

## POSTĘPOWANIA ZWIĄZANE Z REALIZACJĄ POLITYKI KONKURENCJI

## KOMISJA EUROPEJSKA

## POMOC PAŃSTWA – NIEMCY

**Pomoc państwa SA.23129 (12/C) (ex 12/NN) – Sprzedaż i leasing zwrotny budynków mieszkalnych w Neubrandenburg**

**Zaproszenie do zgłaszania uwag zgodnie z art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej**

**(Tekst mający znaczenie dla EOG)**

(2012/C 141/07)

Pismem z dnia 21 marca 2012 r., zamieszczonym w autentycznej wersji językowej na stronach następujących po niniejszym streszczeniu, Komisja powiadomiła Niemcy o swojej decyzji w sprawie wszczęcia postępowania określonego w art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej dotyczącego wyżej wspomnianego środka pomocy.

Zainteresowane strony mogą zgłaszać uwagi w terminie jednego miesiąca od daty publikacji niniejszego streszczenia i następującego po nim pisma na adres:

European Commission  
Directorate-General for Competition  
State aid Greffe  
J-70 3/232  
1049 Bruxelles/Brussel  
BELGIQUE/BELGIË  
Faks +32 22961242

Otrzymane uwagi zostaną przekazane władzom niemieckim. Zainteresowane strony zgłaszające uwagi mogą wystąpić z odpowiednio uzasadnionym pisemnym wnioskiem o objęcie ich tożsamości klauzulą poufności.

## TEKST STRESZCZENIA

## PROCEDURA

- (1) W dniu 30 marca 2007 r. spółka Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft (zwana dalej „skarżącym”) skierowała do Komisji skargę dotyczącą domniemanej bezprawnej pomocy państwa przyznanej spółce Bavaria Immobiliengesellschaft (zwanej dalej „Bawarią”), będącą funduszem dokonującym inwestycji budowlanych, poprzez umowy zawarte między Bawarią i skarżącym.
- (2) W 2007 r. skarżący wszczął również analogiczne postępowanie przed regionalnym sądem niższej instancji w Rostoku, wnosząc o unieważnienie umów. W dniu 28 listopada 2008 r. sąd oddalił wniosek, stwierdzając, że umowy nie naruszały ani krajowych przepisów dotyczących dobrych obyczajów ani przepisów UE dotyczących pomocy państwa.
- (3) W piśmie z dnia 29 lipca 2009 r. Komisja przedstawiła skarżącemu ocenę wstępną, stwierdzając, że, w oparciu o dostępne wtedy informacje, środek nie stanowi pomocy w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.
- (4) W dniu 9 października 2009 r. skarżący zakwestionował ocenę wstępną Komisji przed Sądem. Ponadto skarżący złożył skargę przeciwko Komisji w sprawie zaniechania działania zgodnie z art. 265 TFUE, ze względu na to, że nie wszczęła ona formalnego postępowania wyjaśniającego zgodnie z art. 108 ust. 2 TFUE. W dniu 12 stycznia 2012 r. Sąd oddalił wniosek jako niedopuszczalny.
- (5) W dniu 19 stycznia 2012 r. skarżący wezwał Komisję do podjęcia działań w tej sprawie w ciągu dwóch miesięcy i zagroził złożeniem kolejnej skargi w sprawie zaniechania działania.

### OPIS ŚRODKÓW POMOCY

- (6) W 1998 r. skarżący zawarł szereg umów sprzedaży i leasingu zwrotnego dla 12 bloków w Neubrandenburg, w których łącznie znajduje się 557 mieszkań.
- (7) W ujęciu bardziej szczegółowym transakcja obejmowała dwa główne elementy, tj. umowę dotyczącą leasingu budynków (*Erbbaurechtsvertrag*, zwaną dalej EBV) oraz umowę administracyjną (*Generalverwaltervertrag*, zwaną dalej GVV):
- EBV stanowi pierwszy element transakcji i zawiera zapis, że Bavaria nabywa budynki objęte umową i płaci stałą opłatę (częściowo w formie skapitalizowanej zaliczki) za użytkowanie gruntu, na którym wzniesiono budynki,
  - GVV jest drugim elementem transakcji i zawiera zobowiązanie Bavarii do przeprowadzenia całkowitej renowacji budynków. W zamian skarżący wyraża zgodę na wzięcie budynków w długoterminowy leasing, płacąc miesięczne raty, których wysokość wzrosnie podwójnie po zakończeniu prac renowacyjnych.

### STANOWISKO SKARŻĄCEGO

- (8) Skarżący utrzymuje, że umowy zawarte między nim a Bavarią przyznawały tej ostatniej nieuzasadnioną korzyść gospodarczą. Skarżący argumentuje, że warunki obydwu umów nie spełniły zasady prywatnego inwestora oraz że umowy te zawarto nie przestrzegając przepisów dotyczących pomocy państwa, skupiając się jedynie na regionalnych celach politycznych i naciskach, aby uzyskać finansowaną przez państwo redukcję długów przewidzianą w ustawie o pomocy w spłaceniu starych długów (*Alt schuldenhilfegesetz*)<sup>(1)</sup>.
- (9) Skarżący twierdzi, że obie umowy przysparzają mu znaczących strat. Jeśli chodzi o GVV, skarżący argumentuje, że stałe raty leasingowe wynikające z umowy administracyjnej są znacznie wyższe niż dochód, który skarżący jest w stanie osiągnąć z budynków objętych umową. Jeśli chodzi o EBV, skarżący jest zdania, że cena sprzedaży budynków była znacznie poniżej rzeczywistej wartości budynków, co stało się przyczyną dalszych strat.

### STANOWISKO WŁADZ NIEMIECKICH I ANALOGICZNE POSTĘPOWANIE PRZED SĄDAMI KRAJOWYMI

- (10) Władze niemieckie odnoszą się do art. 20 ust. 2 rozporządzenia proceduralnego z 1999 r.<sup>(2)</sup> i twierdzą, że z powodu braku publicznie dostępnych informacji Komisja

powstrzymuje się od zajęcia stanowiska w tej sprawie. Władze niemieckie podkreślają, że jedynie skarżący mógłby dysponować materiałami niezbędnymi do przeprowadzenia takiej analizy.

- (11) Wraz z zawiadomieniem Komisji skarżący wszczął również postępowanie na szczeblu krajowym przed sądem krajowym w Rostoku, wnosząc o unieważnienie umowy lub jej elementów składowych stwierdzając: 1) naruszenie krajowych przepisów dotyczących dobrych obyczajów zgodnie z §138 niemieckiego kodeksu prawa cywilnego (BGB) oraz 2) naruszenie art. 107 ust. 1 TFUE.
- (12) W listopadzie 2008 r. sąd krajowy w Rostoku oddalił wniosek w całości stwierdzając, że umowę należy utrzymać w mocy. W sprawie pierwszego zarzutu sąd stwierdził, że umowy nie wykazują dysproporcji zobowiązań umownych skarżącego i pozwanego w wysokości równej poziomowi ustalonemu w prawie niemieckim, tj. 200 %<sup>(3)</sup> powyżej rzeczywistej wartości rynkowej towarów i usług otrzymanych przez skarżącego<sup>(4)</sup>. W odniesieniu do drugiego zarzutu sąd krajowy w Rostoku zastosował podobne podejście przy dokonywaniu oceny pomocy państwa, stwierdzając, że umowy nie przyznały Bavarii korzyści, która stanowiłaby naruszenie zasady inwestora rynkowego.

### OCENA

- (13) Aby środek stanowił pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE należy udowodnić, że: 1) przyznaje on korzyści przedsiębiorstwu; 2) jest finansowany przez państwo z zasobów państwowych; 3) rzeczywiście zakłóca konkurencję lub może ją zakłócić w taki sposób, że 4) wymiana handlowa między państwami członkowskimi zostanie rzeczywiście zakłócona lub może zostać zakłócona.
- (14) Aby stwierdzić istnienie korzyści w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, należy wykazać, że beneficjent środka osiągnął korzyść, której nie osiągnąłby w normalnych warunkach rynkowych oraz że poprawia ona jego sytuację finansową lub pozbawia go obciążeń, które inaczej musiałby ponieść<sup>(5)</sup>. W sprawach, w których domniemany środek pomocy polega na działalności handlowej prowadzonej przez przedsiębiorstwo państwowe, właściwym sposobem ustalenia, czy istnieje korzyść, o której mowa powyżej, jest sprawdzenie, czy w danym przypadku spełniona jest zasada inwestora rynkowego, zgodnie z którą środek stanowi pomoc w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, jeżeli warunki umowy wykraczają poza warunki, na jakie

<sup>(1)</sup> *Alt schuldenhilfegesetz* (AltSchG) stanowi przepis szczególny opracowany w celu częściowego umorzenia długów gmin z Niemiec Wschodnich, wynikających ze strukturalnych pozostałości z czasów Niemieckiej Republiki Demokratycznej (NRD) występujących w sektorze mieszkalnictwa. Zgodnie z tą ustawą w celu redukcji długów gmina musi w określonym terminie dokonać prywatyzacji pewnej części swojego majątku (*Alt schuldenhilfe-Gesetz* z dnia 23 czerwca 1993 r. (niemiecki dziennik ustaw BGBl. I s. 944, 986)).

<sup>(2)</sup> Rozporządzenie (WE) nr 659/1999.

<sup>(3)</sup> §138 niemieckiego kodeksu prawa cywilnego – *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

<sup>(4)</sup> Zob. np. Armbrüster, *Münchener Kommentar zum BGB* (komentarz do niemieckiego kodeksu prawa cywilnego), wydanie szóste, „§ 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher”, nr brzegowy 113-115.

<sup>(5)</sup> Zgodnie ze sprawą C-379/98 *Preussen Elektra* oraz uwzględniając sprawę C-482/99 *Francja przeciwko Komisji* (Stardust Marine) [2002] Rec. I-4397.

zgodziłby się inwestor w normalnych warunkach gospodarki rynkowej, uwzględniając dostępne informacje i wydatki, które można przewidzieć w tym czasie <sup>(1)</sup>.

- (15) Tym samym, aby wykazać naruszenie zasady inwestora rynkowego, Komisja musi ustalić, czy warunki obydwu umów stanowiących domniemany środek pomocy wykraczają poza warunki, na jakie zgodziłby się inwestor prywatny w 1998 r.
- (16) Jeżeli chodzi o zakres środków, Komisja uważa, wbrew opinii skarżącego, natomiast zgodnie z opinią sądu krajowego w Rostoku, że zarówno EBV, jak i GVV stanowią jedno działanie gospodarcze, stwierdzając, że żadna z obu umów nie została zawarta bez zawarcia drugiej, towarzyszącej jej umowy. W związku z tym jakakolwiek ocena pomocy państwa musi obejmować umowę sprzedaży i leasingu zwrotnego jako całość, a nie analizować oddzielnie jej elementy składowe, ponadto musi ona uwzględnić korzyści uzyskane w drodze państwowej redukcji długu zgodnie z *Altschuldenhilfegesetz*.
- (17) Jeśli chodzi o warunki rynkowe w 1998 r., Komisja uważa za stosowne dokonanie oceny domniemanego środka pomocy w porównaniu z podobnymi umowami zawartymi w tym samym czasie, z zamiarem ustalenia, czy warunki umowy między skarżącym i Bawarią wykroczyły poza warunki ustalone w innych podobnych przypadkach.
- (18) W oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości <sup>(2)</sup> Komisja dokonała analizy podobnych umów, które zawarto w tym samym czasie w Niemczech Wschodnich. Na podstawie wstępnej oceny tych umów na tym etapie Komisja jest zdania, że warunki umowy sprzedaży i leasingu zwrotnego w przedmiotowej sprawie są odzwierciedleniem warunków rynkowych. Skarżący nadal jednak twierdzi, że warunki obu umów wyraźnie wykroczyły poza warunki ustalone w innych porównywalnych umowach, a jednocześnie wysuwa on zastrzeżenia co do prawidłowości podejścia Komisji opartego na analizie podobnych umów, z uwagi na szczególne cechy rynku mieszkaniowego w Neubrandenburg, takie jak odległe położenie miasta oraz struktura wiekowa społeczeństwa.
- (19) W związku z tym, w celu dopełnienia obrazu, jaki Komisja obecnie posiada na temat rynku umów sprzedaży i leasingu zwrotnego obejmujących duże osiedla mieszkaniowe w Niemczech Wschodnich w 1998 r., Komisja wzywa zainteresowane strony do przedstawienia uwag na temat przeprowadzonego przez nią dochodzenia oraz przekazania wszelkich stosownych informacji, zwłaszcza na temat informacji rynkowych dostępnych w 1998 r.

#### TEKST PISMA

„Hiermit teilt die Kommission Deutschland mit, dass sie nach Prüfung der Angaben Deutschlands zu der vorgenannten Maß-

nahme beschlossen hat, das Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweisen der Europäischen Union (im Folgenden: AEUV) zu eröffnen.

#### 1. VERFAHREN

- (1) Mit Schreiben vom 30. März 2007 legte die Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft mbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin) bei der Kommission in Bezug auf staatliche Beihilfen, die sie angeblich der Bavaria Immobilien Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. Objekte Neubrandenburg KG und der Bavaria Immobilien Trading GmbH & Co, Immobilien Leasing Objekt Neubrandenburg KG (im Folgenden: Bavaria) durch einen Erbbaurechtsvertrag (im Folgenden: EBV) und einen Generalverwaltervertrag (im Folgenden: GVV) gewährt haben soll, eine auf Art. 20 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 108 AEUV <sup>(3)</sup> (im Folgenden: Verfahrensverordnung) gestützte Beschwerde ein. Sie beantragte die Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens nach Art. 108 Abs. 2 AEUV.
- (2) Die Kommission richtete mit Schreiben vom 06. August 2007 ein Auskunftsersuchen an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie. Die Antworten des Ministeriums vom 04. September 2007, 12. Oktober 2007, 17. Oktober 2007, 11. Juli 2008, 12. Dezember 2008 und 30. Juni 2009 wurden der Beschwerdeführerin übermittelt, die dazu am 5. November 2007, 26. Februar 2008, 15. Juli 2008, 30. September 2008, 18. Dezember 2008 und 6. März 2009 Stellung nahm.
- (3) Am 28. November 2008 verkündete das LG Rostock seine Entscheidung im nationalen Rechtsstreit zwischen Bavaria und der Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft. Dabei kommt das Gericht zu dem Schluss, dass es an einer Begünstigung zugunsten von Bavaria mangelt und daher keine Verletzung von Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt.
- (4) Mit Schreiben vom 4. Juni 2009 forderte die Beschwerdeführerin die Kommission gemäß Art. 265 Abs. 2 AEUV auf, binnen zwei Monaten, also bis zum 4. August 2009, das förmliche Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 EG einzuleiten.
- (5) Mit Schreiben von 29. Juli 2009 teilten die Dienststellen der Kommission der Beschwerdeführerin ihre vorläufige Ansicht mit, dass weder der EBV noch der GVV eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darzustellen scheinen.
- (6) Mit Schreiben vom 26. August 2009 beanstandete die Beschwerdeführerin die von den Dienststellen der Kommission vorgenommene Würdigung des Sachverhalts und forderte die Kommission auf, das förmliche Prüfverfahren binnen zwei Wochen, also bis zum 9. September 2009, einzuleiten.
- (7) Die Kommission informierte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 15. September 2009, dass ihr nach einer Analyse ihrer Ausführungen in den nächsten Wochen eine Stellungnahme zugehen werde. Mit Schreiben vom 22. September 2009 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass sie mit dem von der Kommission vorgeschlagenen Vorgehen nicht einverstanden sei.

<sup>(1)</sup> Zob. m.in.: sprawa C-234/84 *Belgia przeciwko Komisji (Meura)*, Rec. 1986, s. 2263; sprawa C-301/87 *Francja przeciwko Komisji (Boussac)*, Rec. 1990, s. I-307, pkt 39; sprawa C-303/88 *Włochy przeciwko Komisji (ENI Lanerossi)*, Rec. 1991, s. I-1433, pkt 21–24; sprawa C-42-93, *Hiszpania przeciwko Komisji (Merco)*, Rec. 1994, s. I-4125 [1996].

<sup>(2)</sup> Sprawa 83/01 P, etc. *Chronopost przeciwko UFEX*, Rec. 2003, s. I-6993.

<sup>(3)</sup> ABl. L 83 vom 27.3.1999, S. 1.

- (8) Am 09. Oktober 2009 erhob die Beschwerdeführerin Klage vor dem Gericht und forderte dieses auf, die im Schreiben der Kommission vom 29. Juli 2009 enthaltene Entscheidung für nichtig zu erklären oder hilfsweise, gemäß Art. 265 AEUV, festzustellen, dass die Kommission es rechtswidrig unterlassen hat, das förmliche Prüfverfahren gemäß Art. 108 Abs. 2 AEUV einzuleiten. Am 12. Januar 2012 wies das Gericht zu Klage als unzulässig ab. <sup>(1)</sup>
- (9) Mit Schreiben vom 19. Januar 2012 fordert die Beschwerdeführerin die Kommission erneut gemäß Art. 265 Abs. 2 AEUV auf, binnen zwei Monaten, also bis zum 20. März 2012, das förmliche Prüfverfahren gemäß Art. 108 Abs. 2 AEUV einzuleiten.

## 2. BESCHREIBUNG DER MASSNAHMEN

- (10) Die Beschwerdeführerin, die Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft mbH, ist eine kommunale Eigengesellschaft nach deutschem Recht, deren Gesellschaftsanteile zu 100 % von der Stadt Neubrandenburg (Deutschland) gehalten werden. Sie verfolgt das Ziel einer ausreichenden Wohnungsversorgung in der Stadt Neubrandenburg nebst Umland.
- (11) Die Beschwerdeführerin ist unter anderem Eigentümerin einer Reihe von Grundstücken in Neubrandenburg, auf denen insgesamt zwölf Mietshäuser mit 557 Wohnungen stehen. Die Beschwerdeführerin schloss am 21.01.1998 mit der Bavaria den EBV und den GVV (im Folgenden: fragliche Verträge) ab, um im Rahmen eines Immobilienleasings die genannten 12 Mietshäuser weiter zu bewirtschaften. Die fraglichen Verträge wurden nicht vorab bei der Kommission angemeldet.

### 2.1. Erbbaurechtsvertrag (EBV)

- (12) Am 21.01.1998 schlossen die Beschwerdeführerin und Bavaria, als sogenannte Zwischenerwerberin, den EBV über die Bestellung von Erbbaurechten für die 12 Mietshäuser mit insgesamt 557 Wohnungseinheiten zugunsten der Bavaria für die Dauer von 75 Jahren. Der EBV gliedert sich in zwei Hauptbestandteile:
- a. Bavaria verpflichtete sich zur Zahlung eines Betrages in Höhe von [...] (\*) EUR an die Beschwerdeführerin, wovon [...] EUR als kapitalisierter Erbbauzins auf Grund und Boden für die Zeit bis zum 31. Dezember 2028 und [...] EUR als Kaufpreis für die Altbausubstanz entfielen.
- b. Ab 01. Januar 2029 hat Bavaria außerdem über einen Zeitraum von 10 Jahren jährlich einen Erbbauzins in Höhe von [...] % des derzeitigen Grundstückwertes, der auf [...] EUR pro Quadratmeter beziffert wurde, zu entrichten. Für die nachfolgende Restlaufzeit ist eine Anpassung des Erbbauzinses an den Preisindex für die Gesamtlebenshaltungskosten vorgesehen, sofern sich dieser um mehr als [...] % verändert.
- (13) Vor Abschluss des EBV mit Bavaria hat die Beschwerdeführerin den Wert des Grundbesitzes durch hausinterne Sachverständige 1997 ermitteln lassen. Laut diesem Gutachten betrug der Wert der Objekte [...] EUR. Im Jahr 2007 beauftragte die Beschwerdeführerin zusätzlich den externen Sachverständigen Hr. Hecht, rückwirkend ein weiteres Verkehrswertgutachten der Gebäudesubstanz für das Jahr 1997 zu erstellen. Daraus geht ein Schätzwert von [...] EUR hervor.
- (14) Bavaria verpflichtete sich außerdem zur Sanierung und Erhaltung der Gebäude. Ferner übernahm Bavaria die Verpflichtung der Beschwerdeführerin aus dem Altschuldenhilfegesetz (im Folgenden: AltSchG) <sup>(2)</sup>, einer *lex specialis* zur Teilentlastung der ostdeutschen Gemeinden vom strukturellen Erbe der DDR Wohnungspolitik, wonach die Beschwerdeführerin 15 % der Wohnfläche in ihrem Besitz bis zum 31. Dezember 2003 zu privatisieren hatte, um eine Entlastung von ihren Altverbindlichkeiten zu erhalten. <sup>(3)</sup>
- (15) Neben dem erzielten Kaufpreis hat die Beschwerdeführerin von einer Entlastung in Höhe von [...] EUR aus dem Altschuldenhilfegesetz profitiert. Nach dem AltSchG wurden kommunalen Wohnungsunternehmen, Kommunen, Wohnungsgenossenschaften und privaten Vermietern von Wohnraum auf Antrag - sachlich und zeitlich begrenzt - staatliche Altschuldenhilfen gewährt. Diese Hilfen dienen dem Abbau der Schuldenlast aus Krediten, die aufgrund von Rechtsvorschriften der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik im Rahmen des volkseigenen und genossenschaftlichen Wohnungsbaus sowie zur Schaffung und Erhaltung oder Besserung von privatem Wohnraum gewährt worden sind (sogenannte Altverbindlichkeiten gemäß § 3 AltSchG). Die Anträge auf Altschuldenhilfe mussten spätestens bis zum 31. Dezember 1993 bei der kreditgebenden Bank gestellt werden (§ 9 AltSchG).
- (16) Als Formen der Altschuldenhilfe sieht das Gesetz zum einen die Übernahme eines Teils der am 1. Januar 1994 bestehenden Altverbindlichkeiten ab dem 1. Juli 1995 (sogenannte Teilentlastung gemäß § 4 AltSchG) vor. Die Schulden, für die eine Teilentlastung gewährt wird, übernimmt der sogenannte Erbblastentilgungsfonds (§ 4 Abs. 1 Satz 1 AltSchG).
- (17) Die Höhe der Teilentlastung errechnet sich aus der Altschuldenlast je Quadratmeter der beim Wohnungsunternehmen vorhandenen gesamten Wohnfläche nach dem Stand vom 1. Januar 1993. Übernommen wird der Teil der Kreditbelastung, der 76,69 EUR (150 DM) je Quadratmeter Wohnfläche übersteigt. Bei der Berechnung dieses Betrags werden höchstens 511,29 EUR (1 000 DM) Kreditbelastung je Quadratmeter Wohnfläche berücksichtigt.
- (18) Für die Gewährung einer Teilentlastung muss ein Wohnungsunternehmen nach § 5 Abs. 1 AltSchG mindestens 15 Prozent seines zahlenmäßigen Wohnungsbestandes mit mindestens 15 Prozent seiner Wohnfläche nach dem Stand vom 1. Januar 1993 bis 31. Dezember 2003 privatisieren oder im Falle der Wohnungsgenossenschaften veräußern. Weiterhin wird in § 5 Abs.2 AltSchG festgelegt, dass

<sup>(1)</sup> Urteil vom 12. Januar 2012, Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft/Kommission (T-407/09, noch nicht veröffentlicht).

(\*) Teile des Textes wurden geändert um sicherzustellen, dass vertrauliche Informationen nicht veröffentlicht werden; Diese Teile werden im Folgenden durch eckige Klammern ersetzt.

<sup>(2)</sup> Altschuldenhilfe-Gesetz vom 23. Juni 1993 (BGBl. I S. 944, 986), zuletzt geändert am 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407).

<sup>(3)</sup> Ibid. §5 Abs.1.

das betreffende Wohnungsunternehmen einen Teil des Verkaufserlöses an den Erblastentilgungsfonds zurück-erstaten muss, wenn der Verkaufserlös 76,69 EUR je Quadratmeter verkaufter Wohnfläche zuzüglich der in Verbindung mit dem Verkauf entstandenen Sanierungskosten übersteigt. Der abzuführende Prozentsatz des Verkaufserlöses ist abhängig vom Datum des Verkaufs und liegt bei 20 % für Verkäufe bis 1994 und bei 55 % für Verkäufe bis 2003.

- (19) Durch das Bavaria-Geschäft wurden der Beschwerdeführerin Altlasten in Höhe von [...] EUR erlassen. Nach Berücksichtigung der Abführungen an den Erblastentilgungsfonds von [...] EUR ergibt sich eine Gesamtentlastung der Beschwerdeführerin von [...] EUR.

## 2.2. Generalverwaltervertrag (GVV)

- (20) Ebenfalls am 21. Januar 1998 unterzeichneten Bavaria und die Beschwerdeführerin einen Generalverwaltervertrag. Danach obliegt der Beschwerdeführerin die Verwaltung und ordnungsgemäße Bewirtschaftung des seitens der Bavaria zu sanierenden streitgegenständlichen Wohnungsbestandes über einen Zeitraum von 30 Jahren. Die Beschwerdeführerin verpflichtete sich für die Zeit bis zum Abschluss der Sanierungsarbeiten zur Zahlung eines monatlichen Festbetrages über [...] EUR ([...] EUR p.a.). Nach Beendigung der Sanierungsarbeiten erhöht sich dieser Betrag auf [...] EUR ([...] EUR p.a.). Ab 01. Januar 2000 steigt dieser Festgeldbetrag um jährlich [...] % wobei Bezugsgröße der zuletzt vertraglich geschuldete Betrag ist. Im Gegenzug trat Bavaria der Beschwerdeführerin alle Ansprüche aus den Mietverhältnissen über die streitgegenständlichen Wohnungen ab.

## 3. POSITION DER BESCHWERDEFÜHRERIN

- (21) Um einen wirtschaftlichen Vorteil der Bavaria zu begründen und somit das Vorliegen einer Beihilfe nach Art. 107 Abs. (1) AEUV festzustellen, argumentiert die Beschwerdeführerin, dass die geschlossenen Verträge marktunüblich sind, weil ihr aufgrund marktfremder Vertragsbestandteile Verluste entstehen und kein Bieterverfahren zur Auswahl von Bavaria stattgefunden hat. Laut der Beschwerdeführerin, müssen die Verträge bei der Bewertung ihrer Marktüblichkeit getrennt betrachtet werden.

### 3.1. Erbbaurechtsvertrag (EBV)

- (22) In Bezug auf den EBV argumentiert die Beschwerdeführerin, dass sowohl der vertraglich vereinbarte Erbbauzins als auch der vereinbarte Kaufpreis unangemessen niedrig sind.
- (23) Aus dem EBV sind der Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben Verluste in Höhe von [...] EUR entstanden. Dies ergibt sich aus der Differenz des Verkehrswertes laut dem Gutachten von 1997, dessen Schätzwert [...] EUR betrug, und den gezahlten Kaufpreis von [...] EUR.
- (24) Laut Beschwerdeführerin müssen bei der Berechnung der Verluste die Entlastungen durch das AltSchG außer Acht gelassen werden. Denn unter Berücksichtigung aller ihrer AltSchG-Privatisierungsmaßnahmen habe sie bezogen auf

die Zahl der nach dem AltSchG zu privatisierenden Wohnungseinheiten einen Erfüllungsstand von [...] % erreicht. Das Bavaria-Geschäft habe hieran nur einen geringen Anteil von lediglich [...] % und sei demzufolge für ihre Entlastung nach dem AltSchG irrelevant. Hätte kein Vertragsabschluss mit Bavaria stattgefunden, hätte man sich auch nach anderen Vertragspartnern bis Ende 2003 umsehen können. Vor diesem Hintergrund sei eine anteilige Zuordnung der lediglich zum Teil durch das Bavaria-Geschäft ermöglichten AltSchG-Entlastung abwegig. Selbst bei Berücksichtigung der AltSchG-Entlastung bleibe ein deutlicher Verlust zu Lasten der Beschwerdeführerin bestehen.

## 3.2. Generalverwaltervertrag (GVV)

### 3.2.1. Marktüblichkeit

- (25) Laut der Beschwerdeführerin ist der GVV marktunüblich, da er Bavaria überhöhte Garantiezahlungen in Verbindung mit einer inflationsunabhängigen jährlichen fixen Erhöhung sowie einer festen Vertragslaufzeit von 30 Jahren gewährt. Vergleichbare Verträge habe es nicht gegeben.
- (26) Durch die vereinbarte fixe Mietgarantie und ihre ebenfalls bereits festgelegte Erhöhung, liege das gesamte zu tragende Risiko bei der Beschwerdeführerin selbst.
- (27) Bavaria sei es nur möglich gewesen diese marktunüblichen Konditionen durchzusetzen, weil seitens der Beschwerdeführerin ein Zeitdruck zum Abschluss der Verträge bestand, um von einer Entlastung der AltSchulden Gebrauch machen zu können. Durch zusätzliche regionalpolitische Zielvorgaben und mangelnder Kenntnis der Beihilferegelungen, habe die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben weder wirtschaftlich handeln können noch die daraus resultierende Begünstigung erkannt.
- (28) Weiterhin gibt die Beschwerdeführerin an, dass Bavaria nicht in einem Bieterverfahren ausgewählt worden sei. Laut der Beschwerdeführerin wurden 72 mögliche Firmen angeschrieben, die an einer Zusammenarbeit interessiert waren. Allerdings habe es keinen offenen Aufruf zur Abgabe von Angeboten im Rahmen präziser Vorgaben gegeben. Mangels jener präzisen Vorgaben wäre eine wirkliche Vergleichbarkeit der eingesandten Interessenbekundungen nicht gewährleistet gewesen. Zudem war Bavaria nicht unter den 72 angeschriebenen Unternehmen. Ein offizielles Bieterverfahren habe somit nicht stattgefunden.

### 3.2.2. Wirtschaftlichkeitsanalyse

- (29) Die Beschwerdeführerin saldiert den ihr entstehenden Verlust durch den GVV auf [...] EUR und legt zum Beweis eine Cashflow-Analyse vor. Als Grund für den Verlust gibt sie die einnahmeunabhängigen Garantiezahlungen, die jährliche Steigerung derselben um [...] % sowie die 30 jährige Laufzeit an.
- (30) Die Cashflow-Analyse der Beschwerdeführerin beruht auf Nominalwerten. Es wird keine Abzinsung vorgenommen. Die verwendeten Werte für die ersten 7 Jahre beruhen auf bereits realisierten Zahlen.
- (31) Damit ergibt sich nach Ansicht der Beschwerdeführerin ein Gesamtverlust von [...] EUR aus dem EBV und dem GVV.

#### 4. POSITION DER BUNDESREGIERUNG

- (32) Die Bundesregierung ist der Ansicht, dass für die Kommission in Anbetracht der vorliegenden Informationen keine ausreichenden Gründe bestehen, zu dem Fall eine Auffassung zu vertreten. Die Verfahrensordnung Nr. 659/1999 sieht in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 die Möglichkeit ausdrücklich vor, von einer Entscheidung über ein vom Beschwerdeführer behauptetes Vorliegen einer staatlichen Beihilfe abzusehen. Voraussetzung ist eine unzureichende Informationslage. Diese unzureichende Informationslage kann vorliegend selbst durch ein Auskunftsersuchen oder eine Auskunftsanordnung nicht verbessert werden. Weder die Bundesregierung noch die Regierungen der beteiligten Länder Berlin und Mecklenburg-Vorpommern haben originäre Kenntnisse über das Bieterverfahren und den Verlauf der Privatisierung. Über diese Informationen verfügt nur die Beschwerdeführerin selbst. Da Informationen zur wirtschaftlichen Lage, zur Marktsicherung, zum Bieterverfahren und zu den Handlungsoptionen der Beschwerdeführerin zum Entscheidungszeitpunkt sowie zur evtl. Einflussnahme staatlicher Stellen auf die Entscheidungsfindung nicht vollumfänglich zu ermitteln sind, ist das Verfahren mangels ausreichender Informationen zur Beurteilung des Falls einzustellen.
- (33) Die Bundesregierung vertritt zudem die Auffassung, dass das anhängige zivilrechtliche Verfahren vor dem LG Rostock Vorrang vor dem Prüfverfahren der Kommission haben sollte. Eine beihilferechtliche Rechtschutzlücke zu Lasten der Beschwerdeführerin besteht in diesem Fall nicht, da die beihilferechtliche Würdigung der streitgegenständlichen Verträge Gegenstand des zivilrechtlichen Berufungsverfahrens ist. Durch ein Eingreifen der Kommission wird dagegen die in der Mitteilung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilferechts durch die einzelstaatlichen Gerichte<sup>(1)</sup> als sachgerecht erachtete Arbeitsteilung unterlaufen. Nach Abschnitt 2.2 der Mitteilung ist es insbesondere Aufgabe der Gerichte, über die Einhaltung von Art. 108 Abs. 3 AEUV zu wachen und damit über das Vorliegen einer Beihilfe zu entscheiden.

#### 5. GERICHTSVERFAHREN IN DEUTSCHLAND

- (34) Am 28. November 2008 verkündete das LG Rostock seine Entscheidung im Rechtsstreit zwischen Bavaria und der Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft. Ausgangspunkt aller rechtlichen Erwägung des LG Rostocks ist, dass der GVV nicht isoliert von dem EBV betrachtet werden kann. Diese Betrachtungsweise weicht von der Auffassung der Beschwerdeführerin ab, begründet sich laut dem Gericht aber wie folgt: Der GVV ist ein Bestandteil eines Immobilienleasingvertrages in der "sale-and-lease-back"-Variante. Die Verträge stehen im Zusammenhang miteinander und keiner der Verträge wäre ohne den anderen geschlossen worden. Dies verdeutlicht der Umstand, dass sowohl der GVV und der EBV am gleichen Tag, dem 21. Januar 1998, unterzeichnet wurden und wechselseitig aufeinander Bezug nehmen.

##### 5.1. Erbbaurechtsvertrag (EBV)

- (35) Für die Betrachtung des Verkaufserlöses berücksichtigt das LG Rostock die Befreiung von Altverbindlichkeiten, weil

durch das abgeschlossene Immobilienleasingmodell mit Bavaria erst die Voraussetzungen dafür geschaffen worden sind, dass die Beschwerdeführerin eine Befreiung von Altverbindlichkeiten erlangt. Somit ergibt sich ein Gesamtkaufpreis von [...] EUR. Verglichen mit dem geschätzten Wert der Gesamtgebäudesubstanz von [...] EUR durch den Sachverständigen Hecht ergibt sich eine Differenz von nur [...] %.

- (36) Dies rechtfertigt nicht die Annahme, dass eine Begünstigung Bavarias vorliegt. Die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass ihr wegen der Regelung des § 5 Abs. 3 AltSchG die Teilentlastung von ihren Altverbindlichkeiten auch bei Scheitern des Bavaria-Geschäftes zugutegekommen wäre, überzeugte das Gericht nicht. Maßgebend sind laut dem LG Rostock allein die Verhältnisse bei Vertragsabschluss, auf eine spätere tatsächliche Entwicklung bzw. Übererfüllung des AltSchG kommt es nicht an. Im Übrigen ist der Teil des § 5 Abs. 3 S.1 AltSchG, wonach Privatisierungsverpflichtungen noch bis 31. Dezember 2003 hätten erfüllt werden können, erst am 01. September 2000 in Kraft getreten und galt damit bei Abschluss der streitgegenständlichen Verträge im Jahr 1998 noch gar nicht. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin, dass sie auch ohne das Bavaria-Geschäft, welches nur [...] % des privatisierten Wohnungsbestandes ausgemacht habe, die Voraussetzungen des AltSchG erfüllt habe, ist wegen der Maßgeblichkeit der Verhältnisse bei Vertragsabschluss ohne rechtliche Relevanz.
- (37) Das Gericht hat ebenfalls die Marktüblichkeit des EBV überprüft mit dem Ergebnis, dass der vertraglich vereinbarte Erbbauzins nicht unangemessen niedrig ist. Als Vergleich zieht das Gericht den geschätzten Liegenschaftszins des Sachverständigen Hecht heran, der diesen auf [...] % p.a. schätzt. Zudem fließen der Beschwerdeführerin durch die Kapitalisierung des Erbbauzins und dessen Entrichtung im Voraus Vorteile zu, die sie in die Lage versetzt hat, die Summe sofort gewinnbringend anzulegen.

##### 5.2. Generalverwaltervertrag (GVV)

- (38) Was die Laufzeit des GVV betrifft, so stellt das LG Rostock fest, dass das Immobilienleasing eine besondere Form des Finanzierungsleasings mit langer Vertragsdauer bis zu 30 Jahre ist. Immobilienleasingverträge zeichnen sich durch lange Vertragslaufzeiten aus, innerhalb derer der Leasingnehmer für die Voll- bzw. Teilamortisation der vom Leasinggeber für die Anschaffung der Leasing Sache getätigten Aufwendungen und Kosten einzustehen hat.
- (39) Dem Argument der Beschwerdeführerin, dass die Leasingraten unangemessen hoch sind, setzt das Gericht einen Vergleich der Leasingraten mit dem Marktzins entgegen. Dabei kommt das Gericht zu dem Schluss, dass die Leasingraten nicht als unangemessen hoch anzusehen sind.
- (40) Gleiches gilt für die vorgesehene jährliche Erhöhung um [...] %. Nach Berechnungen des Gerichts ist die jährliche Steigerung des Mietzinses aber schon im Hinblick auf die jährliche Inflation gerechtfertigt. So lag nach Kenntnis des Gerichts die Inflationsrate im Zeitraum von 1970 bis 1998 bei durchschnittlich 3,52 % p.a. Hinzu kommt, dass sich die tatsächliche Mietzinsentwicklung über

<sup>(1)</sup> Abl. C 85 vom 9.4.2009, S. 1.

den sehr langen Zeitraum von 30 Jahren nur schwer prognostizieren lässt, was für beide Vertragspartner auf der Hand gelegen hat. Das Gericht schlussfolgert, das nicht davon ausgegangen werden kann, dass dies schon bei Vertragsabschluss außer Verhältnis zu der für die gesamte Laufzeit zu prognostizierten Zinsentwicklung stand.

### 5.3. Zusammenfassung

- (41) Das Gericht kommt in seiner Gesamtbetrachtung zu dem Schluss, dass sich keine Nichtigkeit der Verträge aus Art. 107 AEUV ergibt, da es am Vorliegen einer Begünstigung der Bavaria fehlt.
- (42) Die Beschwerdeführerin hat gegen das Urteil des Landgerichts Rechtsmittel eingelegt, das Verfahren ist derzeit beim OLG Rostock anhängig. <sup>(1)</sup>

## 6. BEIHILFERECHTLICHE WÜRDIGUNG

### 6.1. Vorliegen einer staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV

- (43) Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV stellt eine Maßnahme eine staatliche Beihilfe dar, wenn sie die vier folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt:
- Die Maßnahme muss einem Unternehmen einen Vorteil verschaffen.
  - Die Maßnahme muss von einem Mitgliedstaat oder aus staatlichen Mitteln finanziert werden.
  - Die Maßnahme muss den Wettbewerb verfälschen bzw. zu verfälschen drohen, indem einem Unternehmen Vorteile verschafft werden.
  - Die Maßnahme muss geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

#### 6.1.1. Vorteil für ein Unternehmen

- (44) Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH <sup>(2)</sup> ist zur Feststellung eines Vorteils im Sinne des Beihilfenrechts zu prüfen, ob ein privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe den betreffenden Vorgang zu den gleichen Bedingungen abgewickelt hätte. Eine Begünstigung liegt immer dann vor, wenn die Maßnahme unter solchen Umständen erfolgt, die für einen privaten Investor unter Marktbedingungen nicht annehmbar wären. Dabei geht der EuGH davon aus, dass ein privater Kapitalgeber an einem langfristigen Engagement mit angemessenem Profit interessiert ist.
- (45) Zur Feststellung eines möglichen Vorteils prüft die Kommission im vorliegenden Fall, ob die fraglichen Verträge marktüblich sind und zu den gleichen Konditionen von einem privaten Kapitalgeber abgeschlossen worden wären. Dabei versetzt sich die Kommission in die Situation von

1998, da bei der Prüfung der Marktüblichkeit allein die Verhältnisse bei Vertragsabschluss maßgeblich sind, nicht eine spätere tatsächliche Entwicklung.

- (46) Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin stützt die Kommission die vorläufige Bewertung der Marktüblichkeit der 1998 zwischen der Beschwerdeführerin und Bavaria geschlossenen Verträge auf eine gemeinsame Betrachtung des EBV und des GVV. Da die vertraglichen Beziehungen Bestandteil eines sogenannten Immobilienleasingvertrags in der "sale-and-lease-back"-Variante darstellen, stehen sie im Zusammenhang miteinander und keiner der Verträge wäre ohne den anderen abgeschlossen worden. Dies verdeutlicht insbesondere der Umstand, dass beide Verträge am gleichen Tag, dem 21. Januar 1998, unterzeichnet wurden und wechselseitig aufeinander Bezug nehmen. Wie bereits erwähnt, kommt auch das LG Rostock in seinem Urteil zu dieser Einschätzung.

- (47) Die Kommission betrachtet daher die beiden fraglichen Verträge – EBV und GVV – zusammenfasst als Einzelmaßnahme im Sinne des Art. 1 lit. e der Verfahrensordnung. Die Bewertung eines möglichen wirtschaftlichen Vorteils für Bavaria basiert daher auf einer Analyse der Erlöse, den die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt aus dem gemeinsamen Abschluss des EBV und des GVV im Jahr 1998 erwarten konnte.

#### 6.1.1.1. Erbbaurechtsvertrag (EBV)

- (48) Mit Abschluss der Verträge verpflichtete Bavaria sich zur Zahlung eines Betrages in Höhe von [...] EUR an die Beschwerdeführerin, wovon [...] EUR als kapitalisierter Erbbauzins auf Grund und Boden für die Zeit bis zum 31. Dezember 2028 [...] EUR als Kaufpreis für die Altbausubstanz entfielen.
- (49) Vor Abschluss des EBV mit Bavaria hat die Beschwerdeführerin den Wert des Grundbesitzes durch hausinterne Sachverständige 1997 ermitteln lassen. Laut diesem Gutachten betrug der Wert der Objekte [...] EUR. Im Jahr 2007 beauftragte die Beschwerdeführerin zusätzlich den externen Sachverständigen Hr. Hecht, rückwirkend ein weiteres Verkehrswertgutachten der Gebäudesubstanz für das Jahr 1997 zu erstellen. Daraus geht ein Schätzwert von [...] EUR hervor, auf welchen sich das LG Rostock in seinem Urteil bezieht.
- (50) Im Weiteren berücksichtigt das LG Rostock die Befreiung von Altverbindlichkeiten für die Betrachtung des Verkaufserlöses. Dabei argumentiert das Gericht, dass durch das abgeschlossene Immobilienleasingmodell mit Bavaria erst die Voraussetzungen dafür geschaffen worden seien, dass die Beschwerdeführerin eine Befreiung von Altverbindlichkeiten erlangte. Durch die Einrechnung der AltSchG-Entlastung ergibt sich ein Gesamtkaufpreis von [...] EUR, welcher sich aus dem erzielten Kaufpreis von [...] EUR und der AltSchG-Entlastung von [...] EUR zusammensetzt.

<sup>(1)</sup> Verfahrensnummer: 1 U 75 /09.

<sup>(2)</sup> Urteil vom 10. Juli 1986, Belgien/Kommission (C-234/84, Slg. 1986, 2263); Urteil vom 10. Juli 1986, Belgien/Kommission (C-40/85, Slg. 1986, 2321); Urteil vom 14. Februar 1990, Frankreich/Kommission (C-301/87, Slg. 1990, I 307); Urteil vom 21. März 1991, Italien/Kommission (C-303/88, Slg. 1991, I-1433).

(51) Aufbauend auf dem vom externen Sachverständigen Hr. Hecht im Jahr 2007 rückwirkend ermittelten Verkehrswertes kommt das LG Rostock zu dem Schluss, dass der Gesamtkaufpreis lediglich [...] % niedriger als der damalige Verkehrswert der Gebäudesubstanz ist.

- (52) Das LG Rostock argumentiert in diesem Zusammenhang weiterhin, dass die Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung des GVV von dem niedrigen Kaufpreis profitiert habe und somit eine eventuelle Begünstigung aus dem EBV bei einer gemeinsamen Belastung der Verträge revidiert werde. Durch den niedrigeren Kaufpreis reduzierten sich die Gesamtinvestitionskosten, die Bavaria als Leasinggeber vorzufinanzieren habe. Diese habe unmittelbaren Einfluss auf den seitens der Beschwerdeführerin geschuldeten Leasingzins, da der Leasingzins sich an den Gesamtinvestitionskosten orientiere.
- (53) Basiert man die oben angebrachte Berechnung allerdings auf den im Jahr 1997 durch hausinterne Sachverständiger festgelegten Verkehrswert von [...] EUR, lag der von Bavaria gezahlte Kaufpreis um circa [...] % unter dem tatsächlichen Verkehrswert der Gebäudesubstanz.
- (54) Für die Kommission stellen sich zum jetzigen Zeitpunkt vor allem zwei Fragen zum EBV:
- (55) Erstens gilt es zu klären, ob die Entlastung durch das AltSchG in die Bewertung miteinbezogen werden soll. Dabei macht die Beschwerdeführerin widersprüchliche Angaben, weil sie zum einen angibt, dass sie bei Abschluss der Verträge unter Zeitdruck stand, um die Voraussetzungen des AltSchG zu erfüllen. Andererseits argumentiert sie, dass sie auch ohne die fraglichen Verträge die AltSchG-Voraussetzungen erfüllt hätte. Das LG Rostock hingegen stellt eindeutig darauf ab, dass vor Vertragsabschluss die Bedingungen noch nicht erfüllt waren und daher die AltSchG-Entlastung eingerechnet werden muss.
- (56) Zweitens kann die Kommission zum derzeitigen Zeitpunkt nicht nachvollziehen, worin die Unterschiede zwischen den Wertgutachten liegen bzw. worauf die ungleiche Wertermittlung der Gutachten basiert. Daher lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt nicht nachweisen, welches der Gutachten, die beide von der Beschwerdeführerin in Auftrag gegeben und vorgelegt wurden, den tatsächlichen Verkehrswert des Grundbesitzes im Jahr 1998 darlegt.
- 6.1.1.2. *Generalverwaltervertrag (GVV)*
- 6.1.1.2.1. *Marktüblichkeit*
- (57) Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung dass der GVV angesichts der vorhersehbaren negativen Entwicklung des Immobilienmarkts in Neubrandenburg bereits 1998 nicht marktüblich war. Die Beschwerdeführerin argumentiert, dass es einem nach marktwirtschaftlichen Prinzipien handelnden privaten Investor hätte klar sein müssen, dass die einnahmeunabhängigen Garantiezahlungen, die jährliche Steigerung derselben um [...] % sowie die 30 jährige Laufzeit im Hinblick auf die Entwicklung des Mietpiegels nicht akzeptabel seien.
- (58) Der Kommission liegen mehrere Verträge aus ähnlich gelagerten Immobiliengeschäften in Ostdeutschland, die im selben Zeitraum abgeschlossen wurden, vor. Im Rahmen des nationalen Gerichtsverfahrens hat die Bavaria zwei nach ihren Aussagen vergleichbare Verträge vorgelegt, um die Marktüblichkeit der fraglichen Verträge zu beweisen. Dabei handelt es sich um Verträge, die die Bavaria selbst mit folgenden Vertragspartnern abgeschlossen hat:
- Generalverwalter- und Mietgarantievertrag mit der [...] vom 13. August 1998,
  - Generalverwalter- und Mietgarantievertrag mit der [...] vom 01. Dezember 1999.
- (59) Der Kommission liegt darüber hinaus ein weiterer, von der Bundesregierung übersandter Vertrag vor, den die Bavaria mit der Wohnungsbaugesellschaft der [...] am 19. Dezember 1997 abgeschlossen hat. Diese drei Verträge werden im Folgenden als Beispielverträge bezeichnet.
- (60) Die der Kommission vorliegenden Beispielverträge weisen ähnliche Klauseln wie der GVV auf: Im Vergleich zur Garantiezahlung der Beschwerdeführerin an Bavaria beinhalten die Beispielverträge teilweise eine höhere Festgeldzahlung des Verwalters pro Quadratmeter. Weiterhin sind auch in den Beispielverträgen Steigerungen des Fixbetrages über Jahre hinweg vereinbart, teilweise beinhalten diese sogar die gleiche Indexierung wie der GVV. Die Laufzeit von 30 Jahren scheint in Anbetracht anderer "sale-and-lease-back"-Modelle angemessen.
- (61) Die Beschwerdeführerin argumentiert, dass die Beispielverträge nicht mit dem GVV vergleichbar seien. Dabei weist die Beschwerdeführerin aber lediglich auf graduelle Unterschiede zwischen den Verträgen hin, welche die Marktüblichkeit der fraglichen Verträge nicht zwingend in Frage stellen. Auch das Argument der Beschwerdeführerin, die Beispielverträge stellten schon aufgrund der unterschiedlichen geographischen Lage der betreffenden Immobilien keinen Vergleichspunkt dar, kann die Kommission vorläufig nicht folgen.
- (62) Das Verfahren zur Auswahl eines geeigneten Immobilienfonds lässt ebenfalls Rückschlüsse auf marktübliches Verhalten der Beschwerdeführerin zu. Aus der Aufsichtsratsvorlage Nr. 97/97 vom 17. April 1997 ist ersichtlich, dass bereits am 02. Oktober 1996 72 mögliche Unternehmen, die Interesse an der Privatisierungsübernahme hatten, angeschrieben wurden. Durch das Anschreiben ergaben sich Kontakte zu mehreren Unternehmen, wovon fünf Angebote als "verwertbar" eingestuft wurden<sup>(1)</sup>. Dadurch hatte die Beschwerdeführerin, genau wie ein Privatinvestor, die Möglichkeit, sich am Markt zu erkundigen, unterschiedliche Angebote einzuholen und eine rationale Investitionsentscheidung zu treffen.
- (63) Das LG Rostock kommt im Hinblick auf die Marktüblichkeit der Verträge zu der Einschätzung, dass sich auch ein privater Investor auf das fragliche Geschäft eingelassen hätte. Laut der Einschätzung des Gerichts stellt der nach der Sanierung voraussichtlich zu erzielende monatliche Mietzins von [...] EUR pro Quadratmeter die Grundlage zur Kalkulation der monatlich zu entrichtenden Festgeldbeträge dar. Da das im GVV festgelegte monatliche Entgelt innerhalb des Mittelwerts der zu dieser Zeit gültigen Mietzinsspanne lag, kommt das Gericht zu dem Schluss, dass hieraus kein Vorteil für Bavaria entsteht.

<sup>(1)</sup> Diese fünf Angebote wurden der Kommission aber bisher nicht vorgelegt

(64) Ein Vergleich der vereinbarten Mieten mit dem Mietspiegel der Stadt Neubrandenburg zeigt, dass die in dem Mietspiegel der Stadt Neubrandenburg für den Zeitraum 01. März 2006 bis 29 Februar 2008 ausgewiesenen Mittelwerte der Mietzinsspannen für vollmodernisierte Wohnungen in dem hier maßgebenden Stadtviertel Ost und im Industrieviertel in etwa dem vertraglich vereinbarten Betrag in Höhe von [...] EUR pro Quadratmeter nach einer Vertragslaufzeit von 10 Jahren entsprechen bzw. nur geringfügig unter diesem Betrag liegen. Obwohl allein die Erwartungen und die wirtschaftliche Situation der Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils entscheidend sind, weist die tatsächliche Entwicklung des Mietspiegels auf die Marktüblichkeit der fraglichen Verträge hin.

(65) Das LG Rostock kommt weiterhin zu dem Schluss, dass die im GVV festgelegte jährliche Erhöhung der Garantiezahlung um [...] % bereits im Hinblick auf die jährliche Inflation gerechtfertigt sei. Diese lag im Beispielzeitraum von 1970 bis 1998 bei durchschnittlich 3,52 % und war damit höher als die jährliche Steigerung der Garantiezahlung von [...] %.

(66) Sowohl die Beispielverträge als auch die tatsächliche Entwicklung des Mietspiegels und die Einschätzung des LG Rostock weisen auf die Marktüblichkeit des GVV zwischen der Beschwerdeführerin und Bavaria hin. Die Kommission ist aber an weiteren objektiv nachvollziehbaren Informationen zum Immobilienmarkt in 1998 und den damaligen Erwartungen der Marktteilnehmer über die zukünftige Entwicklung interessiert, um die Argumente der Beschwerdeführerin eingehender prüfen zu können.

#### 6.1.1.2.2. Wirtschaftlichkeitsanalyse

(67) Der Kommission liegt eine Cashflow-Analyse der Beschwerdeführerin vor, welche die Unwirtschaftlichkeit des Bavaria-Geschäfts belegen soll. Das Ergebnis der Berechnung zeigt einen Verlust von circa [...] Millionen Euro aus dem GVV und EBV. Die Kommission stellt in der vorläufigen Prüfung jedoch fest, dass die von der Beschwerdeführerin durchgeführte Cashflow-Analyse methodisch erheblich zu kritisieren ist:

a. Die von der Beschwerdeführerin durchgeführte Cashflow-Analyse basiert auf bereits realisierten Daten für die Jahre 1998 bis 2005. Die Beschwerdeführerin führt daher eine ex post Betrachtung durch und versetzt sich nicht in die für die Beurteilung maßgebliche Situation bei Vertragsabschluss im Jahr 1998.

b. Die Beschwerdeführerin nimmt weder eine Abzinsung der Werte in den späteren Jahren vor noch berechnet sie eine Mietsteigerung während der 30-jährigen Laufzeit des GVV ein.

c. Die Beschwerdeführerin rechnet die laut § 5 Nr. 5 des GVV zu leistenden Zahlung auf ein Instandhaltungskonto bei den Ausgaben mit ein. Wie jedoch aus

dem Gerichtsverfahren vor dem LG Rostock hervorgeht, hat die Beschwerdeführerin in den Jahren 1998 bis 2004 keine Instandhaltungsrücklage gebildet. Weiterhin kommt das Gericht zu dem Schluss, dass der betreffende Paragraph im GVV unwirksam ist. Daher könne Bavaria hieraus keine Ansprüche gegenüber der Beschwerdeführerin herleiten.

(68) Die Kommission kommt zum vorläufigen Schluss, dass die vorgelegte Cash-Flow Analyse aufgrund der methodischen Mängel einen wirtschaftlichen Vorteil zugunsten von Bavaria nicht nachweisen kann.

#### 6.1.1.3. Zusammenfassung

(69) Aufgrund der vorliegenden Informationen scheint es der Kommission zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich, einen wirtschaftlichen Vorteil zugunsten von Bavaria nachzuweisen.

(70) Um jedoch die Argumente der Beschwerdeführerin eingehender zu prüfen, ersucht die Kommission die Beteiligten um zusätzliche zweckdienliche Informationen in Bezug auf die Marktüblichkeit der fraglichen Verträge.

#### 6.1.2. Verwendung staatlicher Mittel

(71) Die Maßnahme muss dem Staat zurechenbar sein und aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Laut der Rechtsprechung des EuGH in *Stardust Marine* <sup>(1)</sup> können auch staatliche Beihilfen, welche nicht direkt aus dem Staatshaushalt finanziert werden, diese Kriterium erfüllen, sofern die Mittel der Kontrolle des Staates unterliegen. Es genüge bereits der Umstand, dass die Mittel öffentlicher Unternehmen unter der Kontrolle des Staates und diesem damit zur Verfügung stehen. Denn der Staat sei in der Lage, durch die Ausübung seines beherrschenden Einflusses auf diese Unternehmen die Verwendung der Mittel zu steuern, um gegebenenfalls besondere Vorteile zugunsten anderer Unternehmen zu finanzieren.

(72) Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine 100 % Tochtergesellschaft der Stadt Neubrandenburg und damit um ein öffentliches Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. b) der vom EuGH im *Stardust Marine*-Urteil herangezogenen Transparenzrichtlinie <sup>(2)</sup>. Die Stadt Neubrandenburg hält als Körperschaft des öffentlichen Rechts sämtliche Geschäftsanteile an der Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft und kann als Alleingesellschafter über den Aufsichtsrat und die Gesellschafterversammlung wesentliche Kontrolle über die Beschwerdeführerin ausüben. Daher kommt die Kommission zum vorläufigen Schluss, dass die Kommune die Möglichkeit hat, die Verwendung der Mittel der Beschwerdeführerin zu steuern. Folglich würde die Maßnahme aus staatlichen Mitteln finanziert.

(73) Weiterhin ergibt die vorläufige Untersuchung der Kommission, dass die Stadt Neubrandenburg über den

<sup>(1)</sup> Urteil vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission (C-482/99, Slg. 2002, I-4397).

<sup>(2)</sup> Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26. Juli 2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (Abl. L 193 vom 29.07.2000, S. 75).

staatlich besetzten Aufsichtsrat am Zustandekommen der Verträge maßgeblich beteiligt war. Daher könnten der Abschluss der Verträge und die darin zugesagten Zahlungen dem Staat zugerechnet werden.

#### 6.1.3. **Selektivität**

(74) Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV gilt eine Maßnahme nur dann als staatliche Beihilfe, wenn sie bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt. Die Spezifität oder die Selektivität einer Maßnahme ist damit eines der Merkmale des Begriffs der staatlichen Beihilfe. Maßnahmen mit nur allgemeinem Charakter fallen nicht unter das Beihilfenrecht.

(75) Eine mögliche Begünstigung, welche Bavaria durch die fraglichen Verträge gewährt würde, wäre selektiv im Sinne des Beihilfenrechts.

#### 6.1.4. **Wettbewerbsverzerrungen**

(76) Ein weiteres Tatbestandsmerkmal staatlicher Beihilfen unter Art. 107 Abs. 1 AEUV ist, dass die Maßnahme den Wettbewerb verzerrt oder zu verzerren droht. Nach der ständigen Rechtsprechung verzerren Beihilfen, welche die Position eines Unternehmens im Vergleich zu seinen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel stärken, grundsätzlich die Wettbewerbsbedingungen.

(77) Die Kommission kommt zum vorläufigen Schluss, dass Bavaria mit anderen Immobilienfonds, die von nationalen und internationalen Konkurrenzunternehmen betrieben werden, im Wettbewerb um Anleger und Anlageobjekte stehen. Durch einen möglichen finanziellen Vorteil würde die Position von Bavaria im innergemeinschaftlichen Handel gestärkt und dadurch potenziell der Wettbewerb verzerrt.

#### 6.1.5. **Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedsstaaten**

(78) Damit eine Maßnahme Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten hat, ist es ausreichend, dass die Einfuhr von konkurrierenden Produkten oder Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten durch die stärkere Marktposition des Begünstigten erschwert wird.

(79) Da sowohl der Anlegermarkt als auch der Markt für Immobilienobjekte eine grenzüberschreitende, gemeinschaftsweite Dimension haben, besteht ein unionsweites Interesse an der Bereitstellung der fraglichen Dienste. Ein wirtschaft-

licher Vorteil zugunsten Bavaria würde deren Marktposition stärken und hätte daher Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel zwischen den Mitgliedsstaaten.

#### 6.2. **Rechtswidrigkeit nach Artikel 108 Absatz 3 AEUV**

(80) Die fraglichen Verträge wurden nicht von der Bundesrepublik Deutschland bei der Kommission notifiziert und sind daher, im Falle eines wirtschaftlichen Vorteils für Bavaria und damit dem Vorliegen einer staatlichen Beihilfe, rechtswidrig nach Art. 108 Abs. 3 AEUV.

#### 6.3. **Vereinbarkeit der staatlichen Beihilfe mit dem Binnenmarkt**

(81) Bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer Maßnahme mit dem Binnenmarkt gemäß Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV obliegt die Beweislast dem Mitgliedsstaat. Derzeit führt Deutschland aber keine Argumente an, welche die Maßnahme unter Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV oder als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unter Art. 106 Abs. 2 AEUV rechtfertigen könnten.

### 7. **BESCHLUSS**

(82) Aus diesen Gründen fordert die Kommission Deutschland im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV auf, innerhalb eines Monats nach Eingang dieses Schreibens Stellung zu nehmen und alle für die Würdigung der Maßnahme sachdienlichen Informationen zu übermitteln. Deutschland wird aufgefordert, unverzüglich eine Kopie dieses Schreibens an die potenziellen Beihilfempfänger weiterzuleiten.

(83) Die Kommission erinnert Deutschland an die aufschiebende Wirkung des Artikels 108 Absatz 3 AEUV und verweist auf Artikel 14 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates, dem zufolge alle rechtswidrigen Beihilfen von den Empfängern zurückgefordert werden können.

(84) Die Kommission weist Deutschland darauf hin, dass sie die Beteiligten durch die Veröffentlichung des vorliegenden Schreibens und einer aussagekräftigen Zusammenfassung dieses Schreibens im *Amtsblatt der Europäischen Union* informieren wird. Außerdem wird sie die Beteiligten in den EFTA-Staaten, die das EWR Abkommen unterzeichnet haben, durch die Veröffentlichung einer Bekanntmachung in der EWR-Beilage zum *Amtsblatt der Europäischen Union* und die EFTA Überwachungsbehörde durch die Übermittlung einer Kopie dieses Schreibens von dem Vorgang in Kenntnis setzen. Alle Beteiligten werden aufgefordert, innerhalb eines Monats ab dem Datum dieser Veröffentlichung Stellung zu nehmen."