzessionsvertrags; § 3 (2) des Betreibervertrags) der Mechanismus zur Anpassung des jährlichen Betriebskostenzuschusses auf eine Gesamtbetrachtung aller von der Stadt geleisteten Zuschüsse (Betriebskostenzuschuss und Investitionskostenzuschuss) im Zusammenwirken mit dem gesamten Leistungs-/Gegenleistungsgeflecht abstellt. Dies bedeutet, dass im Rahmen der Jahresabschlussprüfung durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer in angemessenen Prüfungszeiträumen detaillierte Einnahmen- und Ausgabennachweise vom Konzessionär vorgelegt werden. Diese im Jahresabschluss durch den Wirtschaftsprüfer testierte Kalkulation der Einnahmen und der Ausgaben kann von der Stadt im Rahmen ihrer Gesellschafterstellung eingesehen werden (§ 18 des Gesellschaftsvertrags der Stadion Magdeburg GmbH & Co. KG). Gleichzeitig wird durch die Beschränkung der Überschusshöhe auf 33.000,- € p.a. sichergestellt, dass sich die Überschusshöhe unterhalb der „De-Minimis“-Grenze bewegt, wonach bei Förderungen in einer Größenordnung von bis zu 100.000,- € bezogen auf einen Zeitraum von drei Jahren die Einordnung einer Förderung als Beihilfe mangels tatsächlicher oder potentieller Wettbewerbsverfälschung ausscheidet.

\* Dieser Betrag kann nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 des Vertrages erst reduziert werden, wenn durch hinreichend gebildete Sicherheiten eine gleichwertige Maßnahme zur Besicherung der Gesellschaft besteht.

b) *Der Vergleich der Baukosten mit den in jüngerer Vergangenheit realisierten Stadionneubauten*

Ein Benchmarking ähnlich strukturierter Stadien und Veranstaltungsarenen von ähnlichem Umfang und ähnlicher Größe<sup>9</sup> ergibt vorliegend:

- Vergleichsobjekte sind nur komplette Stadionneubauten mit maximal 2 Zuschauererebenen und einer Sitzplatzkapazität bis 46.000
- Alle Stadien haben vergleichbare qualifizierte Zuschauerangebote (Loge, Business-Seats und -Club und einen vergleichbaren Zuschauerkomfort)
- Die ermittelten Bauwerkskosten beinhalten nur das Stadionbauwerk mit den Außenanlagen bis zur äußeren Umfriedung. Nicht berücksichtigt sind die Grundstückskosten, weitere Außenanlagen wie PKW-Stellplätze und Trainingsplätze, äußere Erschließung und sonstige Infrastrukturmaßnahmen.

| Stadion         | Fertigstellung | max.<br>Zuschauerkapazität<br>(Sitzplätze) | Bauwerkskosten<br>(netto) | Bauwerkskosten<br>pro Sitzplatz<br>(netto) |
|-----------------|----------------|--------------------------------------------|---------------------------|--------------------------------------------|
| Rostock         | 2000           | 25.000                                     | 32,3 Mio. €               | 1.292 €                                    |
| Wolfsburg       | 2004           | 26.000                                     | 53,0 Mio. €               | 2.038 €                                    |
| Leipzig         | 2004           | 42.100                                     | 91,0 Mio. €               | 2.162 €                                    |
| Mönchengladbach | 2005           | 45.600                                     | 76,7 Mio. €               | 1.682 €                                    |
| Köln            | 2005           | 46.134                                     | 119,5 Mio. €              | 2.590 €                                    |
| Duisburg        | 2005           | 30.750                                     | 43,2 Mio. €               | 1.405 €                                    |

<sup>9</sup> Die Daten wurden vom Institut für Sportstättenberatung GmbH, Im Baist 1, 53902 Bad Münstereifel, übermittelt.

|           |      |        |             |         |
|-----------|------|--------|-------------|---------|
| Magdeburg | 2006 | 25.000 | 27,7 Mio. € | 1.108 € |
|-----------|------|--------|-------------|---------|

Das Least-Cost-Benchmarking ergibt, dass das Ernst-Grube-Stadion Magdeburg gegenüber vergleichbaren Stadien und Veranstaltungsarenen mit den geringsten Kosten für den öffentlichen Haushalt verwirklicht wird. So zeigt der Vergleich, erstens, dass die Baukosten in Magdeburg insgesamt die niedrigsten waren. Aufgrund des niedrigen Gesamtpreises bedurfte es, wie oben bereits im Einzelnen dargelegt, zum einen eines entsprechend niedrigeren Investitionskostenzuschusses. Zum anderen führte der niedrige Gesamtpreis betreffend die Baukosten dazu, dass eine entsprechend geringere drittfinanzierte Summe abgesichert werden musste, weswegen der Schuldbeitritt der Stadt die kostengünstigste Sicherungsvariante darstellt. Schließlich zeigt der Vergleich, dass auch die Kosten pro Sitzplatz in Magdeburg wesentlich geringer sein werden als in den Vergleichseinrichtungen. Das Benchmarking bestätigt also die Verwirklichung des „Least-Cost“-Prinzips auf allen Ebenen.

Aus alledem ergibt sich:

Die öffentliche Hand hat den Konzessionär, der die wirtschaftlichste Leistung erbringt, im Rahmen eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens ausgewählt und darüber hinaus zusätzliche Mechanismen zur Verwirklichung des „Least-Cost“-Prinzips aktiviert. Der Konzessionär erbringt die wirtschaftlichste Leistung gegen die geringstmögliche Gegenleistung aus öffentlichen Fördermitteln, wobei eine Überkompensation ausgeschlossen ist. Die Vereinbarung mit der Bank ist schließlich Teil der wirtschaftlichsten Leistung, die, wie ein objektiver Kostenvergleich bestätigt, die Leistungserbringung zu den geringstmöglichen Kosten für den öffentlichen Haushalt ermöglicht. Vor diesem Hintergrund bleibt für eine beihilfenrechtlich relevante Begünstigung der Beteiligten kein Raum.

### **C. Ergebnis**

Die garantiemäßige Beitrittsverpflichtung seitens der Stadt Magdeburg stellt danach unter keinem rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt eine beihilfenrechtsrelevante Begünstigung dar.

gez. Dr. Koch, Beigeordneter, Landeshauptstadt Magdeburg

gez. Dr. Scheidemann, Amtsleiter, Landeshauptstadt Magdeburg

gez. Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, Rechtsgutachter

## D. Anhang

- I. Vermerk über die am 15. Juli 2005 geführten Telefongespräche mit Herrn Jan Gerrit Westerhof (Case Handler Unit H3 der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission; Gesprächsdauer: ca. 35 Minuten) und anschließend mit Herrn Sandro Santamato (Acting Head of Unit H3 der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission; Gesprächsdauer: ca. 20 Minuten)

### 1) Zum Gesprächsverlauf:

Der Unterzeichner fasst den Inhalt dieser Telefonate wie folgt zusammen:

Ich habe sowohl Herrn Westerhof als auch Herrn Santamato in den Telefonaten zunächst dargelegt, dass angesichts des europaweit bekannt gemachten, diskriminierungsfreien, offenen und transparenten Vergabeverfahrens und der klar zu dokumentierenden „geringsten öffentlichen Kosten-Lösung“ keine Beihilfenelemente in den begutachteten Maßnahmen zu erkennen sind.

Die Herren Santamato und Westerhof haben mir zunächst deutlich gemacht, dass die Generaldirektion Wettbewerb in Sachen Sportstadien seit kurzer Zeit keine Prä-Notifizierungsgespräche mehr führt, da die zuständige Unit angesichts der Vielzahl der Fälle über keine Kapazitäten zur Vorbereitung und Durchführung dieser Gespräche, die eine eingehende Prüfung der vorgelegten Dokumente erforderten, verfüge. Dies sei eine Anordnung der Direktorin Frau Dormal-Marino. Überhaupt stehe die öffentliche Förderung von (multifunktionalen) Fußball- und Sportstadien nicht auf der vordringlichen Kontrollagenda der Kommission. Herr Santamato begründete dies mit dem Hinweis, dass eine beihilfenrechtskonforme Finanzierungs konstruktion aufgrund der deutlichen Hinweise der Kommission in der jüngeren Vergangenheit, wie insbesondere im Falle der Förderung des Fußballstadions in Hannover in einem Schreiben der Kommission an das niedersächsische

Wirtschaftsministerium<sup>10</sup> dargelegt, von den zuständigen Behörden der Stadt Magdeburg sowie dem Landeswirtschaftsministerium selbst beurteilt werden könne. Zudem betonte Herr Santamato, dass eine kommunale Garantie beihilfenrechtlich als Entgeltkomponente wie jede andere preisrelevante Maßnahme im Lichte der besonderen Umstände des Einzelfalles mit Blick auf die „geringste öffentliche Kosten-Lösung“ beurteilt werden müsse und dass keine starren und abstrakten Maßstäbe ausschlaggebend sein könnten.

Jedenfalls würde die Unit H3 der Generaldirektion Wettbewerb von sich aus – trotz aller Zeitungsberichte – keine Untersuchung von Amts wegen einleiten.

Ich habe Herrn Santamato daraufhin deutlich gemacht, dass die Stadt Magdeburg ein besonderes Problem angesichts der Öffentlichkeitswirkung des Berichtes des Landesrechnungshofes habe und in der Presse bereits von einer anstehenden Notifizierung berichtet wird. In diesem Zusammenhang sei die Lage angesichts der Nichtigkeitsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu nicht notifizierten Beihilfen angespannt.

Herr Santamato entgegnete, dass die Stadt Magdeburg selbstverständlich den Notifizierungsweg beschreiten könne, wenn sie dieses wünsche. Insbesondere Herr Westerhof machte in diesem Zusammenhang deutlich, dass eine solche Notifizierung nicht auf der Prioritätenliste der Kommission stehe. Ich habe die Einlassung der beiden Kommissionsvertreter zwischen den Zeilen durchaus so verstanden, dass eine Notifizierung nicht gerade erwünscht sei; dies ist allerdings mein subjektiver Eindruck.

## 2) Vorschlag zum weiteren Vorgehen:

1. Um meine zuletzt dargestellte (subjektive) Einschätzung durch mehrere Beteiligte einigermaßen zu „objektivieren“, empfehle ich dringend, dass Herr Dr. Koch (Stadt

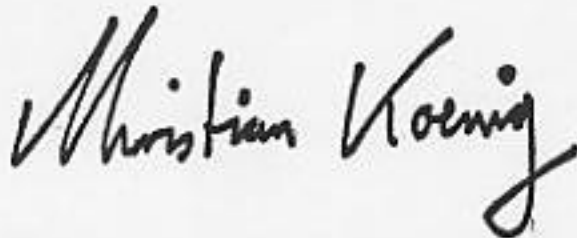
<sup>10</sup> Unveröffentlichtes Schreiben der Kommission an das niedersächsische Wirtschaftsministerium zu Händen Frau Dr. Knorre, COMP-2002-00757-00-00-DE-TRA-00 (EN) CS. Darin stellt die Kommission zwei Mindestanforderungen: Zum einen muss „der Zuschuss von der Annahme von Betriebsanforderungen abhängig gemacht werden, die die Natur des Stadions als verschiedenen Nutzern und Aktivitäten offen stehende Einrichtung wahrt.“ Zum anderen „sollte nachgewiesen werden, dass die finanzielle öffentliche Unterstützung das für die Durchführung des Projekts notwendige Minimum darstellt.“ Diese zweite Vorgabe soll – im Sinne eines Überkompensationsverbots – gewährleisten, „dass der Betreiber des Stadions keinen höheren Betrag erhält als eine normale Markterlöse für seine Tätigkeit.“

Magdeburg) und Herr Wager (Landeswirtschaftsministerium) dem mit Herrn Santamato für Dienstag, den 19. Juli 2005 um 15.00 Uhr verabredeten Telefonat beiwohnen, um eine gemeinsame authentische Beratungsgrundlage zu konsolidieren.

2. Dieses Telefonat und die daran anschließende intensive Beratung sollte in einem von Herrn Dr. Koch und mir gemeinsam zu zeichnenden Vermerk als Entscheidungsgrundlage für den Oberbürgermeister zusammengefasst werden. Nachdrücklich möchte ich darauf hinweisen, dass die am Dienstag den 19. Juli 2005 zu erarbeitende gemeinsame Beratungsgrundlage sich nicht in Telefonaten und einseitigen Vermerken erschöpfen kann, da die möglichen einschneidenden Wirkungen einer Notifizierung vom Oberbürgermeister genau abgewogen werden müssen: Meines Erachtens wäre die Stadt Magdeburg aus dem Vertragsverhältnis des Schuldbeitritts gegenüber der Bank im Lichte der zivilrechtlichen Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet, der Bank die Notifizierung mitzuteilen. Auch mit der Entscheidung für eine Notifizierung als Nichtbeihilfe wird amtlich, dass die Stadt nun selbst (Rest-)Zweifel anmeldet; bisher beschränken sich die Zweifel auf den Landesrechnungshof und nichtamtliche Presseberichte. Über einer Notifizierung steht das Durchführungsverbot hinsichtlich der angemeldeten Fördermaßnahmen nach Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag (Stand-Still-Gebot) und der böse Schein der Nichtigkeitsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs, auf die ich auf Seite 33 (Fußnote 19) meines Rechtsgutachtens vom 2. Dezember 2004 hingewiesen habe. Hinzu kommen die von Herrn Wager prägnant dargestellten Querelen mit dem Bund um die Notifizierung kommunaler Bürgschaften bzw. Garantien. Ich empfehle, dass der Oberbürgermeister zügig, jedenfalls noch im Lauf dieser Woche auf der von Herrn Dr. Koch, Herrn Wager und mir gemeinsam erarbeiteten Beratungsgrundlage über das „Ob“ einer Notifizierung entscheidet, zumal die Auszahlung des Darlehens nach Auskunft von HochTief im August ansteht.
3. Das Rechtsgutachten vom 2. Dezember 2004 konzentrierte sich auf die Beantwortung der Fragestellung, ob der Baukonzessionär durch die überprüften Maßnahmen beihilfenrechtsrelevant begünstigt wird. Nunmehr wird im Prüfbericht des Landesrechnungshofs die abstrakte Frage aufgeworfen, ob auch die das Darlehen finanzierende Bank durch den Schuldbeitritt der Stadt Magdeburg begünstigt sein könnte. Diese Fragestellung war nicht Gegenstand meines Rechtsgutachtens; sie muss nunmehr, nachdem der Landesrechnungshofs die abstrakte Frage aufgeworfen hat, anhand der Dokumentation des Schuldbeitritts als „geringste öffentliche Kosten-Lösung“ mit präzisen Zahlen sowie anhand der Dokumentation des dem Vergabeverfahren nachgelagerten Bankenwettbewerbs präzise unterlegt werden. Hierzu werden HochTief und Herr Dr. Binz beitragen. Sollte sich der Oberbürgermeister dazu entscheiden, nicht zu notifizieren, ist die rechtzeitige

Vorhaltung einer präzisen Dokumentation besonders wichtig. Im Falle der  
Notifizierung muss diese Arbeit ohnehin zügig geleistet werden.

St. Augustin, den 16. Juli 2005

A handwritten signature in black ink, reading "Christian Koenig". The script is cursive and fluid, with the first name "Christian" and the last name "Koenig" clearly distinguishable.

(Prof. Dr. iur. Christian Koenig)

## **II. Beratungsprotokoll der Sitzung vom 21. Juli 2005**

**Beginn der Sitzung: 11.00 Uhr**

**Ende der Sitzung: 16. 15 Uhr**

**Teilnehmer:**

**DR. KOCH, BEIGEORDNETER, LANDESHAUPTSTADT MAGDEBURG**

**DR. SCHEIDEMANN, AMTSLEITER, LANDESHAUPTSTADT MAGDEBURG**

**UNIV.-PROF. DR. IUR. CHRISTIAN KOENIG, RECHTSGUTACHTER**

**HERR WAGENER, WIRTSCHAFTSMINISTERIUM SACHSEN-ANHALT**

### **1) Diskussion**

Die unterschiedlichen Szenarien und denkbaren Alternativen wurden ausführlich erläutert.

Eine Alternative besteht darin, auf der Grundlage der von den Verfassern dieses Statusberichts für einwandfrei erachteten Rechtslage die Angelegenheit abzuschließen, da belegt ist, dass alle Finanzierungsmaßnahmen der Stadt Magdeburg beihilfenfrei sind. Der Statusbericht wird der Vollständigkeit halber abschließend der Kommission unter der Prä-Notifizierungsnummer 52/05 zur Registrierung sowie HochTief und der Nordbank zur Kenntnisnahme übersandt.

Die andere Alternative bestünde in der Einleitung des Notifizierungsverfahrens, womit die Stadt amtlich Zweifel anmelden würde.

Herr Wagener weist zunächst auf die Risiken einer Nichtnotifizierung hin. (Nichtigkeitsrechtsprechung, Schadensersatzansprüche). Er weist darauf hin, dass die Entscheidung über das „ob“ einer Notifizierung einzig bei der Stadt liege.

Sodann wurden die Risiken im Falle einer Notifizierung diskutiert.

Die Beteiligten vertreten die Auffassungen, dass die Beihilfenfreiheit bereits klar dokumentiert (Dr. Koch, Dr. Scheidemann sowie Professor Koenig) bzw. darstellbar (Herr Wagener) ist.

Nach Auffassung aller Gesprächsteilnehmer spricht dafür auch die Tatsache, dass es sich bei der in Rede stehenden Maßnahme lediglich um eine Haftungsbeitrittserklärung im Rahmen eines wettbewerblich im Verhandlungsverfahren ausgehandelten, globalen und marktmäßigen Leistungs-/Gegenleistungsaustausches handelt. Dieser Leistungs-/Gegenleistungsaustausch, dessen Risiken einzig bei der Betreibergesellschaft liegen, wird vom Landesrechnungshof als sehr optimistisch eingeschätzt. Insoweit erscheint auch hier kein übermäßiger wirtschaftlicher Vorteil durch den Betreibervertrag beim Betreiber zu liegen.

Herr Wagener vertritt die Auffassung, dass im Fall einer Notifizierung in Bezug auf die Beihilfenfreiheit der Maßnahme der mögliche wirtschaftliche Schaden identisch, der öffentliche Schaden jedoch größer ist.

Die Verfasser dieses Statusberichtes sind der Auffassung, dass trotz des Berichtes des Landesrechnungshofs keine begründeten Zweifel an der Beihilfenfreiheit der Maßnahmen bestehen und insofern eine Notifizierung rechtlich nicht geboten ist. Eine gleichwohl durchgeführte Notifizierung – auch als Nicht-Behilfe – kann sowohl zu einem erhöhten Risiko als auch zu einem erhöhten Schaden der Stadt Magdeburg führen, zumal mit der Baumaßnahme bereits begonnen worden ist.

## **2) Weitere Vorgehensweise:**

1. Nach intensiver Diskussion kommen die Verfasser zu der Empfehlung, dass angesichts der klar dokumentierten Beihilfenfreiheit eine Notifizierung unter Abwägung der politischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken nicht geboten ist.

2. Die Bank und der Konzessionär sollen unverzüglich eingebunden werden.

Unverzüglich wird der Statusbericht samt Anhängen der Bank und dem Baukonzessionär durch die Stadt zugeleitet. Die Stadt übersendet ferner Auszüge aus dem Landesrechnungshofbericht und die entsprechende Pressemitteilung des Landesverwaltungsamtes.

Herr Wagener betont, dass das Wirtschaftsministerium die Stadt Magdeburg zu jeder Zeit beratend unterstützen wird.