

Gutachten

für die

Stadt Köln

zur

**Vereinbarkeit des Bewerbungskonzepts der Stadt Köln für
ein nationales Fußballmuseum
mit den Vorschriften des EG-Beihilfenrechts**

9. Juli 2008

C/M/S/ Hasche Sigle

Avenue des Nerviens 85
B-1040 Brüssel

Inhalt

Seite

A. Sachverhalt	4
B. Fragestellung	5
C. Wesentliche Ergebnisse und Empfehlung	6
D. Rechtliche Bewertung	7
I. Beihilfentatbestand	7
1. Unternehmenseigenschaft.....	7
2. Begünstigung	8
a) Kosten-, pacht- und lastenfreie Überlassung eines Grundstücks durch die Stadt Köln.....	8
b) Wesentliche Baufinanzierung durch das Land Nordrhein-Westfalen.....	9
c) Beteiligung der Stadt Köln an der Betreibergesellschaft	10
d) Einschränkung durch die Kriterien der Altmark-Rechtsprechung?	11
3. Selektivität	11
4. (Drohende) Wettbewerbsverfälschung.....	11
a) Wettbewerb mit Freizeitparks.....	12
b) Wettbewerb mit anderen Fußballmuseen	12
c) Wettbewerb mit anderen Museen im Umfeld des Fußballmuseums	13
d) Wettbewerb mit gastronomischen und weiteren Betrieben.....	13
e) Zwischenergebnis.....	14
5. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.....	14
a) Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission	14
b) Würdigung	16
6. Freistellung über die <i>De-Minimis</i> -Verordnung?	17
7. Zwischenergebnis.....	18
II. Genehmigungsmöglichkeiten.....	18
1. Entscheidung bzgl. Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse	18
2. Gemeinschaftsrahmen für Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse	20
3. Art. 87 Abs. 3 lit. d) EG	20
a) Förderung der Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes	20
b) Keine Beeinträchtigung der Handels- und Wettbewerbsbedingungen der Gemeinschaft in einem Maße, welches dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft	21

4. Ergebnis	22
III. Rechtsfolgen bei vorzeitiger Gewährung.....	22
1. Nichtigkeitsrisiko	23
2. Rückforderungsrisiko	23
3. Bußgeldrisiko	23

A. Sachverhalt

Der Deutsche Fußball-Bund e.V. („DFB“) erwägt die Errichtung eines nationalen Fußballmuseums in Nordrhein-Westfalen. Der DFB ist ein gemeinnütziger eingetragener Verein, der in Teilbereichen auch unternehmerisch tätig ist, so etwa bei der Organisation der Spiele der Deutschen Nationalmannschaft (einschl. Ticketverkauf).

Der DFB hat bislang nicht entschieden, an welchem Standort das Museum errichtet werden soll. Bewerberstandorte sind neben Köln die Städte Gelsenkirchen, Dortmund und Oberhausen. Wenn sich der DFB für die Stadt Köln entscheidet, erwartet er die kosten-, lasten- und pachtfreie Bereitstellung eines Grundstücks durch die Stadt Köln bis zum 1. Januar 2010. Wir gehen davon aus, dass nur eine schuldrechtliche Überlassung des Grundstücks an eine noch zu errichtende Betreibergesellschaft, nicht aber eine dingliche Übereignung geschuldet sein wird. Der (Roh)Bau des Museums soll wesentlich vom Land Nordrhein-Westfalen finanziert werden. Die genauen Konditionen der Baufinanzierung sind uns nicht bekannt.

Vorgesehen sind die Errichtung und der Betrieb eines mehrstöckigen Museums mit einer Ausstellungsfläche einschl. Eingangsbereich und Multifunktionsflächen von ca. 3.700 m². Das Museum soll eine Dauerausstellung sowie Sonderausstellungen enthalten. Geplant sind ebenfalls ein Outdoor-Aktivbereich, ein Gastronomiebereich, ein Shop sowie Merchandisingaktivitäten. Inhaltlich liegt der Schwerpunkt der Ausstellung auf der Darstellung der historischen Entwicklung des Fußballs und dessen Einfluss auf Gesellschaft, Staat und Politik. Daneben ist eine Hall of Fame geplant. Die Ausstellungsinhalte sollen nicht nur durch eine reine „Vitrinenschau“, sondern auch durch filmische Darstellungen, Experimente, gegebenenfalls begehbare Modelle, Hands-On-Exponate, Animatronics, Spieleinrichtungen und Simulatoren vermittelt werden.

Der Betrieb des nationalen Fußballmuseums soll durch eine vom DFB, dem Land Nordrhein-Westfalen und der Stadt Köln gebildete Betreibergesellschaft erfolgen. Angedacht ist, dass sich die drei Parteien zu gleichen Teilen an der Gesellschaft beteiligen. Nach den bisherigen Gesprächen mit dem DFB ist nicht vorgesehen, dass diese Gesellschaft weiteren geschäftlichen Aktivitäten nachgehen soll. Gewinne bzw. Verluste dieser Betreibergesellschaft sollen partnerschaftlich, d.h. ebenfalls zu gleichen Teilen, getragen werden. Allerdings sind Inhalte und Strukturen der Gesellschaften noch nicht ausverhandelt worden. In der Öffentlichkeit soll das Projekt als Verbandsprojekt des DFB wahrgenommen werden.

Die geplante Besucherzahl liegt bei 370.000 Personen pro Jahr. Die Zielgruppe sind Ein-

wohner in einer PKW-Entfernung von bis zu 90 Minuten sowie Urlauber mit einer PKW-Entfernung von bis zu 30 Minuten zum Museum. Man rechnet jedoch damit, dass bei der Einwohnerzielgruppe der weitaus überwiegende Teil (annähernd 90%) nur eine Fahrzeit von bis zu 60 Minuten in Kauf nehmen wird.

Vorgesehen sind Eintrittspreise von EUR 5 - 7 pro Person. Nach den Berechnungen des DFB soll das Fußballmuseum einen jährlichen Überschuss von etwa EUR 420.000 erzielen. Nach den Berechnungen der Stadtkämmerei Köln ist von einem jährlichen Verlust in Höhe von EUR 730.000 auszugehen¹.

Im weiteren Umkreis des Museums befinden sich Einrichtungen, die sich in Teilbereichen an vergleichbare Zielgruppen richten. Hierzu zählen u.a. das Schokoladenmuseum in Köln (jährlich 600.000 Besucher, Ausstellungsfläche ca. 4.000 m²), das deutsche Sport & Olympia Museum (Ausstellungsfläche ca. 2.000 m²) sowie der Freizeitpark in Brühl². Die regulären Eintrittspreise liegen im Freizeitpark Brühl bei EUR 31, im Schokoladenmuseum bei EUR 6,50 und im Sport & Olympia Museum bei EUR 5.

Nach den Aussagen des Kölner Sportamts gibt es noch keine abschließenden Überlegungen zu der Frage, ob das Museum nicht nur im Inland, sondern auch im angrenzenden Ausland beworben werden soll. Dieses werde jedoch erwogen. Denkbar sei auch, die Informationsangebote (Prospekte, Führungen, Beschreibung von Exponaten) des Museums nicht nur auf Deutsch anzubieten, sondern auch in weiteren Sprachen. Aufgrund der Bedeutung und der finanziellen Dimension des Museums sollen überdies lokale und regionale Sponsoren nur begrenzt zum Zuge kommen. Es sei eher davon auszugehen, dass nationale und internationale Sponsoren zum Zuge kommen werden.

B. Fragestellung

Wir sind gebeten worden, zu prüfen, inwieweit das Bewerbungskonzept der Stadt Köln für das nationale Fußballmuseum mit den Vorschriften des EG-Beihilfenrechts in Einklang steht.

¹ Ohne Berücksichtigung des Vermögensverzehr für Erweiterungsinvestitionen. Nach den Zahlen des DFB beträgt der Überschuss nach Abzug von Erweiterungsinvestitionen im dritten Betriebsjahr noch etwa EUR 100.000.

² Zu denken wäre auch an den Kölner Zoo.

C. Wesentliche Ergebnisse und Empfehlung

1. Die kosten-, pacht- und lastenfreie Überlassung eines Grundstücks durch die Stadt Köln sowie die Beteiligung der Stadt Köln an der Betreibergesellschaft erfüllen mit einiger Wahrscheinlichkeit schon nicht den Beihilfentatbestand nach Art. 87 Abs. 1 EG. Dies wird allerdings nicht unwesentlich davon abhängen, inwieweit das Vorhaben über das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland hinaus beworben und vermarktet wird.
2. Sofern eine Beihilfe vorliegt, kann diese als Kulturbeihilfe nach Art. 87 Abs. 3 lit. d) EG genehmigt werden. Voraussetzung hierfür wäre eine förmliche Notifizierung bei der Europäischen Kommission. Die Genehmigungsaussichten sind gut, insbesondere da die Beihilfe der Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes dienen würde und auch nicht zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung der Handels- und Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft führen dürfte.
3. Sofern eine Beihilfe vorliegt, darf diese vor einer abschließenden Entscheidung der Europäischen Kommission nicht gewährt werden. Andernfalls droht wegen der Verletzung des EG-rechtlichen Durchführungsverbots (Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG) insbesondere die Nichtigkeit der Beihilfen gewährenden Verträge.
4. Um endgültige Rechtssicherheit über die Frage des Vorliegens einer Beihilfe zu erlangen, empfehlen wir, den Sachverhalt mit der Europäischen Kommission zu erörtern. Dies kann relativ kurzfristig und mit überschaubarem Aufwand geschehen.

D. Rechtliche Bewertung

Nachfolgend wird zunächst geprüft, ob (I.) insbesondere die kosten-, pacht- und lastenfreie Überlassung eines Grundstücks und die Beteiligung an der Betreibergesellschaft durch die Stadt Köln (aber auch die Baufinanzierung durch das Land Nordrhein-Westfalen) den Beihilfentatbestand nach Art. 87 Abs. 1 EG erfüllen und, falls dieses der Fall ist, ob (II.) die Gewährung dieser Beihilfen genehmigt werden kann³. Abschließend stellen wir (III.) noch kurz die möglichen Rechtsfolgen im Falle des Vorliegens einer vor einer Genehmigung gewährten Beihilfe dar.

I. Beihilfentatbestand

Beihilfen sind nach Art. 87 Abs. 1 EG alle (i) staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten (ii) Begünstigungen gleich welcher Art an (iii) bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige (Selektivität), die (iv) den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und (v) den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Beihilfen sind grundsätzlich verboten, sofern nicht eine Genehmigung vorliegt.

Das Tatbestandsmerkmal der Herkunft aus staatlichen Mitteln wäre im vorliegenden Kontext unzweifelhaft erfüllt, da das Grundstück von der Stadt Köln bereitgestellt wird, sich die Stadt an der Beteiligungsgesellschaft beteiligt und die wesentliche Baufinanzierung durch das Land Nordrhein-Westfalen erfolgt. Die weiteren Merkmale des Beihilfentatbestands werden nachfolgend näher untersucht.

1. Unternehmenseigenschaft

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH⁴ ist ein Unternehmen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Finanzierung. Eine wirtschaftliche Tätigkeit liegt dann vor, wenn Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden. Unerheblich ist dabei, ob eine Gewinnerzielungsabsicht besteht.⁵

³ Sofern durch die Stadt Köln und/oder das Land Nordrhein-Westfalen spezifische Infrastrukturmaßnahmen finanziert werden, die vor allem dem Museum zugute kommen (z.B. Errichtung von Parkplätzen), könnte dieses ebenfalls Beihilfenelemente enthalten. Dies wäre im Bedarfsfall weiter zu untersuchen.

⁴ Z.B. Urteil Rs. C-475/99 vom 25. Oktober 2001 – *Ambulanz Glöckner*, Randnummer 19 mwN.

⁵ Entscheidung der Europäischen Kommission vom 10. Oktober 2007, NN 50/2007 – *Übernahme staatlicher Haftungen für österreichische Bundesmuseen* – Rdn. 17 mwN. Etwas zurückhaltender Heidenhain, Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts (2003), § 4 Rdn. 50: „Gewinnorientierung jedenfalls dann unerheblich, wenn Wettbewerb mit gewinnorientierten Unternehmen besteht“. Hiervon ist jedoch vorliegend (siehe unten zu 4.) auszugehen.

Die Europäische Kommission hat bereits mehrfach den Betrieb von Museen als unternehmerische Tätigkeit bewertet.⁶ Das Gemeinschaftsunternehmen von DFB, dem Land Nordrhein-Westfalen und der Stadt Köln wird das Museum betreiben. Es wird dabei den Besuch der Ausstellung gegen die Zahlung eines Entgelts anbieten. Bereits dies weist darauf hin, dass die Betreibergesellschaft unternehmerisch tätig werden wird. Dies gilt erst recht, sofern die Betreibergesellschaft weitere geschäftliche Aktivitäten entfalten sollte, wie etwa das Betreiben des Museumsshops, der Museums-gastronomie oder Aktivitäten im Bereich Marketing und Sponsoring. Sollte die Betreibergesellschaft diese Aktivitäten nicht selbst ausüben, sondern Dritten gegen Entgelt überlassen (Pachtverträge o.ä.), wäre auch dies eine unternehmerische Tätigkeit der Betreibergesellschaft.

Unerheblich ist dabei, dass es sich bei der Betreibergesellschaft um ein Unternehmen im Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand (Stadt Köln und Land NRW) handelt. Auch öffentliche Unternehmen erfüllen die Unternehmenseigenschaft im Sinne des Beihilfenrechts. Unabhängig davon könnte auch der DFB als Unternehmen anzusehen sein, da dieser in Teilbereichen geschäftlichen Aktivitäten nachgeht und der Betrieb des Fußballmuseums in diesem Kontext stattfindet.

Eine Unternehmenseigenschaft (jedenfalls der Betreibergesellschaft) liegt damit vor.

2. Begünstigung

Das gemeinschaftsrechtlich nicht näher definierte Merkmal der Begünstigung ist nach der Rechtsprechung des EuGH und allgemeiner Meinung in der Literatur weit auszulegen. Begünstigung ist jede Form der Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils. Bei Grundstücksüberlassungen bzw. der Finanzierung von (Bau-)Projekten ist entscheidend, wie sich ein privater Investor in einer vergleichbaren Situation verhalten hätte.

a) Kosten-, pacht- und lastenfreie Überlassung eines Grundstücks durch die Stadt Köln

Ein privater Investor würde das Grundstück der Projektgesellschaft sicherlich nur dann kosten-, pacht- und lastenfrei überlassen, wenn die Rendite, die er als Ge-

⁶ Siehe insbesondere Entscheidung vom 10. Oktober 2007, NN 50/2007 – *Übernahme staatlicher Haftungen für österreichische Bundesmuseen* – Rdn. 17.

sellschafter erhält, höher wäre als die Einnahmen aus einer anderweitigen Verpachtung des Grundstückes. Des Weiteren würde ein privater Investor, der ein Grundstück in eine Gesellschaft kostenlos einbringt – je nach dem Beitrag der Mitgesellschafter – eine höhere Beteiligung verlangen. Gemessen an diesem Maßstab ist davon auszugehen, dass die kosten- und lastenfreie Bereitstellung des Grundstückes mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Begünstigung darstellt. Wir gehen dabei davon aus, dass für ein Grundstück am Rhein in unmittelbarer Nähe zum Hauptbahnhof ein weitaus höherer jährlicher Pachtzins erzielt werden könnte als durch die jährlichen Renditeerwartungen. Dies gilt auch dann, wenn man die Renditeerwartungen des DFB zugrunde legt und erst recht, wenn man auf die Berechnungen der Stadtkämmerei zurückgreift, die sogar von jährlichen Verlusten ausgeht.

Dieses Ergebnis wird noch verstärkt, sofern die Bereitstellung des Grundstückes keinen Niederschlag in der Beteiligungshöhe der Stadt Köln findet (vorausgesetzt, die Mitgesellschafter bringen nicht ihrerseits entsprechende Beiträge ein).

Unerheblich ist dabei, dass die Stadt Köln aus dem Museum indirekte finanzielle Vorteile ziehen kann, indem sie z.B. durch die Hotel- und Gastronomiebranche außerhalb des Museums von den erhöhten Besucherzahlen profitiert, wodurch die Stadt höhere Gewerbesteuereinnahmen erzielen kann. Entsprechende Vorteile durch Steuereinnahmen dürften bei der beihilfenrechtlichen Bewertung unberücksichtigt gelassen werden, da ein privater Investor vergleichbare Gewerbeeinnahmen aus Steuern eben nicht erzielen könnte.

Denkbar wäre allenfalls, dass die Stadt indirekte Vorteile durch eine erhöhte Nutzung des ÖPNV erzielt (d.h. über ihre Beteiligung an der KVB). Unabhängig davon, ob solche Vorteile überhaupt berücksichtigungsfähig wären, gehen wir allerdings davon aus, dass die dabei erzielbaren Vorteile nicht Größenordnungen erreichen, die die Begünstigung aufheben.

Insgesamt gehen wir daher vom Vorliegen einer Begünstigung aus.

b) Wesentliche Baufinanzierung durch das Land Nordrhein-Westfalen

Die zuvor aufgezeigten Erwägungen lassen sich auch auf die Finanzierung des Baus durch das Land Nordrhein-Westfalen übertragen. Hier wäre jedoch zu-

nächst festzustellen, zu welchen Konditionen diese Finanzierung erfolgt. Sodann wäre zu prüfen, ob eine solche Finanzierung marktgerecht ist. Ist dies nicht der Fall, läge auch hier eine Begünstigung vor.

c) **Beteiligung der Stadt Köln an der Betreibergesellschaft**

Es steht zwar noch nicht fest, wie die Betreibergesellschaft im Einzelnen ausgestaltet wird, doch ist angedacht, dass sich die Stadt Köln, das Land Nordrhein-Westfalen und der DFB zu gleichen Anteilen an dieser beteiligen. Gewinne wie auch Verluste sollen partnerschaftlich, d.h. zu gleichen Anteilen, getragen werden. Es stellt sich daher die Frage, ob die Beteiligung der Stadt - und die damit verbundene Verpflichtung zur anteiligen Verlustübernahme - eine Begünstigung darstellt. Entscheidend ist erneut, ob ein privater Investor in einer vergleichbaren Situation sich ebenfalls an der Betreibergesellschaft beteiligen würde.

In der Beteiligung der Stadt Köln an der Betreibergesellschaft als solches lässt sich noch keine beihilfenrechtliche Begünstigung erkennen, sofern sich alle Anteilseigner zu gleichen Teilen an der Gesellschaft beteiligen, vergleichbare Einlagen leisten und auch eine gleichmäßige Gewinnverteilung (folgt man den Berechnungen des DFB) erfolgt. Auch stünde die Übernahme anfänglicher Verluste der Betreibergesellschaft einer Beteiligung der Stadt Köln noch nicht zwingend entgegen⁷.

Zweifelhaft bleibt jedoch, ob ein privater Investor sich an der Betreibergesellschaft beteiligen würde, wenn die Parteien - wie vorliegend - deutlich unterschiedliche Erwartungen bezüglich der Gewinn- bzw. Verlussterwartungen haben. Während der DFB mit einem jährlichen Gewinn von etwa EUR 420.000 (abzüglich Erweiterungsinvestitionen z.B. im dritten Betriebsjahr etwa EUR 100.000) rechnet, geht die Stadtkämmerei von einem jährlichen Verlust von EUR 730.000 aus.

Daher lässt sich eine weitere Begünstigung durch die Beteiligung der Stadt Köln und eine damit verbundene Verpflichtung zur Verlustübernahme nicht vollständig ausschließen⁸.

⁷ Urteil Rs. C-303/88 vom 21. März 1991 – Italien, Rdn 21.

⁸ Bringt die Stadt Köln Vermögenswerte in die Betreibergesellschaft ein und erhält hierfür nur einen geringen Gewinn, so könnte dieses auch auf eine Begünstigung hinweisen, sofern ein privater Investor in diesem Fall ein anderes Investment mit einer höheren Renditeaussicht gewählt hätte.

d) Einschränkung durch die Kriterien der Altmark-Rechtsprechung?

Nach der *Altmark*-Rechtsprechung aus dem Jahr 2003⁹ enthalten Ausgleichszahlungen, die an mit der Erfüllung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betraute Unternehmen für die Erfüllung dieser Dienstleistungen erbracht werden, dann keine Beihilfenelemente, wenn neben einem sachgerechten Betrauungsakt auch die Ausgleichsparameter für die Berechnung des Defizitausgleichs vorab festgelegt werden. Daneben darf durch die Ausgleichszahlungen keine Überkompensation entstehen und die Unternehmenskosten für die Erbringung des öffentlichen Auftrags dürften nicht höher sein als die Kosten, die ein vergleichbares Unternehmen hätte (*Benchmark*-Vergleich).

Vorliegend kann bereits stark bezweifelt werden, ob die Errichtung und der Betrieb eines Fußballmuseums überhaupt die Erfüllung einer Gemeinwohlverpflichtung darstellt. Unabhängig davon dürfte die Erfüllung der weiteren Kriterien nur schwerlich gelingen. Dies gilt insbesondere für einen verlässlichen *Benchmark*-Vergleich. Ein Rückgriff auf die *Altmark*-Kriterien dürfte daher ausscheiden.

3. Selektivität

Eine Selektivität einer Begünstigung ist stets dann zu bejahen, wenn einem bestimmten Unternehmen, das in Wettbewerb zu Dritten steht, Vorteile gewährt werden. Wie nachfolgend näher dargestellt, wird man annehmen müssen, dass das Fußballmuseum aufgrund der geplanten inhaltlichen Ausrichtung jedenfalls in Teilbereichen mit anderen Einrichtungen in seinem Einzugsbereich konkurrieren wird, so insbesondere mit dem Schokoladenmuseum in Köln. Der hier relevante Vorteil wird aber nur dem Fußballmuseum gewährt. Eine Selektivität liegt daher vor.

4. (Drohende) Wettbewerbsverfälschung

Die Europäische Kommission geht in ihrer Entscheidungspraxis regelmäßig davon aus, dass Zuwendungen der öffentlichen Hand generell den Wettbewerb verfälschen

⁹ Urteil Rs. C-280/00 vom 24. Juli 2003 – *Altmark*.

oder hier zumindest geeignet sind, da sie einen äußeren Eingriff in das freie Wettbewerbsgeschehen darstellen.

Eine Ausnahme besteht jedoch dann, wenn es an jeglichem Wettbewerb fehlt¹⁰. Die Europäische Kommission stellt in ihrer Entscheidungspraxis im Hinblick auf Zuwendungen an Museen wesentlich darauf ab, ob diese in Wettbewerb mit anderen Einrichtungen treten können¹¹. Dieser Aspekt ist nachfolgend näher zu untersuchen.

a) Wettbewerb mit Freizeitparks

Die Europäische Kommission ist in mehreren Entscheidungen davon ausgegangen, dass Begünstigungen für Freizeitparks zu einer Wettbewerbsverfälschung führen können, wenn diese über lokale und regionale Grenzen hinaus im Wettbewerb zu anderen vergleichbaren Parks stünden¹².

Ob das Fußballmuseum auch in Konkurrenz zum Freizeitpark in Brühl (oder vergleichbaren Parks) stünde, ist fraglich. Freizeitparks dienen allein der Unterhaltung, wobei eigenen Aktivitäten der Besucher ein hoher Stellenwert zukommt. Demgegenüber fokussiert das geplante Fußballmuseum auf die Informationsvermittlung. Überdies dürfte sich die Preisstruktur des geplanten Fußballmuseums mit Eintrittsgeldern von EUR 5 - 7 beträchtlich von der Preisstruktur von Freizeitparks unterscheiden. So liegt der Preis für eine Tageskarte für einen Erwachsenen im Freizeitpark Brühl bei EUR 31¹³. Diese Gesichtspunkte sprechen gegen eine Wettbewerbsbeziehung mit dem Park in Brühl. Völlig ausschließen lässt sich eine solche Beziehung jedoch nach gegenwärtigem Erkenntnisstand nicht.

b) Wettbewerb mit anderen Fußballmuseen

Nach Angaben des DFB gibt es bislang für ein vereinsübergreifendes Fußballmuseum weder national noch international ein Vorbild. Es gibt zwar Fußballmuseen

¹⁰ Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. (2005), Rdn. 180.

¹¹ Die Europäische Kommission diskutiert die nachfolgend dargestellten Aspekte teilweise auch bereits bei dem Tatbestandsmerkmal der Unternehmenseigenschaft. So beispielsweise Entscheidung der Europäischen Kommission vom 10. Oktober 2007, NN 50/2007 – *Übernahme staatlicher Haftungen für österreichische Bundesmuseen* oder Entscheidung vom 18. Februar 2004, N 630/2003 – *Local Museums Region of Sardinia*.

¹² Siehe z.B. Entscheidung vom 8. September 2004, ABl. L 2005 135/21 – *Freizeitpark Bioscope*; Entscheidung vom 2. August 2002, C 42/2001 – *Terra Mítica*.

¹³ <http://www.phantasialand.de/25377/phantasialand/tickets-preise/sommersaison-2008/sommersaison-2008.html>

in Schottland, Norwegen und Kanada, doch sind diese bezogen auf Größe, Anspruch und Zielgruppe mit dem geplanten Projekt nicht vergleichbar. Gleiches gilt für die in Deutschland etablierten Vereinsmuseen. Zwar kann das National Football Museum in Preston (England) unter bestimmten Aspekten als Vorbild herangezogen werden, doch fehlt es hier bereits in geografischer Hinsicht an einem Wettbewerb, da sich nach der Konzeption das Fußballmuseum an Besucher richtet, die regelmäßig 60 Minuten (Einwohner) bzw. 30 Minuten (Touristen) vom Museum entfernt sind.

c) Wettbewerb mit anderen Museen im Umfeld des Fußballmuseums

Im näheren Umfeld des Fußballmuseums befinden sich mehrere Einrichtungen, die sich nach ihrer Konzeption jedenfalls in Teilbereichen an dieselben Zielgruppen wenden. Dies gilt insbesondere für das Schokoladenmuseum sowie evtl. für das Sport & Olympia Museum. Dies ergibt sich zunächst aus einer vergleichbaren Preisstruktur. So beträgt der reguläre Eintrittspreis für das Schokoladenmuseum EUR 6,50, für das Sport & Olympia Museum EUR 5 und für das geplante Fußballmuseum EUR 7. Angesprochen werden durch alle drei Museen Einwohner und Touristen.

Schließlich sind insbesondere das Schokoladen- und das geplante DFB-Museum in ihrer Ausstellungsgröße und (geplanten) Besucherzahlen vergleichbar, was ebenfalls auf eine Wettbewerberstellung hinweist. Während das Schokoladenmuseum eine Ausstellungsfläche von 4.000 m² hat, sind es beim DFB-Museum etwa 3.700 m² (einschl. Eingangsbereich und Multifunktionsflächen). Hier fällt das Sport & Olympia Museum mit 2.000 m² ein wenig ab. Schließlich haben das Schokoladen- und das geplante Fußballmuseum Besucherzahlen bzw. -erwartungen im weit sechsstelligen Bereich, was abschließend ein weiteres Indiz für die Vergleichbarkeit und damit die Wettbewerberstellung insbesondere dieser beiden Museen ist.

d) Wettbewerb mit gastronomischen und weiteren Betrieben

Vorgesehen ist ebenfalls, dass es im Museum weitere Geschäftstätigkeiten wie etwa einen Museumsshop oder eine Gastronomie geben wird, aus dem die Betreibergesellschaft unmittelbar oder mittelbar weitere Einnahmen erzielen wird. Diese Geschäftstätigkeiten stehen auf einem lokalen Markt im Wettbewerb

zu vergleichbaren privaten Unternehmen¹⁴. Auch ein Wettbewerb mit anderen Betrieben wie z.B. Zoos lässt sich nicht völlig ausschließen¹⁵.

e) **Zwischenergebnis**

Das Fußballmuseum wird sich in einem – wenn auch nicht ausgeprägten - Wettbewerb mit anderen Einrichtungen befinden. Daher besteht eine Wettbewerbsbeziehung, in die eine Begünstigung verfälschend eingreifen kann.

5. **Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten**

Bei diesem Tatbestandsmerkmal handelt es sich ebenfalls um eine weit auszulegende Bestimmung. In der Praxis prüft die Europäische Kommission, ob ein grenzüberschreitender Bezug besteht.

a) **Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission**

Die Europäische Kommission hat in verschiedenen Museumsfällen wesentlich darauf abgestellt, ob die begünstigten Museen nur einen lokalen Einzugsbereich hatten (dann keine Handelsbeeinträchtigung) oder ob (auch) ein internationaler Besucherkreis angesprochen wurde (dann Handelsbeeinträchtigung):

- In der Entscheidung *Bataviawerf* betonte die Europäische Kommission, dass eine örtliche Ausstellung bzgl. der Rekonstruktion eines Schiffes aus dem 17. Jahrhundert im Gegensatz zu nationalen Museen keine internationale Reputation genieße, ein Großteil der Besucher (75-85%) im Umkreis von 75 km um das Museum herum wohne und man sich vor allem an natürliche Personen und lokal ansässige Unternehmen als Sponsoren wende¹⁶. Eine Handelsbeeinträchtigung schied daher aus.
- Ähnlich argumentierte die Europäische Kommission in der Entscheidung *Local Museums Region of Sardinia*¹⁷:

¹⁴ Siehe auch Entscheidung der Europäischen Kommission vom 10. Oktober 2007, NN 50/2007 – *Übernahme staatlicher Haftungen für österreichische Bundesmuseen*, Rdn. 19.

¹⁵ Vgl. Entscheidung vom 8. September 2004, ABl. L 2005 135/21 – *Freizeitpark Bioscope*, Rdn. 73.

¹⁶ Entscheidung vom 28. November 2007, N 377/2007 – *Bataviawerf - Reconstruction of a vessel from the 17th century*, Rdn. 18.

¹⁷ Entscheidung vom 18. Februar 2004 – *Local Museums Region of Sardinia*, S. 3; siehe auch Entscheidung vom 21. Januar 2003, NN 136/02 – *Mesure concernant l'Ecomusee d'Alsace*, S. 3.

„With the exception of a few large and international renowned museums, citizens do not cross borders with the principal aim to visit them. The Commission has generally deemed that local museum projects of limited scale do not affect trade between Member States. Accordingly, considering the local nature of the activities to be supported by the notified scheme, their limited scale and the modest amount of financial assistance, the Commission considers that the measure does not have an impact on intra-community trade”

- Hingegen stellte die Europäische Kommission in der *österreichischen Bundesmuseen*-Entscheidung klar, dass große Ausstellungen in bekannten Museen durchaus ein internationales Publikum anziehen könnten und deshalb eine Förderung dieser Museen Auswirkungen auf den mitgliedstaatlichen Handel habe¹⁸. Ebenso argumentierte die Europäische Kommission im Hinblick auf sehr bekannte Denkmalstätten und kulturelle Veranstaltungen¹⁹.
- Die Europäische Kommission scheint allerdings im Zweifel dazu zu neigen, eine Beihilfe anzunehmen und diese dann im Rahmen einer Rechtfertigungsprüfung zu genehmigen. Darauf weist die Entscheidung *Brighton Pier West* hin, in der es um Unterstützungsmaßnahmen zugunsten eines historischen Badestegs in Südengland ging. Dort hatte die Europäische Kommission zusätzlich geprüft, ob die streitgegenständlichen Maßnahmen nach Art. 87 Abs. 3 lit. d) EG gerechtfertigt waren, obwohl sie eigentlich davon ausging, dass keine Handelsbeeinträchtigung vorlag und damit der Beihilfentatbestand ausschied²⁰.

Ein ähnliches Abgrenzungsbild wie bei Museen ergibt sich, wenn man verschiedene Kommissionsentscheidungen zu Freizeitparks betrachtet:

- So argumentierte die Europäische Kommission in der Entscheidung *Freizeitbad Dorsten*²¹, dass der Einzugsbereich des zu fördernden Freizeitbads auf einen Umkreis von 50 km um das Bad herum begrenzt sei, innerhalb dieses

¹⁸ Entscheidung vom 10. Oktober 2007, NN 50/2007 – *Übernahme staatlicher Haftungen für österreichische Bundesmuseen*, Rdn. 22.

¹⁹ Entscheidung vom 18. Juli 2007, N 276/2007 – *Aid measures with a cultural objective under the Regional Development Operational Programme*, Rdn. 27.

²⁰ Entscheidung N 560/01 und NN 17/02 vom 9. April 2002 – *Brighton Pier West*.

²¹ Entscheidung N 258/00 vom 12. Januar 2001 – *Freizeitbad Dorsten*, S. 5.

Radius keine mitgliedstaatliche Grenze überschritten werde und damit kein grenzüberschreitender Bezug vorliege.

Die Europäische Kommission hob auch hervor,

„dass diese Maßnahme von anderen Beihilfen durchaus unterschieden werden kann, die die Entwicklung großer Freizeitparks fördern, die auf einen nationalen, oder sogar internationalen Markt ausgerichtet sind und weit über die Region hinaus, in der sie gelegen sind, beworben werden.“

- In der *Freizeitpark Terra Mítica*-Entscheidung²² begründete die Europäische Kommission hingegen die Internationalität und damit den grenzüberschreitenden Bezug auch mit der vorgesehenen Werbung, die auf die Gewinnung von Gästen aus dem Ausland hinwirke. Unerheblich war der Europäischen Kommission, dass die Primärnachfrage hauptsächlich von der im Umkreis des Freizeitparks lebenden Bevölkerung kam.
- Ein weiteres Argument für einen grenzüberschreitenden Bezug findet sich in der *Space Park Bremen*-Entscheidung. Dort ging es um finanzielle Unterstützungsmaßnahmen des Landes Bremen für die Ansiedlung eines Raumfahrt-themenparks auf dem Gelände einer ehemaligen Bremer Werft. Dort begründete die Europäische Kommission die Handelsbeeinträchtigung bereits mit den internationalen Aktivitäten des seinerzeitigen Anteilseigners der Betreibergesellschaft²³:

„Außerdem kommt die Maßnahme mittelbar der [...] AG zugute, einer internationalen Immobiliengesellschaft. Auch aus diesem Grund wird der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt.“

b) Würdigung

Das Fußballmuseum stellt die Entwicklung des deutschen Fußballs dar und beleuchtet im Wesentlichen seine Beziehungen zur Gesellschaft und Politik in Deutschland. Es spricht damit in erster Linie Inländer und nicht Personen an, die

²² Entscheidung C 42/2001 vom 2. August 2002 – *Terra Mítica*, Rdn. 60.

²³ Entscheidung C 52/2003 vom 17. September 2003 – *Space Park Bremen*, Rdn. 25.

im Ausland leben. Das Fußballmuseum richtet sich zudem vorwiegend an Einwohner, die bis zu 60 Minuten entfernt wohnen, sowie an Urlauber, die bis zu 30 Minuten vom Museum entfernt wohnen. Der Einzugsbereich des Museums ist damit (fast) ausschließlich auf das Einzugsgebiet der Bundesrepublik Deutschland begrenzt. Dieses weist sehr darauf hin, dass es an einem grenzüberschreitenden Bezug und an einer Handelsbeeinträchtigung fehlen wird. Gänzlich ausschließen lässt er sich jedoch nicht, wenn man berücksichtigt, dass der DFB als einer der Anteilseigner in einem internationalen Umfeld tätig ist.

Überdies steigt die Wahrscheinlichkeit eines grenzüberschreitenden Bezugs, je mehr das geplante Museum ausländische Besucher anspricht. Ein Hinweis auf einen grenzüberschreitenden Bezug wären Werbemaßnahmen, die sich an Ausländer wenden oder die im (angrenzenden) Ausland vorgenommen werden würden. Überdies würde ein mehrsprachiges Informationsangebot im Museum sicherlich vermehrt ausländische Gäste anziehen und damit auch ein Indiz für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs sein. Entschließt sich die Betreibergesellschaft überdies, nach nationalen und internationalen Sponsoren zu suchen, weist dieses ebenfalls auf einen grenzüberschreitenden Bezug hin. Zu vermuten ist, dass dabei insbesondere internationale Sportartikelkonzerne auftreten werden (adidas, Nike, PUMA), die ihrerseits internationale Vermarktungsbemühungen unterstützen werden. Lokale und regionale Sponsoren werden dagegen sicherlich nur begrenzt zum Zuge kommen.

6. Freistellung über die *De-Minimis*-Verordnung?

Nach der so genannten *De-Minimis*-Verordnung der Europäischen Kommission erfüllen Begünstigungen, die in einem Zeitraum von drei Steuerjahren eine Gesamtsumme von EUR 200.000 nicht übersteigen, regelmäßig nicht den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG. Die Anwendung dieser Vorschrift scheidet jedoch auf der Grundlage der Zahlen der Stadtkämmerei in jedem Fall aus, da in diesem neben den entgangenen Einnahmen aus einer möglichen Verpachtung bereits der in einem Zeitraum von drei Jahren zu leistende Defizitausgleich die Grenze von EUR 200.000 deutlich übersteigen dürfte.

Geht man von den optimistischeren Zahlen des DFB aus, stellt sich die Frage, ob die Begünstigung nach den oben dargestellten Kriterien EUR 200.000 in drei Steuerjahren überschreitet, ob also z.B. die infolge einer Verpachtung an einen Dritten jährlich

erzielbaren Mehreinnahmen zumindest EUR 67.000 betragen würden. Ist dies der Fall (was zu vermuten ist), würde auch auf der Grundlage der positiveren Zahlen des DFB eine Freistellung über die *De-Minimis-Verordnung* ausscheiden.²⁴

7. Zwischenergebnis

Es bestehen einige sehr gewichtige Ansatzpunkte dafür, dass eine Begünstigung des Fußballmuseums nicht zu einer Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Handels zwischen Mitgliedstaaten führt. Vor dem Hintergrund der in der Praxis sehr weiten Auslegung dieses Merkmals wird man aber nicht gänzlich ausschließen können, dass die Europäische Kommission zu einer anderen Auffassung kommt. Je stärker eine grenzüberschreitende Vermarktung des Museums vorgenommen wird, desto größer wird auch die Wahrscheinlichkeit, dass die Europäische Kommission einen grenzüberschreitenden Bezug annehmen wird und damit den Beihilfentatbestand nach Art. 87 Abs. 1 EG bejaht.

II. Genehmigungsmöglichkeiten

Geht man davon aus, dass eine Begünstigung zugunsten des DFB-Museums den Beihilfentatbestand nach Art. 87 Abs. 1 EG erfüllt, ist diese vor einer Gewährung bei der Europäischen Kommission nach Art. 88 Abs. 3 EG anzumelden. Diese wird dann in einem Prüfverfahren die Beihilfe auf ihre Genehmigungsmöglichkeit hin überprüfen.

Genehmigungsmöglichkeiten finden sich im EG-Vertrag vor allem in Art. 86 Abs. 2 EG sowie in Art. 87 Abs. 2 und 3 EG. Zur Konkretisierung dieser sehr allgemein gehaltenen Vorschriften hat die Europäische Kommission eine Reihe von Auslegungsregeln etwa in der Form von Verordnungen, Leitlinien, Gemeinschaftsrahmen und Entscheidungen erlassen. Nachfolgend werden nun diejenigen Möglichkeiten dargestellt, die vorliegend in Betracht kommen können.

1. Entscheidung bzgl. Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse

Nach der „Entscheidung der Europäischen Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG auf staatliche Beihilfen, die mit der

²⁴ Dabei ist hier noch nicht berücksichtigt, ob die Stadt Köln für die Überlassung des Grundstücks eine höhere Beteiligung erhalten würde.

Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden“²⁵ müssen Beihilfen, die in den Anwendungsbereich der Entscheidung fallen, bei der Europäischen Kommission nicht angemeldet werden und gelten überdies als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar, d.h. sie sind gerechtfertigt. In den Anwendungsbereich der Entscheidung fallen Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser, an im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen, an kleine See- und Flughäfen und an umsatzschwache Unternehmen sowie Ausgleichszahlungen für bestimmte Flug- und Schiffsverbindungen zu Inseln.

Vorliegend käme dabei allenfalls in Betracht, dass es sich bei der Betreibergesellschaft um ein umsatzschwaches Unternehmen handelt. Umsatzschwache Unternehmen sind nach der Entscheidung Unternehmen mit einem Jahresumsatz mit allen Tätigkeiten vor Steuern in den beiden letzten Jahren vor Übernahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse von weniger als insgesamt EUR 100 Mio. und einer jährlichen Ausgleichszahlung von weniger als EUR 30 Mio.

Greift man auf die Grundsätze zur Umsatzberechnung bei KMU im Beihilfenrecht zurück, so sind für die Bestimmung des Umsatzes der Betreibergesellschaft die Umsätze ihrer Muttergesellschaften mit hinzuzurechnen. Es ist davon auszugehen, dass die Umsätze aus den wirtschaftlichen Aktivitäten der Stadt Köln, des Lands Nordrhein-Westfalen und des DFB sicher den Schwellenwert von EUR 100 Mio. übersteigen, so dass man die Betreibergesellschaft kaum als umsatzschwaches Unternehmen ansehen wird.

Unabhängig davon ist sehr fraglich, ob der Betrieb eines Fußballmuseums überhaupt eine Dienstleistung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse darstellt.

Insgesamt wird eine Rechtfertigung über die Entscheidung bzgl. Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse wohl ausscheiden.

²⁵ Entgegen dem Wortlaut handelt es sich bei der „Entscheidung“ um eine abstrakt-generelle Regelung.

2. **Gemeinschaftsrahmen für Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse**

Eine weitere, theoretisch denkbare Rechtfertigungsmöglichkeit für Ausgleichsleistungen bietet der am 29. November 2005 veröffentlichte „Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden“. Im Gegensatz zur oben dargestellten Entscheidung bliebe hier jedoch eine Notifikationspflicht bestehen. Dafür ist der Anwendungsbereich nicht auf die in der Entscheidung genannten Unternehmen und Dienstleistungen beschränkt.

Erneut stellt sich dabei jedoch die Frage, ob die Erstellung und der Betrieb eines Fußballmuseums eine Aufgabe der Gemeinwohlverpflichtung ist, so dass auch hier eine Rechtfertigung über eine unmittelbare Anwendung des Gemeinschaftsrahmens wohl kaum möglich sein dürfte. Die Europäische Kommission geht in ihrer jüngeren Entscheidungspraxis zu Museen auf diese Rechtfertigungsmöglichkeit nicht ein, sondern fokussiert allein auf die Vorschrift Art. 87 Abs. 3 lit. d) EG²⁶.

3. **Art. 87 Abs. 3 lit. d) EG**

Nach dieser Vorschrift ist eine Genehmigung dann möglich, wenn die Beihilfe zur Förderung der Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes eingesetzt wird, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen der Gemeinschaft nicht in einem Maße beeinträchtigt, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

a) **Förderung der Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes**

Der Mitteilung der Kommission zu bestimmten Rechtsfragen im Zusammenhang mit Kinofilmen und anderen audiovisuellen Produkten von 2001²⁷ und die in diesem Bereich ergangenen Entscheidungen der Europäischen Kommission vermitteln den Eindruck, dass die Europäische Kommission die inhaltliche Bestimmung des Begriffs der Kultur weitgehend den Mitgliedstaaten überlassen will²⁸. Be-

²⁶ Entscheidung vom 18. Juli 2007, N 276/2007 - *Hungarian Regional Development Programmes*; Entscheidung vom 10. Oktober 2007, NN 50/2007 – *Staatliche Haftungen für österreichische Bundesmuseen*; Entscheidung vom 30. Januar 2008, N 357/2007 - *Hungarian National Cultural Fund*.

²⁷ Mitteilung KOM/2001/0534 endg.; zuletzt verlängert durch Mitteilung der Kommission vom 13. Juni 2007 (IP/07/820) bis zum 31. Dezember 2009.

²⁸ Heidenhain, Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts (2003), § 19 Rdn. 3 Fn. 11.

trachtet man die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission zu Museen, bei denen sie in die Rechtfertigungsprüfung nach Art. 87 Abs. 3 lit. d EG eingestiegen ist, hat die Europäische Kommission Museen unter anderem in den Bereichen „Luftfahrt“²⁹ bzw. „Pflege regionaler Traditionen“³⁰ unter dem Begriff der Kultur subsumiert. Angesichts der weiten Auslegung des Kulturbegriffs wird man auch ein Museum, welches die Geschichte des Fußballs und seine Wechselwirkungen mit Politik und Gesellschaft beleuchtet, dem Kulturbereich zurechnen können. Überdies ist insbesondere die Nachkriegsgeschichte Deutschlands eng mit dem Fußball verbunden, so dass ein Fußballmuseum, das die Geschichte des Fußballs beleuchtet, auch der Erhaltung des kulturellen Erbes dient.

b) Keine Beeinträchtigung der Handels- und Wettbewerbsbedingungen der Gemeinschaft in einem Maße, welches dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft

Die Europäische Kommission wägt bei diesem Merkmal die Vor- und Nachteile des Vorhabens im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung³¹ gegeneinander ab.

Vorliegend ist dabei davon auszugehen, dass die Zuwendungen der Stadt und eventuell des Landes notwendig sind, um mittels moderater Eintrittspreise breite Schichten der Bevölkerung ansprechen zu können. Dies wiederum erscheint notwendig, um das Projekt überhaupt realisieren zu können.

Dabei führt die Begünstigung nach gegenwärtigem Erkenntnisstand auch nicht zu einer Überkompensation. Nach den Zahlen der Stadtkämmerei würde kein Gewinn, nach den Zahlen des DFB nur ein moderater Gewinn erzielt. Die jährlichen Gewinne sollen nach Berechnung des DFB bei etwa EUR 420.000 liegen und reduzieren sich nach Abzug von Erweiterungsinvestitionen z.B. im dritten Betriebsjahr auf ca. EUR 100.000. Der Gemeinschaftsrahmen zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zeigt, dass die Erzielung einer angemessenen Rendite die Rechtfertigung einer Beihilfe nicht ausschließt. Allerdings

²⁹ Entscheidung vom 15. Oktober 2003 – N 221/2003 – *Aviadrome*.

³⁰ Entscheidung vom 21. Januar 2003, NN 136/02 – *Mesures concernant l'Ecomusée d'Alsace*.

³¹ Entscheidung vom 18. Juli 2007, N 276/2007 - *Hungarian Regional Development Programmes*, Rdn. 34; Entscheidung vom 30. Januar 2008, N 357/2007 - *Hungarian National Cultural Fund*, Rdn. 42.

darf die Höhe der Renditen nicht über das branchenübliche Maß hinausgehen³². Legt man diesen Maßstab zugrunde, so steht die Erzielung der vom DFB berechneten Gewinne einer Verhältnismäßigkeit der Begünstigung nicht entgegen.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Wettbewerbsbeziehung zu anderen Museen nur in Teilbereichen besteht (insbesondere bei der Zielgruppe der Familien) und auch der gemeinschaftliche Handel allenfalls geringfügig tangiert wird.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich der Fußballsport in den vergangenen Jahrzehnten immer wieder positiv auf Gesellschaft und Politik ausgewirkt hat. Dies gilt im Kleinen (z.B. durch Jugendarbeit, die Werte wie Teamgeist und Fairness vermitteln kann) wie im Großen (z.B. durch Fußball-WM). Ein Fußballmuseum, das auf die positiven Auswirkungen des Fußballsports hinweist, wird damit selbst positiv tätig. Auch die Europäische Kommission hat in anderem Zusammenhang bereits betont, dass die positiven Auswirkungen von Museen auf andere Lebensbereiche einen Rechtfertigungsgrund darstellen können³³.

Ingesamt dürfte daher das Vorhaben auch zu keiner Beeinträchtigung der Handels- und Wettbewerbsbedingungen der Gemeinschaft in einem Maße führen, welches dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

4. Ergebnis

Sofern eine Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG vorliegt, sprechen sehr gute Argumente dafür, dass diese über das Merkmal der Kulturförderung nach Vorschrift des Art. 87 Abs. 3 lit. d) EG von der Europäischen Kommission genehmigt werden kann.

III. Rechtsfolgen bei vorzeitiger Gewährung

Geht man davon aus, dass vorliegend der Beihilfentatbestand nach Art. 87 Abs. 1 EG erfüllt ist, ist die Begünstigung zugunsten des geplanten DFB-Museums bei der Europäischen Kommission anzumelden. Sofern die Beihilfe vor einer abschließenden Entscheidung der Europäischen Kommission gewährt wird, verstößt diese gegen das EG-beihil-

³² Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt wurden, ABl. 2005 C 297/4, insbesondere Rdn. 14 und 18.

³³ Entscheidung vom 10. Oktober 2007, NN 50/2007 – *Staatliche Haftungen für österreichische Bundesmuseen*, Rdn. 30.

fenrechtliche Durchführungsverbot gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG. Dies kann dann verschiedene rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

1. Nichtigkeitsrisiko

Nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt der Verstoß gegen das Durchführungsverbot nach § 134 BGB zur Nichtigkeit der Beihilfen gewährenden Verträge³⁴. Eine nachträgliche Heilung auf Grund einer positiven Kommissionsentscheidung ist nach h.M. nicht möglich³⁵.

2. Rückforderungsrisiko

Die Europäische Kommission kann zum Abschluss eines Prüfverfahrens vom betroffenen Mitgliedstaat verlangen, eine zuvor gewährte Beihilfe zurückzufordern. Die Verletzung des Durchführungsverbots ist hierfür aber nicht ausreichend. Stattdessen muss ein materieller Verstoß bestehen, d.h. die Beihilfe darf nicht gerechtfertigt sein (was vorliegend aber der Fall wäre).

Daneben kann sie in Ausnahmefällen während des Prüfverfahrens die einstweilige Rückforderung anzuordnen, sofern die Beihilfe zuvor unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot gewährt wurde. Ein solcher Ausnahmefall wäre vorliegend eher nicht gegeben. Auch hat die Kommission von der Möglichkeit der einstweiligen Rückforderung bislang kaum Gebrauch gemacht.

Darüber hinaus können die deutschen Gerichte aufgrund einer Verletzung des Durchführungsverbots grundsätzlich die Rückforderung der gewährten Beihilfen verlangen, wobei es allerdings zu diesem Aspekt bislang keine gefestigte Urteilspraxis gibt. Dies gilt insbesondere für Klagen von Wettbewerbern.

3. Bußgeldrisiko

Die Verletzung des Durchführungsverbots ist nicht bußgeldbewehrt.

Dr. Michael Bauer / Dr. Matthias Nordmann, LL.M.

³⁴ BGH EuZW 2003, 444.

³⁵ Schmidt-Räntsch NJW 2005, 106 mwN.