

Gutachten
über die beihilferechtliche Beurteilung einer
im Wege des In-House-Geschäftes zulässigerweise erfolgten vergaberechtsfreien
Beauftragung der Tochterfirma einer Museumsstiftung

Gliederung

	Seite
I. Auftrag	2
II. Gutachten	3
A. Zu Frage 1 und Frage 1a	3
1. Einleitung	3
2. Verhältnis von Vergaberecht und Beihilferecht	4
3. Verstoß gegen das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV	4
a) Staatliche Mittel	5
b) Begünstigung	5
c) Unternehmen/wirtschaftliche Tätigkeit	6
d) Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	8
Zwischenergebnis	9
e) Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung	10
B. Zu Frage 1 b	11
C. Zu Frage 1 c	11
D. Zu Frage 1 d und Frage 2	12
III. Ergebnisse	14

Die Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt. Die Gutachten geben nicht die Auffassung des Abgeordnetenhauses, eines seiner Organe oder der Abgeordnetenhausverwaltung wieder. Sie liegen allein in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Leitung der Abteilung Wissenschaftlicher Dienst.

I. Auftrag

Die Präsidentin des Abgeordnetenhauses hat den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst aufgrund einer entsprechenden Bitte der Fraktion der SPD mit der Erstellung eines Gutachtens zu folgenden Fragen beauftragt:

1. Inwiefern kann eine im Wege des In-House-Geschäftes gemäß § 108 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zulässigerweise erfolgte vergaberechtsfreie Beauftragung einer hundertprozentigen Tochterfirma in privater Rechtsform einer Stiftung nach den Regelungen des Gesetzes über Museumsstiftungen des Landes Berlin (MusStG) dennoch gegen das Beihilferecht verstoßen?
 - a. Welche Rolle kann hierbei die Höhe des durch den Auftraggeber an den Auftragnehmer gezahlten Entgelts spielen?
 - b. Inwieweit ergeben sich unterschiedliche Auswirkungen, je nachdem, ob ein mittelbarer oder unmittelbarer Bezug der beauftragten Dienstleistung zum öffentlichen Stiftungszweck vorliegt?
 - c. Welche Rechtsgrundlage definiert den Begriff „Kerngeschäft“ eines Unternehmens im Allgemeinen und von Museen im Besonderen? Welche anderen objektiven Kriterien werden herangezogen, um das Kerngeschäft eines Unternehmens zu bestimmen? Inwieweit ergeben sich hieraus Auswirkungen auf die beihilferechtliche Zulässigkeit der Beauftragung?
 - d. Unter welchen Umständen dürfen Dienstleistungen, welche für den dauerhaften Betrieb notwendig sind, nicht mit eigenem Personal durchgeführt werden, sondern müssen ausgeschrieben werden, um nicht gegen das Beihilferecht zu verstoßen?
2. Inwiefern hätte es rechtliche Auswirkungen, wenn die nach Ziffer 1 beauftragte Dienstleistung nicht durch Mitarbeitende einer hundertprozentigen Tochterfirma in privater Rechtsform ausgeführt würde, sondern die Mitarbeitenden direkt bei der Stiftung angestellt wären?

II. Gutachten

A. Zu Frage 1 und Frage 1a:

Inwiefern kann eine im Wege des In-House-Geschäftes gemäß § 108 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zulässigerweise erfolgte vergaberechtsfreie Beauftragung einer hundertprozentigen Tochterfirma in privater Rechtsform einer Stiftung nach den Regelungen des Gesetzes über Museumsstiftungen des Landes Berlin (MusStG) dennoch gegen das Beihilferecht verstoßen?

Welche Rolle kann hierbei die Höhe des durch den Auftraggeber an den Auftragnehmer gezahlten Entgelts spielen?

1. Einleitung

Nach § 10 Abs. 6 Satz 2 Museumsstiftungsgesetz¹ können die Berliner Museumsstiftungen zur Erfüllung ihrer Aufgaben selbständige Organisationseinheiten errichten. Hierunter fallen nach der Gesetzesbegründung z. B. Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Vereine.²

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag vergeben will und der Auftragswert die einschlägigen Schwellenwerte überschreitet, gilt grundsätzlich das Vergaberecht. Nach § 97 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)³ werden öffentliche Aufträge im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben.

Eine vergabefreie In-House-Vergabe an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts ist nach § 108 Abs. 1 GWB möglich. Voraussetzung ist, dass der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt, mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde, und an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht.

¹ Gesetz über Museumsstiftungen des Landes Berlin (Museumsstiftungsgesetz - MusStG) in der Fassung vom 27. Februar 2005 (GVBl. S. 128), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 2. Februar 2018 (GVBl. S. 160).

² Vorlage – zur Beschlussfassung – über das Gesetz über die Aufhebung der Stiftung „Jüdisches Museum Berlin“ und zur Änderung des Museumsstiftungsgesetzes, Drs. 14/1284, S. 3.

³ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, ber. S. 3245), zuletzt geändert durch Art. 25 PostrechtsmodernisierungG vom 15. Juli 2024 (BGBl. I Nr. 236).

Das Erfordernis der Kontrolle ist bspw. bei einer Tochter-GmbH in der Regel gegeben, da deren Geschäftsführung grundsätzlich weisungsgebunden ist.⁴

2. Verhältnis von Vergaberecht und Beihilferecht

Das Vergaberecht und das Beihilferecht haben nicht nur verschiedene Rechtsgrundlagen⁵; sie verfolgen auch unterschiedliche Ziele: Während das Vergaberecht eine Abschottung der europäischen Beschaffungsmärkte verhindern will, soll das Beihilferecht im Bereich des staatlichen Beschaffungswesen den Abschluss „normaler Handelsgeschäfte“ sicherstellen, welche den betreffenden Dienstleistern nicht zu einem wirtschaftlichen Vorteil verhelfen.⁶

Daher bedeutet die Tatsache, dass ein Vertrag vergaberechtlich ohne Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens abgeschlossen werden kann, nicht zugleich, dass damit ein Verstoß gegen das Beihilferecht ausgeschlossen wäre.

3. Verstoß gegen das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Das Beihilfeverbot ist in Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) geregelt. Dieser lautet:

„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Sind Vergütungen als Beihilfe zu qualifizieren, so müssen sie gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV bei der Kommission angemeldet werden und dürfen ohne deren Genehmigung nicht geleistet werden.

Im Folgenden werden unter a) bis d) die Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV geprüft, um danach unter e) eine mögliche Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung zu untersuchen.

⁴ Von Engelhardt/Kaelble, in: Müller-Wrede (Hrsg.) GWB. Vergaberecht einschließlich WRegG. Kommentar, 2. Aufl. 2023, § 108 Rn. 26.

⁵ Grundlagen des Vergaberechts sind bspw. die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU, während sich die zentrale Vorschrift des Beihilferechts in Art. 107 AEUV findet.

⁶ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 12.

a) Staatliche Mittel

Mittel von Stiftungen des öffentlichen Rechts sind aufgrund der organischen Einbindung der Stiftung in die staatliche Struktur als staatliche Mittel i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen.⁷ Diese Einbindung ist bei Museumsstiftungen des Landes Berlin durch § 6 Abs. 2 Museumsstiftungsgesetz sichergestellt, wonach vorsitzendes Mitglied des Stiftungsrates das zuständige Mitglied des Senats von Berlin oder eine von ihm beauftragte Vertretung ist. Die weiteren Stiftungsratsmitglieder werden vom Senat ernannt.

b) Begünstigung

Eine Begünstigung kann nicht nur vorliegen, wenn ein Unternehmen eine Leistung erhält, ohne dafür eine Gegenleistung zu erbringen (klassische Subvention).⁸ Bei einem Geschäft, das aus Leistung und Gegenleistung besteht, kommt es darauf an, ob die öffentliche Stelle die Transaktion zu normalen Marktbedingungen vornimmt.⁹ Entscheidend ist, ob die öffentliche Stelle sich so verhalten hat, wie es ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in ähnlicher Lage getan hätte. Ist dies nicht der Fall, so hat das Empfängerunternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, den es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte und durch den es sich in einer günstigeren Lage befindet als seine Wettbewerber.¹⁰

Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass Transaktionen den Marktbedingungen entsprechen, wenn die Beauftragung von Dienstleistungen in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren erfolgt.¹¹ Dies ist aber bei einer In-House-Vergabe gerade nicht der Fall.

Es fragt sich daher, ob die Tatsache, dass eine In-House-Vergabe vergaberechtlich zulässig ist, Konsequenzen für die Beurteilung des Vorliegens einer beihilferechtlichen Begünstigung hat. So könnte man meinen, dass die Frage, ob marktübliche Bedingungen vorliegen, in einem solchen Fall von vornherein fehlginge, da ja ein „Markt“ gar nicht vorliege. Dies überzeugt aber nicht, denn ein Markt besteht auch bei der In-House-

⁷ *Stumpf*, Stiftungen der öffentlichen Hand im Europäischen Beihilferecht, ZStV 2019, 81, 83.

⁸ *S. Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 1.

⁹ EuGH, Urt. v. 11. Juli 1996, C-39/94, Rn. 60.

¹⁰ Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. 2016/C 262/01, S. 18 (Rn. 76).

¹¹ Europäische Kommission, ebenda, S. 21 (Rn. 89).

Vergabe durchaus, auch wenn der Auftraggeber die Leistung nicht am Markt beschafft. Er könnte dies aber tun.¹²

Wie bereits oben festgestellt, haben das Beihilfe- und Vergaberecht verschiedene Rechtsquellen. Als Regelung des primären EU-Rechts ist das Beihilferecht zudem höherrangig als das Vergaberecht. Auch dies spricht dafür, dass die Vereinbarkeit einer Beschaffung mit dem Vergaberecht kein Argument dafür sein kann, dass eine Begünstigung beihilferechtlich auszuschließen ist.¹³

Vergütet eine Museumsstiftung die Dienstleistung eines Tochterunternehmens zu einem höheren Preis, als es ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in ähnlicher Lage getan hätte, so könnte darin demnach grundsätzlich eine Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV liegen.

c) Unternehmen/wirtschaftliche Tätigkeit

Der Begriff des Unternehmens umfasst nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von der Rechtsform und Art ihrer Finanzierung.¹⁴

Wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.¹⁵

Das Vorliegen einer In-House-Vergabe, die vergaberechtlich privilegiert wird, schließt nicht aus, dass es sich bei der beauftragten Dienstleistung um eine wirtschaftliche Tätigkeit i.S.d. Beihilferechts handelt. Die Europäische Kommission führt hierzu aus:

„Die Entscheidung einer Behörde, Dritten die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung nicht zu gestatten (weil sie zum Beispiel die Dienstleistung intern erbringen will), schließt das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht aus. Trotz einer solchen Marktabshottung kann eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen, wenn andere Betreiber interessiert und in der Lage wären, die Dienstleistung auf dem betreffenden Markt zu erbringen. Die Tatsache, dass eine bestimmte

¹² Pfannkuch, beihilferechtliche Risiken bei der Inhouse-Vergabe, NZBau 2015, 743, 747.

¹³ Pfannkuch, ebenda.

¹⁴ EuGH, verbundenen Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, Rn. 74.

¹⁵ EuGH, ebenda, Rn. 75.

Dienstleistung intern erbracht wird, hat im Allgemeinen keinen Einfluss auf die wirtschaftliche Natur der Tätigkeit.“¹⁶

Nicht wirtschaftliche Tätigkeiten, die vom Beihilfeverbot ausgenommen sind, sind insbesondere Tätigkeiten aus dem Bereich hoheitlichen Handelns. Darunter fallen bspw. Tätigkeiten der Polizei, der Flugsicherung, der Flug- und Seeverkehrskontrolle oder die Erhebung von Unternehmensdaten für öffentliche Zwecke.¹⁷

Aber auch außerhalb des Bereichs hoheitlichen Handelns gibt es Tätigkeitsbereiche, die unter bestimmten Voraussetzungen nicht als wirtschaftlich angesehen werden. Hierzu gehört bspw. der Bildungs- und Kulturbereich. Tätigkeiten im Bereich Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes können nach Auffassung der Europäischen Kommission auf nicht-kommerzielle Art und Weise durchgeführt werden und damit nichtwirtschaftlicher Natur sein.¹⁸ Die Finanzierung solcher Tätigkeiten wäre dann keine staatliche Beihilfe.

Unterschieden wird hierbei nach dem Grad der Finanzierung durch Entgelte: Eine rein öffentliche Finanzierung von Museen, die der Öffentlichkeit kostenlos zugänglich gemacht werden, erfüllt laut Europäischer Kommission soziale und kulturelle Zwecke, die nichtwirtschaftlicher Natur sind. Wird ein zusätzlicher finanzieller Beitrag (Eintrittsgeld) erhoben, der nur einen Bruchteil der tatsächlichen Kosten deckt, so ändert dies nichts an der nichtwirtschaftlichen Natur dieser Aktivität, da das erhobene Entgelt nicht als echte Vergütung für die erbrachte Dienstleistung angesehen werden kann.¹⁹ Museen, die vorwiegend durch Benutzerentgelte finanziert werden, betreiben demnach eine wirtschaftliche Tätigkeit.²⁰

Vorliegend geht es allerdings nicht um die Tätigkeit eines Museums sondern um eine Dienstleistung für ein Museum.

Nach der Rechtsprechung sind Tätigkeiten auch dann als nicht wirtschaftlich anzusehen, wenn sie untrennbar mit einer nicht wirtschaftlichen Tätigkeit verbunden sind.²¹ Ob eine Untrennbarkeit vorliegt, hängt dabei sehr von den Umständen des Einzelfalls ab. Für eine Untrennbarkeit spricht es, wenn eine wirtschaftliche Tätigkeit unterstützende Funktion hat, für die nicht wirtschaftliche Tätigkeit erforderlich ist, nach ihrer Art sowie den für sie

¹⁶ Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. 2016/C 262/01, S. 4 (Rn. 14).

¹⁷ Europäische Kommission, ebenda, S. 5 (Rn. 17).

¹⁸ Europäische Kommission, ebenda, S. 8.

¹⁹ Europäische Kommission, ebenda, S. 9.

²⁰ Europäische Kommission, ebenda.

²¹ S. z.B. EuG, Urteil vom 20.09.2019 – T-696/17, BeckRS 2019, 22492, Rn. 86.

geltenden gesetzlichen Regeln mit den öffentlichen Aufgaben zusammenhängt und durch sie die Effizienz oder der Nutzen der nicht wirtschaftlichen Tätigkeit gesteigert wird.²²

Eine organisatorische Aufteilung der wirtschaftlichen oder nicht wirtschaftlichen Tätigkeit auf zwei rechtlich selbständige Einheiten spricht nicht gegen eine Untrennbarkeit. Dass Dritte vergleichbare Dienstleistungen am Markt anbieten, schließt nicht aus, dass die Nebentätigkeit dem nicht wirtschaftlichen Bereich zugeordnet wird.²³

In ihrer Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe äußert die Europäische Kommission die Auffassung, dass die öffentliche Finanzierung von Zusatzleistungen, die in Verbindung mit nichtwirtschaftlichen kulturellen oder für die Erhaltung des kulturellen Erbes bestimmten Tätigkeiten erbracht werden (z. B. ein Geschäft, eine Bar oder eine kostenpflichtige Garderobe in einem Museum), in der Regel keine verbotene Beihilfe darstellt.²⁴

Es spricht viel dafür, dass in der marktunangemessen hohen Vergütung eines Tochterunternehmens einer Museumsstiftung keine unzulässige Beihilfe liegt, wenn dieses Unternehmen eine Zusatzleistung für den Museumsbetrieb erbringt. Dies dürfte nach dem oben Gesagten aber nur für solche Museen gelten, die nicht vorwiegend durch Benutzerentgelte finanziert werden, da ansonsten eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt.

Nach hier vertretender Ansicht kann auch die Tätigkeit eines Wachschatzes als eine solche Zusatzleistung für den Museumsbetrieb angesehen werden. Sofern das Museum nicht vorwiegend durch Benutzerentgelte finanziert wird, wäre eine Vergütung der Wachschatzdienstleistung daher mit dem Beihilferecht vereinbar. Eine solche Einschätzung ist allerdings mit Unwägbarkeiten verbunden, da es zu dieser Frage bislang keine Rechtsprechung gibt.

d) Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Eine (drohende) Wettbewerbsverfälschung liegt dann vor, wenn eine von einem Mitgliedstaat gewährte Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber seinen Wettbewer-

²² *Wagner/Lemonnier*, Zwischen wirtschaftlichem und staatlichem Charakter. Neben- und Annexstätigkeiten des Staates im EU-Beihilferecht, EuZW 2021, 45, 50.

²³ *Wagner/Lemonnier*, ebenda.

²⁴ Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. 2016/C 262/01, S. 9 (Fn. 50). Die Kommission argumentiert hier, dass sich diese Finanzierung in der Regel nicht auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken dürfte. Systematisch spricht das Argument aber eher gegen die wirtschaftlichen Charakter der Zusatzstätigkeit.

bern im innergemeinschaftlichen Handel verstärkt.²⁵ Eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten ist gegeben, wenn sich der Handelsverkehr ohne die Gewährung der Beihilfe in einer anderen Weise entwickeln könnte.²⁶

In der von der Rechtsprechung gebilligten Praxis werden diese beiden Tatbestandsmerkmale oft gemeinsam geprüft.²⁷

In ihrer Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe vertritt die Europäische Kommission die bereits erwähnte Ansicht, dass die öffentliche Finanzierung von Zusatzleistungen, die in Verbindung mit nichtwirtschaftlichen kulturellen oder für die Erhaltung des kulturellen Erbes bestimmten Tätigkeiten erbracht werden, sich in der Regel nicht auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken dürfte.²⁸

Demnach liegt auch mangels einer Auswirkung auf den Handel im Binnenmarkt in der marktunangemessen hohen Vergütung eines Tochterunternehmens einer Museumsstiftung keine unzulässige Beihilfe, wenn diese eine Zusatzleistung für den Museumsbetrieb erbringt.

Zwischenergebnis:

Es spricht viel dafür, dass in der marktunangemessen hohen Vergütung eines Tochterunternehmens einer Museumsstiftung keine unzulässige Beihilfe liegt, wenn dieses Unternehmen eine Zusatzleistung für den Museumsbetrieb erbringt. Dies dürfte aber nur für solche Museen gelten, die nicht vorwiegend durch Benutzerentgelte finanziert werden, da ansonsten eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Nach hier vertretender Ansicht kann auch die Tätigkeit eines Wachschatzes als eine solche Zusatzleistung für den Museumsbetrieb angesehen werden. Sofern das Museum nicht vorwiegend durch Benutzerentgelte finanziert wird, wäre eine Vergütung der Wachschatzdienstleistung daher mit dem Beihilferecht vereinbar. Eine solche Einschätzung ist allerdings mit Unwägbarkeiten verbunden, da es zu dieser Frage bislang keine Rechtsprechung gibt.

²⁵ EuGH 730/79, Slg. 1981, 2671, 2688f.

²⁶ *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 218.

²⁷ *Bartosch*, ebenda, Rn. 219.

²⁸ Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. 2016/C 262/01, S. 9 (Fn. 50).

e) Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung

Wäre die Vergütung der Zusatzleistung einer Tochtergesellschaft einer Museumsstiftung für den Museumsbetrieb entgegen der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich als verbotene Beihilfe einzustufen, so fragte es sich, ob diese Vergütung nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden könnte.

Die Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union²⁹ (Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung) bestimmt in Art. 3, dass Beihilferegelungen, Einzelbeihilfen auf der Grundlage von Beihilferegelungen und Ad-hoc-Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 2 oder 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anmeldepflicht nach Artikel 108 Absatz 3 AEUV freigestellt sind, sofern diese Beihilfen alle Voraussetzungen des Kapitels I der Verordnung sowie die für die betreffende Gruppe von Beihilfen geltenden Voraussetzungen des Kapitels III erfüllen.

Nach Art. 53 Abs. 1 der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung sind Beihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes im Sinne des Artikels 107 Absatz 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anmeldepflicht nach Artikel 108 Absatz 3 AEUV freigestellt, sofern die in Artikel 53 und in Kapitel I festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind. Gemäß Art. 53 Abs. 2 Buchstabe a) können Beihilfen für Museen gewährt werden und zwar als Investitionsbeihilfen oder Betriebsbeihilfen (Abs. 3). Bei Betriebsbeihilfen sind nach Art. 53 Abs. 5 beihilfefähig die Kosten für Personal, das für die kulturelle Einrichtung, die Kulturerbestätte oder ein Kulturprojekt arbeitet (Buchstabe e) und Kosten für Beratungs- und Unterstützungsdienstleistungen externer Beratungs- und Dienstleistungsunternehmen, die unmittelbar mit dem Projekt in Verbindung stehen (Buchstabe f).

Hierunter könnten auch Kosten für die Dienstleistung einer Tochtergesellschaft eines Museumsstiftung fallen, wenn dieses eine Unterstützungsdienstleistung für das Museum erbringt.

Nach Art. 5 Abs. 1 der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung muss es sich für eine Freistellung allerdings um eine sog. „transparente Beihilfe“ handeln, d.h., das Bruttosubventionsäquivalent der Beihilfe muss sich im Voraus genau berechnen lassen. Dies ist aber nicht bei Kapitalzuführungen der Fall, bei denen eine marktangemessene Vergütung

²⁹ ABl. 2014 L 187, 1, berichtigt ABl. 2014 L 283, 65, geändert durch VO (EU) 2017/1084, ABl. 2017 L 156, 1.

anhand des Prinzips vom marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber („market economy investor principle“) bestimmt werden muss.³⁰

Bei einem Geschäft, das aus Leistung und Gegenleistung besteht, wie der Beauftragung einer Dienstleistung, wird die Frage, ob eine Begünstigung vorliegt, anhand der Beurteilung der Marktangemessenheit beurteilt. Es handelt sich demnach nicht um eine „transparente Beihilfe“ i.S.d. Art. 5 der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung.

Wäre die Vergütung der Dienstleistung einer Tochtergesellschaft einer Museumsstiftung entgegen der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich als verbotene Beihilfe einzustufen, so könnte sie daher nicht nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden.

B. Zu Frage 1 b:

Inwieweit ergeben sich unterschiedliche Auswirkungen, je nachdem, ob ein mittelbarer oder unmittelbarer Bezug der beauftragten Dienstleistung zum öffentlichen Stiftungszweck vorliegt?

Der Zweck einer öffentlichen Stiftung ist als solcher beihilferechtlich nicht privilegiert. Insofern ergeben sich keine unterschiedlichen Auswirkungen je nachdem, ob ein mittelbarer oder unmittelbarer Bezug der beauftragten Dienstleistung zum öffentlichen Stiftungszweck vorliegt. Ein unmittelbarer Bezug spielt dagegen bei der Beurteilung von beihilferechtlich eigentlich wirtschaftlichen Tätigkeiten eine Rolle, die dann als nicht wirtschaftlich anzusehen sind, wenn sie untrennbar mit einer nicht wirtschaftlichen Tätigkeit (wie hoheitliche Tätigkeiten oder Tätigkeiten im Bereich der Kultur) verbunden sind – s. dazu oben unter II 3. c).

C. Zu Frage 1 c:

Welche Rechtsgrundlage definiert den Begriff „Kerngeschäft“ eines Unternehmens im Allgemeinen und von Museen im Besonderen? Welche anderen objektiven Kriterien werden herangezogen, um das Kerngeschäft eines Unternehmens zu bestimmen? Inwieweit ergeben sich hieraus Auswirkungen auf die beihilferechtliche Zulässigkeit der Beauftragung?

Das deutsche Recht definiert den Begriff „Kerngeschäft“ nicht.³¹ Der Begriff „Kerngeschäftsbereich“ wurde im Zusammenhang mit der Sanierung und Abwicklung von Kredit-

³⁰ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 5 VO 651/2014 Rn. 2.

instituten gesetzlich genutzt und inzwischen durch den Begriff „wesentliche Geschäftsaktivitäten“ ersetzt.³² In Verordnungen der Europäischen Kommission taucht der Begriff „Kerngeschäft“ vor allen Dingen im Bereich der Bankenabwicklung und der Einführung von Zöllen auf.

Auswirkungen auf die beihilferechtliche Zulässigkeit einer Beauftragung je nachdem, ob das "Kerngeschäft" des Unternehmens betroffen ist oder nicht, sind nicht ersichtlich.

D. Zu Frage 1 d und Frage 2:

Unter welchen Umständen dürfen Dienstleistungen, welche für den dauerhaften Betrieb notwendig sind, nicht mit eigenem Personal durchgeführt werden, sondern müssen ausgeschrieben werden, um nicht gegen das Beihilferecht zu verstoßen?

Inwiefern hätte es rechtliche Auswirkungen, wenn die nach Ziffer 1 beauftragte Dienstleistung nicht durch Mitarbeitende einer hundertprozentigen Tochterfirma in privater Rechtsform ausgeführt würde, sondern die Mitarbeitenden direkt bei der Stiftung angestellt wären?

Damit Dienstleistungen, die von eigenem Personal erbracht werden, gegen das Beihilferecht verstoßen können, müsste eine Begünstigung eines bestimmten Unternehmens i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegen.

Der Begriff des Unternehmens umfasst jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform, so dass auch eine Einheit der öffentlichen Verwaltung als Unternehmen angesehen werden kann, solange sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.³³ Die Entscheidung einer Behörde, Dritten die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung nicht zu gestatten, schließt das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit dabei nicht aus. Auch dann kann eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen, wenn andere Betreiber interessiert und in der Lage wären, die Dienstleistung auf dem betreffenden Markt zu erbringen.³⁴

³¹ Der Begriff taucht weder in *Weber* (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 24. Aufl. 2022, noch in *Tilch/Arloth* (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 2, 3. Aufl. 2001 auf.

³² § 40 Abs. 3 Nr. 3 Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen (Sanierungs- und Abwicklungsgesetz – SAG) vom 10. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2091) i.d.F. bis November 2015.

³³ Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. 2016/C 262/01, Ziff. 7f.

³⁴ Europäische Kommission, ebenda, Ziff. 14.

Voraussetzung für eine wirtschaftliche Tätigkeit ist aber zudem, dass Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden.³⁵ Ist dies nicht der Fall, weil das eigene Personal die Tätigkeit nur für das eigene Unternehmen ausführt, so scheidet eine verbotene Beihilfe schon aufgrund der mangelnden wirtschaftlichen Tätigkeit aus.

Zudem fragt es sich, worin die Begünstigung einer Einheit liegen soll, wenn keine Beauftragung einer Einheit vorliegt und kein Entgelt für die Dienstleistung entrichtet wurde, da die Dienstleistung durch eigenes Personal erbracht wird. Wenn kein Auftrag vergeben wird und kein Entgelt bezahlt wird, das danach beurteilt werden kann, ob es einem normalen Handelsgeschäft entspricht, so liegt auch keine wirtschaftliche Tätigkeit eines Unternehmens vor.

Dienstleistungen, die von eigenem Personal erbracht werden, können daher nach hier vertretener Ansicht im Regelfall nicht gegen das Beihilferecht verstoßen. Dies könnte anders zu beurteilen sein, wenn die Einheit, welche die Dienstleistung erbringt, sich so verselbstständigt hat, dass intern eine Beauftragung zu einem festgelegten Preis erfolgt. In einem solchen Fall könnte dann aber kaum mehr von „eigenem Personal“ gesprochen werden.

Dienstleistungen, die von eigenem Personal erbracht werden, verstoßen daher in der Regel nicht gegen das Beihilferecht.

Daher würde im Fall eines vorwiegend durch Nutzerentgelte finanzierten Museums die ansonsten bestehende Beihilferechtswidrigkeit der Vergütung entfallen, wenn die beauftragte Dienstleistung nicht durch Mitarbeitende einer hundertprozentigen Tochterfirma sondern durch direkt bei der Stiftung angestellte Mitarbeitende ausgeführt würde.

Im Fall eines nicht vorwiegend durch Nutzerentgelte finanzierten Museums hätte es nach hier vertretener Ansicht keine Rechtsfolgen, wenn die beauftragte Dienstleistung nicht durch Mitarbeitende einer hundertprozentigen Tochterfirma sondern durch direkt bei der Stiftung angestellte Mitarbeitende ausgeführt würde, da ein Verstoß gegen das Beihilferecht in diesem Fall ohnehin nicht vorliegen dürfte.

³⁵ EuGH, verbundenen Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, Rn. 75.

III. Ergebnisse

Zu Frage 1 und Frage 1a:

Die Tatsache, dass ein Vertrag vergaberechtlich ohne Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens abgeschlossen werden kann, bedeutet nicht zugleich, dass damit ein Verstoß gegen das Beihilferecht ausgeschlossen wäre.

Vergütet eine Museumsstiftung die Dienstleistung eines Tochterunternehmens zu einem höheren Preis, als es ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in ähnlicher Lage getan hätte, so könnte darin grundsätzlich eine Begünstigung i.S.d. europäischen Beihilferechts liegen.

Es spricht viel dafür, dass in der marktunangemessen hohen Vergütung eines Tochterunternehmens einer Museumsstiftung keine unzulässige Beihilfe liegt, wenn dieses Unternehmen eine Zusatzleistung für den Museumsbetrieb erbringt. Dies dürfte aber nur für solche Museen gelten, die nicht vorwiegend durch Benutzerentgelte finanziert werden, da ansonsten eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Nach hier vertretender Ansicht kann auch die Tätigkeit eines Wachschatzes als eine solche Zusatzleistung für den Museumsbetrieb angesehen werden. Sofern das Museum nicht vorwiegend durch Benutzerentgelte finanziert wird, wäre eine Vergütung der Wachschatzdienstleistung daher mit dem Beihilferecht vereinbar. Eine solche Einschätzung ist allerdings mit Unwägbarkeiten verbunden, da es zu dieser Frage bislang keine Rechtsprechung gibt.

Zu Frage 1 b:

Der Zweck einer öffentlichen Stiftung ist als solcher beihilferechtlich nicht privilegiert. Insofern ergeben sich keine unterschiedlichen Auswirkungen je nachdem, ob ein mittelbarer oder unmittelbarer Bezug der beauftragten Dienstleistung zum öffentlichen Stiftungszweck vorliegt.

Zu Frage 1 c:

Auswirkungen auf die beihilferechtliche Zulässigkeit einer Beauftragung je nachdem, ob das "Kerngeschäft" des Unternehmens betroffen ist oder nicht, sind nicht ersichtlich.

Zu Frage 1 d und Frage 2:

Dienstleistungen, die von eigenem Personal erbracht werden, verstoßen in der Regel nicht gegen das Beihilferecht.

Daher würde im Fall eines vorwiegend durch Nutzerentgelte finanzierten Museums die ansonsten bestehende Beihilferechtswidrigkeit der Vergütung entfallen, wenn die beauftragte Dienstleistung nicht durch Mitarbeitende einer hundertprozentigen Tochterfirma sondern durch direkt bei der Stiftung angestellte Mitarbeitende ausgeführt würde.

Im Fall eines nicht vorwiegend durch Nutzerentgelte finanziertes Museums hätte es nach hier vertretener Ansicht keine Rechtsfolgen, wenn die beauftragte Dienstleistung nicht durch Mitarbeitende einer hundertprozentigen Tochterfirma sondern durch direkt bei der Stiftung angestellte Mitarbeitende ausgeführt würde, da ein Verstoß gegen das Beihilferecht in diesem Fall ohnehin nicht vorliegen dürfte.

* * *