BESCHLUSS (EU) 2015/507 DER KOMMISSION

vom 16. September 2014

über die Maßnahme SA.23129 (12/C) (ex 12/NN) (ex CP 141/2007) Deutschlands

(Bekanntgegeben unter Aktenzeichen C(2014) 6411)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(Text von Bedeutung für den EWR)

DIE EUROPÄISCHE KOMMISSION —

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf Artikel 108 Absatz 2 Unterabsatz 1,

nach Aufforderung der Beteiligten zur Äußerung gemäß dem genannten Artikel [1] und unter Berücksichtigung dieser Stellungnahme,

in Erwägung nachstehender Gründe:

1. VERFAHREN

(1) Am 30. März 2007 reichte die Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft mbH (im Folgenden „NEUWOGES“) auf der Grundlage von Artikel 20 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates eine Beschwerde bei der Kommission ein [2], derzufolge der Bavaria Immobilien Trading GmbH & Co, Immobilien Leasing Objekt Neubrandenburg KG und der Bavaria Immobilien Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. Objekte Neubrandenburg KG (im Folgenden „BAVARIA 1“ und „BAVARIA 2“; zusammen „BAVARIA“) mittels eines Erbbaurechtsvertrags (im Folgenden „EBV“) und eines Generalverwaltervertrags (im Folgenden „GVV“) eine rechtswidrige staatliche Beihilfe gewährt wurde. NEUWOGES beantragte die Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV.

(2) Am 6. August 2007, 14. Mai 2008, 6. April 2009 und 3. Februar 2012 forderte die Kommission von Deutschland weitere Auskünfte an. Deutschland antwortete am 4. September 2007, 12. Oktober 2007, 17. Oktober 2007, 11. Juli 2008, 14. Juli 2008, 12. Dezember 2008, 30. Juni 2009 und 28. Februar 2012. NEUWOGES übermittelte Stellungnahmen am 30. Mai 2007, 5. November 2007, 26. Februar 2008, 15. Juli 2008, 30. September 2008, 18. Dezember 2008, 6. März 2009, 4. Juni 2009, 15. Juli 2009, 26. August 2009, 22. September 2009 und 19. Januar 2012. BAVARIA nahm am 13. Mai 2008 Stellung.

(3) Am 28. November 2008 verkündete das Landgericht Rostock (im Folgenden „LG Rostock“) sein Urteil im Verfahren BAVARIA/NEUWOGES. BAVARIA hatte gegen NEUWOGES wegen Nichterfüllung des zwischen den beiden Parteien geschlossenen Vertrags geklagt. Daraufhin hatte NEUWOGES geltend gemacht, dass der Vertrag rechtswidrige und mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfen enthalte und daher nichtig sei. Das LG Rostock gelangte zu der Schlussfolgerung, dass es keinen Vorteil zugunsten von BAVARIA und daher keine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV gebe. NEUWOGES legte gegen das Urteil Rechtsmittel ein. Das Verfahren vor dem Oberlandesgericht Rostock (im Folgenden „OLG Rostock“) ist noch anhängig. Darüber hinaus strengte BAVARIA ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Greifswald (im Folgenden „VG Greifswald“) an, um auf dem Gerichtsweg Einsicht in alle diese Verträge betreffenden Akten der NEUWOGES oder der Stadt Neubrandenburg zu erwirken. Das Verfahren ist noch anhängig.

(4) Mit Schreiben vom 4. Juni 2009 forderte NEUWOGES im Einklang mit Artikel 265 Absatz 2 AEUV die Kommission auf, das förmliche Prüfverfahren innerhalb von zwei Monaten einzuleiten.

(5) Mit Schreiben vom 29. Juli 2009 übermittelte die Kommission NEUWOGES ihre vorläufige Einschätzung, dass weder der EBV noch der GVV eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV enthalten.

(6) Mit Schreiben vom 26. August 2009 focht die Beschwerdeführerin diese vorläufige Würdigung an und forderte die Kommission auf, das förmliche Prüfverfahren innerhalb von zwei Wochen einzuleiten.

(7) Die Kommissionsdienststellen teilten NEUWOGES mit Schreiben vom 15. September 2009 mit, dass sie ihr ein weiteres Schreiben mit einer Würdigung der letzten Stellungnahmen von NEUWOGES übermitteln würden. Mit Schreiben vom 22. September 2009 informierte NEUWOGES die Kommission darüber, dass sie mit dem Vorschlag der Kommission nicht einverstanden sei.

[1] ABl. C 141 vom 17.5.2012, S. 28.

[2] Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. C 83 vom 27.3.1999, S. 1).

(8) Am 9. Oktober 2009 erhob NEUWOGES Klage vor dem Gericht der Europäischen Union und beantragte, den angeblich im Schreiben der Kommission vom 29. Juli 2009 enthaltenen Beschluss für nichtig zu erklären oder hilfsweise festzustellen, dass die Kommission es unterlassen habe, tätig zu werden, da sie sich geweigert habe, das förmliche Prüfverfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV einzuleiten. Am 9. Januar 2012 wies das Gericht die Nichtigkeitsklage als unzulässig und die Untätigkeitsklage als unbegründet zurück ([3]).

(9) Mit Schreiben vom 19. Januar 2012 forderte NEUWOGES die Kommission erneut zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV auf.

(10) Mit Schreiben vom 21. März 2012 informierte die Kommission Deutschland über ihren Beschluss zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens. Der Beschluss der Kommission zur Einleitung des Verfahrens (im Folgenden „Einleitungsbeschluss") wurde im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht ([4]). Die Kommission forderte die Beteiligten auf, zu der Maßnahme Stellung zu nehmen. Am 22. März 2012 legte NEUWOGES Rechtsmittel gegen den Beschluss des Gerichts vom 9. Januar 2012 ein. Der Gerichtshof wies das Rechtsmittel am 15. November 2012 als gegenstandslos ab ([5]).

(11) Bei der Kommission gingen am 17. Juli 2012, 2. Oktober 2012, 4. April 2013 und 15. April 2014 Stellungnahmen von NEUWOGES sowie am 18. Juni 2012 und am 22. April 2013 Stellungnahmen von BAVARIA ein. Die Stellungnahmen wurden Deutschland am 7. August 2012 und 16. September 2013 zugeleitet. Im Auftrag der Bundesregierung nahm die Stadt Neubrandenburg am 23. Juli 2012 und am 28. September 2012 Stellung; das Land Berlin übermittelte seine Stellungnahmen am 16. Mai 2012, 28. September 2012 und 30. September 2013.

2. **BESCHREIBUNG DER MASSNAHMEN**

(12) NEUWOGES ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht. Die Stadt Neubrandenburg hält 100 % der Anteile. NEUWOGES verfolgt das Ziel, große Teile der Bevölkerung der Stadt Neubrandenburg und der umliegenden Gebiete mit bezahlbaren Wohnungen zu versorgen. Die Gesellschaft besitzt heute 33 % aller Wohnungen der Stadt Neubrandenburg. BAVARIA 1 und BAVARIA 2 sind Objektgesellschaften, die eigens für das Geschäft mit NEUWOGES gegründet wurden und mehrheitlich von geschlossenen Immobilienfonds gehalten werden. BAVARIA 1 wird von der BAVARIA Immobilien-Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. Erste Leasing Fonds KG (94 %) und der BAVARIA Immobilien-Management GmbH i. I. (6 %) gehalten, während BAVARIA 2 zu 100 % von Perseus Immobilien-Verwaltungs GmbH & Co. KG — LBB Fonds Dreizehn gehalten wird. Die Anteile an BAVARIA Immobilien Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. Erste Leasing Fonds KG wie auch an Perseus Immobilien Verwaltungs GmbH & Co. KG — LBB Fonds Dreizehn werden von Privatanlegern gehalten. Beide Fonds wurden von der Berliner Immobilien-Holding GmbH initiiert und vertrieben, die bis zum 1. Januar 2006 der Bankgesellschaft Berlin gehörte und seither zu 100 % unmittelbar im Eigentum des Landes Berlin steht.

(13) NEUWOGES ist unter anderem Eigentümerin einer Reihe von Grundstücken in Neubrandenburg, auf denen sich zwölf Wohngebäude mit insgesamt 557 Wohneinheiten und mehreren Gewerbeeinheiten befinden. Am 21. Januar 1998 schlossen NEUWOGES und BAVARIA den EBV und den GVV („in Rede stehende Verträge" oder zusammen „Sale-and-lease-back-Geschäft").

2.1. ERBBAURECHTSVERTRAG

(14) Am 21. Januar 1998 schlossen NEUWOGES und BAVARIA einen Grundstücksleasing- und Gebäudekaufvertrag für zwölf Gebäude mit insgesamt 557 Wohneinheiten ab. Im Rahmen dieses Vertrags erhielt BAVARIA die Erbbaurechte für die Grundstücke über einen Zeitraum von 75 Jahren und erwarb die Gebäude.

(15) Der EBV gliedert sich in zwei Hauptbestandteile:

a) Zum einen verpflichtete sich BAVARIA zu einer Zahlung von insgesamt […] (*) EUR ([6]) an NEUWOGES: […] EUR als kapitalisierter Erbbauzins auf Grund und Boden für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2028 und […] EUR als Kaufpreis für die Gebäude.

b) Zum anderen muss BAVARIA ab dem 1. Januar 2029 über einen Zeitraum von zehn Jahren jährlich einen Erbbauzins in Höhe von […] % des derzeitigen Grundstückswertes entrichten, d. h. von […] EUR pro m^2 bzw. […] EUR pro Jahr. Für die nachfolgende Restlaufzeit des EBV ist eine Anpassung des Erbbauzinses an den Preisindex für die Gesamtlebenshaltungskosten vorgesehen, sofern sich dieser um mehr als […] % verändert.

([3]) Beschluss des Gerichts vom 9. Januar 2012, Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft/Kommission, T-407/09, ECLI:EU:T:2012:1.
([4]) Siehe Fußnote 1.
([5]) Beschluss des Gerichtshofs vom 15. November 2012, Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft/Kommission, C-145/12 P, ECLI:EU:C:2012:724.
(*) Teile des Textes wurden geändert um sicherzustellen, dass vertrauliche Informationen nicht veröffentlicht werden; Diese Teile werden im Folgenden durch eckige Klammern ersetzt.
([6]) Die Kommission hat in diesem Beschluss alle Beträge, die ursprünglich in DM angegeben waren, nach dem offiziellen Umrechnungskurs von 1 EUR = 1,95583 DM in Euro umgerechnet. Dabei könnte es zu kleinen Rundungsfehlern gekommen sein. Ziffern nach dem Komma wurden in diesem Beschluss nicht berücksichtigt.

(16) 1997 hat NEUWOGES vor Abschluss des EBV mit BAVARIA den Wert der Objekte (Gebäude und Grundstücke) durch hausinterne Sachverständige ermitteln lassen. Laut diesem Gutachten betrug der Wert der Objekte […] EUR. 2007 beauftragte die NEUWOGES zusätzlich einen externen Sachverständigen, rückwirkend ein weiteres Gutachten über den Marktwert der Objekte im Jahr 1997 zu erstellen. Nach dem Gutachten von 2007 belief sich der für 1997 geschätzte Wert der Objekte auf […] EUR.

Das Altschuldenhilfegesetz

(17) Der EBV wurde vor dem Hintergrund des Altschuldenhilfegesetzes ([7]) (im Folgenden „AHG") geschlossen. Nach der deutschen Wiedervereinigung im Jahr 1990 wurden die früheren volkseigenen Wohnungswirtschaftsbetriebe in Ostdeutschland zu rechtlich selbstständigen kommunalen Wohnungsunternehmen. Die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten ihrer Vorgänger wurden auf diese neuen Unternehmen übertragen, was eine schwere Belastung für sie darstellte. Um die Wohnungsunternehmen in die Lage zu versetzen, langfristig existenzfähig zu sein, verabschiedete der Bundesgesetzgeber das Altschuldenhilfegesetz (AHG), das am 27. Juni 1993 in Kraft trat.

(18) Nach dem AHG konnten kommunale Wohnungsunternehmen in Ostdeutschland auf Antrag eine Entlastung von ihren Altverbindlichkeiten erhalten. Nach § 4(1)-(2) AHG konnte für Altverbindlichkeiten, die einen Betrag von 76,69 EUR pro m^2 übersteigen, eine Teilentlastung gewährt werden, wobei jedoch höchstens 434,60 EUR pro m^2 berücksichtigt werden durften. Im Gegenzug musste das Wohnungsunternehmen bestimmte Verpflichtungen akzeptieren. So musste es z. B. sich intensiv um die Privatisierung von 15 % der Wohnungen (§ 4 Abs. 5 Satz 1 in Verbindung mit § 5) bemühen, über einen Geschäftsplan zur zügigen Privatisierung, Modernisierung und Instandsetzung seiner Wohnungsbestände verfügen (§ 4 Abs. 5 Satz 2) sowie über den Stand seines Investitionsprogramms und die Ergebnisse der Privatisierung berichten (§ 4 Abs. 5-7). Nach der Fassung des Gesetzes, die zum betreffenden Zeitpunkt (1997/1998) in Kraft war, konnten die Wohnungsunternehmen ihrer Privatisierungspflicht bis zum 31. Dezember 2003 nachkommen. Kam ein Wohnungsunternehmen seiner Privatisierungspflicht nicht nach (d. h. bemühte es sich nicht intensiv um die Privatisierung), musste die bereits gewährte Entlastung zurückgezahlt werden.

(19) Die Wohnungsunternehmen mussten einen bestimmter Prozentsatz der über 76,69 EUR pro m^2 liegenden Privatisierungserlöse an den Erblastentilgungsfonds (im Folgenden „ETF") abführen. Zum damaligen Zeitpunkt (1997/1998) sah § 5 Abs. 2 AHG vor, dass für alle Privatisierungen bis zum 31. Dezember 1998 45 % der Veräußerungserlöse abgeführt werden mussten. Für Privatisierungen bis zum 31. Dezember 2000 oder bis zum 31. Dezember 2003 wurden die Erlösanteile auf 50 % bzw. 55 % festgelegt. Wenn die Privatisierung in Form einer Erbbaurechtsbestellung erfolgte (d. h. anstelle des Direktverkaufs der Gebäude und Grundstücke lediglich die Gebäude verkauft und für die Grundstücke Erbbaurechte bestellt wurden), bestand der für die Berechnung der Abführungsverpflichtungen zugrunde gelegte Veräußerungserlös im Preis der Gebäude und dem Barwert des vereinbarten Erbbauzinses (§ 5 Abs. 2).

(20) Im Laufe des Jahres 1995 stellte sich heraus, dass die ursprünglich geplante Privatisierungsform — d. h. der Verkauf an die Mieter — wahrscheinlich nicht zu der geforderten Privatisierungsquote von 15 % führen würde. Dementsprechend begannt die Kreditanstalt für Wiederaufbau (im Folgenden „KfW"), die mit der Verwaltung der Altschuldenhilfe betraut war, auch die sogenannte „Privatisierung an Zwischenerwerber" zu akzeptieren ([8]). Diesem Modell zufolge, das lediglich Anwendung finden sollte, wenn die Quote von 15 % durch direkte Privatisierungen voraussichtlich nicht zu erreichen war, konnte ein Wohnungsunternehmen Gebäude *en bloc* an einen gewerblichen Käufer veräußern. Um auf die Privatisierungsquote des Wohnungsunternehmens in Höhe von 15 % angerechnet werden zu können, musste sich der gewerbliche Käufer dazu verpflichten, die Gebäude zu sanieren und möglichst viele Wohnungen (mindestens aber ein Drittel) an die Mieter weiterzuveräußern ([9]). Wenn nach Vorlage konkreter Verkaufsangebote deutlich weniger als ein Drittel der Mieter an einem Kauf interessiert war, konnte der gewerbliche Käufer 60 % der Wohnungen von der Privatisierungspflicht ausnehmen und dadurch diese Pflicht auf die Privatisierung eines Drittels der verbleibenden 40 % der Wohnungen begrenzen ([10]).

NEUWOGES und das AHG

(21) Der EBV wurde schließlich von der KfW als einschlägige Zwischenerwerbsveräußerung nach dem AHG anerkannt. Der Abschluss des Sale-and-lease-back-Geschäfts erleichterte NEUWOGES also die Erfüllung seiner Privatisierungsverpflichtung nach dem AHG. Es bleibt allerdings unklar und umstritten, inwieweit das AHG die geschäftlichen

([7]) Altschuldenhilfegesetz vom 23. Juni 1993 (BGBl. I, S. 944, 986), zuletzt geändert am 31. Oktober 2006 (BGBl. I, S. 2407).
([8]) Siehe Schreiben des Bundesministeriums für Raumordnung „Anerkennung mieternaher Privatisierungsformen" vom 18. Mai 1995 und KfW „Merkblatt zu Mieterprivatisierung, mieternahen Privatisierungsformen und subsidiärem Drittverkauf" vom 22. Dezember 1995.
([9]) Schreiben des Bundesministeriums für Raumordnung „Anerkennung mieternaher Privatisierungsformen" vom 18. Mai 1995, S. 183.
([10]) KfW „Merkblatt zu Mieterprivatisierung, mieternahen Privatisierungsformen und subsidiärem Drittverkauf" vom 22. Dezember 1995, S. 5-6.

Erwägungen beeinflusste, die der Entscheidung von NEUWOGES zum Abschluss der Verträge zugrunde lagen, und ob die von NEUWOGES erhaltene AHG-Entlastung bei der Prüfung der Frage, ob das Sale-and-lease-back-Geschäft eine Beihilfe für BAVARIA darstellt, zu berücksichtigen ist.

(22) NEUWOGES erhielt eigenen Angaben zufolge eine Entlastung von insgesamt […] EUR ([11]). NEUWOGES führte aus, dass es schwierig sei, einen Teil der gesamten erhaltenen Entlastung dem Sale-and-lease-back-Geschäft anteilig zuzuordnen, da nach dem AHG nur dann eine Entlastung möglich sei, wenn das Wohnungsunternehmen seiner Privatisierungspflicht vollständig nachgekommen ist. Sollte jedoch ein Teilbetrag der erhaltenen Gesamtentlastung einer bestimmten Privatisierungsmaßnahme auf der Grundlage des Anteils dieser Privatisierungen an der Gesamtprivatisierungspflicht von NEUWOGES zugeordnet werden müssen, könnte eine Gesamtbruttoentlastung in Höhe von […] EUR rechnerisch dem Sale-and-lease-back-Geschäft zugeordnet werden. Von den Erlösen aus dem BAVARIA-Geschäft mussten […] EUR an den ETF abgeführt werden, sodass NEUWOGES rechnerisch eine Nettoentlastung in Höhe von […] EUR hatte ([12]).

2.2. GENERALVERWALTERVERTRAG

(23) Ebenfalls am 21. Januar 1998 unterzeichneten BAVARIA und NEUWOGES den GVV, durch den die Gebäude an NEUWOGES zurückgeleast wurden. Dem GVV zufolge bleibt NEUWOGES für die Verwaltung und kommerzielle Nutzung der in Rede stehenden Gebäude über einen Zeitraum von 30 Jahren verantwortlich. Alle Erlöse aus der Vermietung der Gebäude verbleiben bei NEUWOGES. Im Gegenzug für diese Nutzungsrechte verpflichtete sich NEUWOGES zu einer festen monatlichen Leasingzahlung in Höhe von […] EUR ([…] EUR pro Jahr) bis zum Abschluss der Sanierungsarbeiten und […] EUR ([…] EUR pro Jahr) für die Folgezeit. Ab dem 1. Januar 2000 erhöhte sich diese Leasingrate um […] % pro Jahr.

2.3. GLOBALPAUSCHALVERTRAG

(24) BAVARIA verpflichtete sich zur Sanierung der in Rede stehenden Gebäude und schloss zu diesem Zweck mit der BRG Bau-Regie GmbH (im Folgenden „BRG“), einer 100 %igen Tochtergesellschaft von NEUWOGES, einen Globalpauschalvertrag (im Folgenden „GVP“) ab. Nach dem GPV zahlte BAVARIA der BRG einen Pauschalbetrag von […] EUR für die vereinbarten Sanierungsarbeiten.

3. **BEMERKUNGEN DEUTSCHLANDS**

(25) Deutschland beschränkt seine Antwort auf den Einleitungsbeschluss auf die Erklärung, dass es im vorliegenden Fall nicht zu dem Beschluss Stellung nimmt und dies den betroffenen Gebietskörperschaften, der Stadt Neubrandenburg und dem Land Berlin überlässt.

4. **STELLUNGNAHMEN VON BETEILIGTEN**

4.1. NEUWOGES

(26) NEUWOGES macht geltend, dass sie mit dem Abschluss der in Rede stehenden Verträge nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter gehandelt und daher BAVARIA einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft habe, der eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstelle. Schätzungen von NEUWOGES zufolge führen die in Rede stehenden Verträge zu Verlusten in Höhe von […] EUR (nominal) bzw. […] EUR (abgezinst). Diese Verluste werden von NEUWOGES als mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfe für BAVARIA angesehen.

(27) Bei der Bewertung der Marktüblichkeit der in Rede stehenden Verträge macht NEUWOGES geltend, dass der EBV und der GVV getrennt voneinander geprüft werden müssen (Abschnitt 4.1.1). In Bezug auf die Einzelverträge behauptet NEUWOGES, dass weder der EBV (Abschnitt 4.1.2) noch der GVV (Abschnitt 4.1.3) von einem marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten geschlossen worden wären. NEUWOGES führt ferner aus, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter sich für einen alternativen Ansatz entschieden hätte (Abschnitt 4.1.4). Schließlich bringt NEUWOGES vor, dass der BAVARIA gewährte Vorteil eine Übertragung staatlicher Mittel darstelle, die der Stadt Neubrandenburg zuzurechnen sei (Abschnitt 4.1.5).

([11]) NEUWOGES erklärte zunächst, dass die Gesamtentlastung […] EUR und der zurechenbare Anteil […] EUR betrug. Allerdings korrigierte NEUWOGES später den zurechenbaren Anteil auf […] EUR. Wenn man davon ausgeht, dass diese Berichtigung aus einer Berichtigung der Gesamtentlastung resultiert, wurde dieser Betrag entsprechend berichtigt.

([12]) Siehe LG Rostock, Urteil vom 28. November 2008 (im Folgenden „LG Rostock Urteil“), S. 24.

4.1.1. *Gemeinsame vs. getrennte Prüfung der in Rede stehenden Verträge*

(28) NEUWOGES macht geltend, dass der EBV und der GVV hinsichtlich der Frage, ob die in Rede stehenden Verträge zu Marktbedingungen geschlossen wurden, streng voneinander getrennt geprüft werden müssten. NEUWOGES zufolge sind der EBV und der GVV rechtlich selbstständige Verträge, die gesondert bestehen sollten. Wenn die beiden Verträge tatsächlich als Einheit konzipiert worden wären, hätten NEUWOGES zufolge beide notariell beglaubigt werden müssen; nur der EBV sei aber notariell beglaubigt worden.

(29) Daher geht NEUWOGES auf jeden Vertrag getrennt ein, um seine Marktüblichkeit zu prüfen.

4.1.2. *Erbbaurechtsvertrag (EBV)*

(30) NEUWOGES vertritt die Auffassung, dass angesichts der 1997 und 2007 erstellten Gutachten zu den in Rede stehenden Objekten (Gebäude und Grundstücke) kein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter den EBV mit BAVARIA zu dem vereinbarten Preis abgeschlossen hätte. Weder die Zahlung von Erbbauzinsen, noch die AHG-Entlastung auf der Grundlage des EBV, die Sanierungsverpflichtung und das eingeschränkte Bieterverfahren könnten etwas an dieser Schlussfolgerung ändern.

4.1.2.1. Kaufpreis

(31) NEUWOGES erinnert daran, dass BAVARIA einen Barbetrag von […] EUR für die Gebäude zuzüglich […] EUR als kapitalisierten Erbbauzins auf Grund und Boden entrichtet hat. In den beiden Verkehrswertgutachten von 1997 und 2007 sei der Wert der Objekte insgesamt (Grundstücks- plus Gebäudewert) auf […] EUR bzw. […] EUR geschätzt worden. Ferner sei in beiden Gutachten nicht nur der Gesamtwert der Objekte, sondern auch der Wert der Grundstücke (Gutachten 1997: […] EUR, Gutachten 2007: […] EUR) und der Gebäude (Gutachten 1997: […] EUR, Gutachten 2007: […] EUR) getrennt ermittelt worden.

(32) NEUWOGES vertritt den Standpunkt, dass das Verkehrswertgutachten von 1997 eine realistische Einschätzung des Objektwerts zum damaligen Zeitpunkt (1997/1998) darstellt und lediglich der tatsächlich von BAVARIA für die Gebäude entrichtete Preis (und nicht der Preis für die Gebäude zuzüglich des kapitalisierten Erbbauzinses auf Grund und Boden) für Vergleichszwecke zu berücksichtigen ist. Dementsprechend hat NEUWOGES ihrer Auffassung nach einen Betrag erhalten, der den Marktpreis zum maßgeblichen Zeitpunkt (1997/1998) um […] EUR unterschreitet. Selbst unter Berücksichtigung der AHG-Entlastung würde der von BAVARIA entrichtete Preis immer noch 16 % unter dem niedrigeren Wert aus dem Gutachten von 2007 liegen. Der von BAVARIA gezahlte Preis lag NEUWOGES zufolge weit unter dem Marktpreis, sodass kein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter einem Verkauf zu diesem Preis zugestimmt hätte.

(33) In diesem Zusammenhang erinnert NEUWOGES daran, dass gemäß der „Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand“ ([13]) unter bestimmten Umständen ein Kaufpreis, der bis zu 5 % unter dem in einem unabhängigen Gutachten ermittelten Marktwert liegt, als Marktpreis akzeptiert werden kann. Im Umkehrschluss könne ein Preis, der auch unter günstigster Annahme mindestens 16 % unter der niedrigsten Bewertung liegt, nicht als Marktpreis akzeptiert werden.

4.1.2.2. Kapitalisierter Erbbauzins auf Grund und Boden

(34) NEUWOGES macht geltend, dass für den Vergleich des von BAVARIA gezahlten Preises mit den in den beiden Verkehrswertgutachten von 1997 und 2007 (in denen der Wert des vollständigen Eigentums an den Gebäuden und Grundstücken ermittelt wurde) ermittelten Preisen die kapitalisierten Erbbauzinsen für die ersten 30 Jahre nicht berücksichtigt werden dürfen. Da der Erbbauzins für die Bestellung und Übertragung der Erbbaurechte über einen Zeitraum von 75 Jahren und nicht für die Übereignung der Grundstücke entrichtet wird, kann er nicht für den Vergleich zwischen dem von BAVARIA für die Gebäude gezahlten Preis und dem in einen der beiden Gutachten ermittelten Preis herangezogen werden.

4.1.2.3. AHG-Entlastung

(35) NEUWOGES erklärt ferner, dass die sich aus den in Rede stehenden Verträgen ergebende AHG-Entlastung in Höhe von […] EUR beim Vergleich des von BAVARIA entrichteten Preises mit dem in den beiden Verkehrswertgutachten ermittelten Preis nicht berücksichtigt werden darf. Dafür werden folgende Gründe angeführt:

— Die AHG-Entlastung ist ein Vorteil, der NEUWOGES von einem Dritten (der KfW) gewährt wurde, der in keiner Verbindung zum Käufer steht. Es gibt keinen Grund, warum ein Verkäufer einen unter dem Marktpreis liegenden Preis akzeptieren sollte, nur weil ihm durch die Transaktion einige zusätzliche Vorteile von dritter Seite zufließen.

([13]) ABl. C 209 vom 10.7.1997, S. 3.

— BAVARIA hat keinerlei Pflichten aus dem AHG übernommen, die zuvor NEUWOGES oblagen und eine Vergütung in Form eines Kaufpreisnachlasses verdienen würden. BAVARIA verpflichtete sich zwar „auf dem Papier" zu dem Versuch, einige Wohnungen an die Mieter zu verkaufen, beauftragte aber NEUWOGES mit der konkreten Durchführung der Privatisierung auf eigene Kosten von NEUWOGES; somit übernahm BAVARIA keine wirkliche Verantwortung und trug auch nicht das Haftungsrisiko im Falle des Scheiterns der Privatisierungsbemühungen.

— Da die Entlastung an die Erfüllung der Verpflichtung von NEUWOGES gebunden war, 15 % ihrer Wohnungen zu privatisieren, und das Geschäft mit BAVARIA nur 20 % der gesamten Privatisierungsverpflichtungen deckte, ist eine anteilige Zuordnung der durch das BAVARIA-Geschäft ermöglichten AHG-Entlastung real (im Gegensatz zu rechnerisch) nicht möglich. Anders ausgedrückt, wenn NEUWOGES ihre Privatisierungsverpflichtung nicht vollständig erfüllt hätte, hätte die Gesellschaft keinerlei Vorteil nach dem AHG aus dem Geschäft mit BAVARIA erhalten.

— Das Sale-and-lease-back-Geschäft hätte allenfalls dazu geführt, dass NEUWOGES nur einen vergleichsweise geringen Prozentsatz (45 % anstatt 50 % oder 55 %) der Erlöse an den ETF hätte abführen müssen, wohingegen der Nichtabschluss des Vertrags und die Suche nach einem anderen Käufer mit dem Risiko verbunden gewesen wäre, einen größeren Teil der Veräußerungserlöse an den Fonds abführen zu müssen.

— NEUWOGES nimmt für sich auf jeden Fall in Anspruch, ihren Privatisierungsverpflichtungen schlussendlich zu 165 % nachgekommen zu sein, sodass die bereits gewährte Entlastung auch ohne das Geschäft mit BAVARIA bestätigt worden wäre.

4.1.2.4. Sanierung

(36) NEUWOGES führt weiter aus, dass sie von der Sanierung durch BAVARIA nicht profitiert habe, da BAVARIA Eigentümerin der Gebäude und somit die einzige Begünstigte der Sanierung war.

4.1.2.5. Bieterverfahren

(37) NEUWOGES bekräftigt, dass das eingeschränkte Bieterverfahren im Jahr 1997 nicht als Indikator darauf angeführt werden könne, dass der von BAVARIA entrichtete Preis tatsächlich der Marktpreis war. Das Bieterverfahren sei nicht offen, transparent, bedingungs- und diskriminierungsfrei gewesen und reiche daher für die Ermittlung des Marktwerts nicht aus.

4.1.3. *Generalverwaltervertrag (GVV)*

(38) NEUWOGES führt aus, dass kein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter von vergleichbarer Größe und in vergleichbarer Lage den GVV abgeschlossen hätte, da von vornherein klar gewesen sei, dass der Vertrag zu erheblichen Verlusten führen würde. NEUWOGES argumentiert insbesondere dahingehend, dass Verluste von Anfang an vorhersehbar waren, da die Berechnungen, auf die sich der Vertrag stützte, von Annahmen über die künftige Entwicklung des Mietwohnungsmarkts in Neubrandenburg ausgingen, die eindeutig zu optimistisch waren. NEUWOGES argumentiert auch, dass verschiedene angeblich ähnliche Verträge, die BAVARIA für Vergleichszwecke beibrachte, nicht die Marktüblichkeit des GVV belegen können, und dass NEUWOGES diesen eindeutig nachteiligen Vertrag nur aus politischen Gründen akzeptiert habe, die für die Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten irrelevant seien.

4.1.3.1. GVV unter Berücksichtigung der Markterwartungen

(39) NEUWOGES macht geltend, dass die zentralen Bestimmungen des GVV — eine feste monatliche Leasingrate, die jährlich um […] % erhöht wird, ein nicht indexierter Kostenabzug von ursprünglich ca. […] % (einschließlich […] % Mietausfallrisiko) und eine Laufzeit von 30 Jahren — nicht den Bedingungen entsprechen, die ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter akzeptiert hätte. NEUWOGES bringt in diesem Zusammenhang folgende Argumente vor:

— Aufgrund des niedrig angesetzten Mietausfallrisikos von lediglich […] % der Nettomieterlöse trägt NEUWOGES das finanzielle Risiko für die Erzielung einer Auslastungsquote von mindestens […] %.

— Die Indexierung der festen Leasingrate mit […] % pro Jahr bedeutet, dass NEUWOGES das finanzielle Risiko trägt, zumindest diesem Satz entsprechende jährliche Mieterhöhungen nicht durchsetzen zu können.

— Da die Kosten nicht indexiert sind, trägt NEUWOGES das finanzielle Risiko für eine Erhöhung der Verwaltungs- und Instandhaltungskosten, und nur eine Mieterhöhung von über […] % pro Jahr könnte möglicherweise einen Kostenanstieg kompensieren.

— In Anbetracht der langen Laufzeit von 30 Jahren sind diese finanziellen Risiken beträchtlich.

(40) NEUWOGES zufolge war von Beginn an klar, dass diese Risiken eintreten und zu hohen Verlusten führen würden und folglich kein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter den Vertrag geschlossen hätte. Ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter würde nur einen Vertrag schließen, der rentabel ist oder zumindest

keine Verluste nach sich zieht. NEUWOGES erklärt, dass der GVV nur dann Gewinn hätte abwerfen können, wenn man vernünftigerweise hätte annehmen können, dass die hohe Auslastungsquote, jährliche Mieterhöhungen von […] % und stabile Kosten tatsächlich erreicht werden können. Bereits bei Abschluss des Vertrags sei jedoch erkennbar gewesen, dass eine durchschnittliche Auslastungsquote von […] % nicht erreichbar sei, eine Mieterhöhung von mindestens […] % pro Jahr unmöglich wäre und dass sich die Verwaltungs- und Instandhaltungskosten unweigerlich über die Laufzeit des Vertrags erhöhen würden. Zur Untermauerung dieser Behauptungen verweist NEUWOGES sowohl auf den prognostizierten Bevölkerungsrückgang als auch auf den Immobilienmarkt in Neubrandenburg, und bekräftigt, dass aufgrund dieser Informationen mit Verlusten zu rechnen war. Da die Einwohnerzahl Neubrandenburgs schon vor dem Abschluss der in Rede stehenden Verträge rückläufig war, bestand zumindest ab 1995 ein erhebliches Überangebot an Wohnungen, wobei die wenig attraktiven Plattenbauten, die Gegenstand des Vertrags sind, am stärksten von Leerständen und niedrigen Mieten betroffen waren.

(41) NEUWOGES zufolge hätte ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter seine Berechnungen auf pessimistischere Erwartungen gestützt, wie beispielsweise prognostizierte Mieterhöhungen von […] % bis […] %, ein Mietausfallrisiko von […] % und eine Indexierung der Kosten mit […] %. Eine von NEUWOGES vorgelegte nachträgliche Cashflow-Analyse aus dem Jahr 2012 belegt, dass auf der Grundlage dieser Annahmen hinsichtlich des GVV mit einem negativen Cashflow von […] EUR (nominal) bzw. […] EUR (abgezinst) zu rechnen war ([14]). NEUWOGES bringt vor, dass dieser Betrag die von BAVARIA erhaltene staatliche Beihilfe darstellt. Zudem wird eine Reihe von Varianten dieser Cashflow-Analyse beigebracht, aus denen hervorgeht, dass selbst wenn optimistischere Annahmen gerechtfertigt gewesen wären (wie eine durchschnittliche Leerstandsquote von […] %, jährliche Mieterhöhungen um […] % und ein Kostenanstieg von […] %), der projizierte Gesamt-Cashflow ebenfalls negativ gewesen wäre. Mit dem GVV hätte nur unter Zugrundelegung angeblich völlig unrealistischer Annahmen ein Gewinn erwirtschaftet werden können ([…] % Leerstandsquote, jährliche Mieterhöhung um […] %, Kostenanstieg von […] %).

4.1.3.2. Beispielverträge

(42) NEUWOGES bestreitet, dass bestimmte Verträge aus vergleichbaren Transaktionen ([…] ([15])-, […] ([16])- und […] ([17])-Verträge) die Marktüblichkeit des GVV nachweisen können. NEUWOGES schließt sich nicht der Auffassung an, dass die Verträge vergleichbar sind, und führt aus, dass sie sich vom GVV in folgenden wesentlichen Punkten unterscheiden:

— Da keine Beweise dafür beigebracht wurden, dass eine hinreichende Ähnlichkeit zwischen der wirtschaftlichen Lage und den Zukunftsperspektiven der Städte, in denen sich die Immobilien befinden, auf die sich die Beispielverträge beziehen, und der Lage und den Perspektiven Neubrandenburgs bestand, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Verträge insgesamt vergleichbar sind.

— Die Indexierung der Leasingrate in den Vergleichsverträgen unterscheidet sich erheblich von der im GVV vorgesehenen Indexierung (d. h. 1,0 %-1,5 %).

— Jeder der herangezogenen Beispielverträge ist für den Vergleich ungeeignet, da die Umstände in jedem Fall verschieden sind ([…]: weniger aufwendige Instandhaltungsverpflichtungen, […]: keine Wohnungen, sondern Gewerbeimmobilien mit einer Leerstandsquote von 0 % bei Vertragsabschluss, […]: Immobilien in einer Wachstumsregion).

(43) Nach Auffassung von NEUWOGES können die Beispielverträge die Marktüblichkeit des GVV nicht belegen, sondern weisen vielmehr umgekehrt gerade dessen Marktunüblichkeit nach, da sie weniger belastende Bestimmungen umfassen, obwohl die wirtschaftlichen Perspektiven für die betreffenden Objekte besser waren.

4.1.3.3. Politische Gründe

(44) NEUWOGES macht geltend, dass der GVV trotz eindeutiger wirtschaftlicher Nachteilhaftigkeit aus politischen Gründen geschlossen wurde. NEUWOGES erinnert daran, dass die Gründe der Gewährung staatlicher Beihilfen für die rechtliche Würdigung nicht relevant sind, und macht geltend, dass eben die angeführte politischen Gründe belegen, dass wirtschaftliche Erwägungen nicht die entscheidende Rolle spielten. NEUWOGES erklärt, dass der GVV aus folgenden Gründen geschlossen wurde:

— Es habe großer politischer Druck bestanden, die Sanierung und Privatisierung der Wohnungsbestände in den neuen Bundesländern voranzutreiben.

— Die Stadt Neubrandenburg habe gehofft, dem kontinuierlichen Bevölkerungsschwund durch die Sanierung und Privatisierung von Wohnungen entgegenzuwirken.

([14]) NEUWOGES stützte ihre Berechnungen auf einen Abzinsungssatz von 5 %.
([15]) Generalverwaltervertrag mit der […] vom 19. Dezember 1997.
([16]) Generalverwalter- und Mietgarantievertrag mit der […] vom 13. August 1998.
([17]) Generalverwalter- und Mietgarantievertrag mit der […] Bauträgergesellschaft vom 1. Dezember 1999.

— Durch den Abschluss des GVV in Kombination mit dem GPV wurde das Investitionsniveau in Neubrandenburg hoch gehalten, während rückläufige Investitionen erhebliche Auswirkungen auf die Arbeitslosenquote vor Ort gehabt hätten.

4.1.4. *Alternativen*

(45) NEUWOGES bringt abschließend vor, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter Alternativen für die in Rede stehenden Verträge bevorzugt hätte.

(46) NEUWOGES führt zunächst aus, dass ein Direktverkauf vorzuziehen gewesen wäre, da er einen Gewinn generiert hätte, wohingegen beim GVV von Anfang an von Verlusten ausgegangen werden konnte. Die Objekte (Gebäude und Grundstücke) hätten zu oder über dem in den Verkehrswertgutachten ermittelten Preis veräußert werden können. Selbst wenn ein Käufer lediglich die Grundstücke erworben und die Gebäude abgerissen hätte, wäre ein solcher Verkauf rentabler gewesen. NEUWOGES hält an dieser Bewertung auch für den Fall einer Berücksichtigung der AHG-Entlastung fest, denn NEUWOGES hätte versuchen können, ihren Verpflichtungen durch die Privatisierung anderer Gebäude nachzukommen, und ein Verkauf wäre auch ohne die AHG-Entlastung rentabler als das Sale-and-lease-back-Geschäft gewesen. Die Gründe für den Verzicht auf eine dieser Alternativen seien in den politischen Verpflichtungen von NEUWOGES zu sehen.

(47) Ferner vertritt NEUWOGES die Auffassung, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter lieber eine weniger umfassende Sanierung selbst finanziert, ohne Sanierung weiter vermietet oder die Gebäude abgerissen hätte. Der Verzicht auf diese Alternativen wird wiederum mit den politischen Verpflichtungen von NEUWOGES begründet.

(48) Schließlich hält NEUWOGES fest, dass es im Falle einer Sanierungsentscheidung für NEUWOGES jedenfalls rentabler gewesen wäre, diese Arbeiten anders zu finanzieren. Beispielsweise hätte ein Kredit aufgenommen werden können, für den die Stadt Neubrandenburg eine Bürgschaft zur Absicherung übernommen hätte, sodass die Kreditbedingungen günstiger als beim Geschäft mit BAVARIA ausgefallen wären.

4.1.5. *Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit*

(49) NEUWOGES ist der Meinung, der angebliche Vorteil sei aus staatlichen Mitteln gewährt worden und dem Staat zurechenbar.

(50) Zunächst einmal macht NEUWOGES geltend, dass die Stadt Neubrandenburg als alleinige Anteilseignerin und durch ihren beherrschenden Einfluss auf den Aufsichtsrat einen beherrschenden Einfluss auf NEUWOGES hatte. In Anbetracht dieses Kontrollverhältnisses stellten die angeblichen Verluste aus dem Sale-und-lease-back-Geschäft entgangene staatliche Mittel dar.

(51) Ferner macht NEUWOGES geltend, dass im vorliegenden Fall praktisch alle Indikatoren für eine Zurechenbarkeit vorliegen: Die Stadt Neubrandenburg habe eine weitreichende Kontrolle über NEUWOGES; für NEUWOGES sei es von größter Bedeutung, den Interessen der Stadt zu dienen; das in Rede stehende Geschäft sei aus politischen Gründen abgeschlossen worden, und die Stadt Neubrandenburg habe nachweislich das letzte Wort bei dem Sale-and-lease-back-Geschäft gehabt.

4.2. BAVARIA

(52) BAVARIA weist die von NEUWOGES vorgebrachten Argumente zurück und erklärt, dass die in Rede stehenden Verträge normale Markttransaktionen waren und ihr keinen Vorteil verschafft haben. Folglich stellten sie auch keine staatliche Beihilfe dar. BAVARIA führt zunächst aus, dass die in Rede stehenden Verträge als eine wirtschaftliche Einheit zu betrachten seien (Abschnitt 4.2.1). Zweitens seien die Verträge insgesamt nicht so, dass kein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter sie unterzeichnet hätte (Abschnitt 4.2.2). Drittens seien die von NEUWOGES angeführten Alternativen für NEUWOGES nicht vorteilhafter gewesen (Abschnitt 4.2.3). Schließlich erklärt BAVARIA, dass keine dem Staat zurechenbaren Mittel übertragen wurden (Abschnitt 4.2.4).

4.2.1. *Gemeinsame vs. getrennte Prüfung der in Rede stehenden Verträge*

(53) BAVARIA argumentiert dahingehend, dass die in Rede stehenden Verträge als eine Einheit zu betrachten sind und nicht isoliert voneinander bewertet werden können. Der Verkauf und das anschließende Rückleasing der Gebäude seien zwei miteinander in Zusammenhang stehende Teile eines einzigen Geschäfts. BAVARIA betont, dass das Geschäft als Paket angeboten war und von NEUWOGES auch so angesehen wurde, wie aus dem internen Protokoll hervorgehe, das den Entscheidungsfindungsprozess bei NEUWOGES dokumentiere.

(54) Folglich ist — BAVARIA zufolge — das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten auf das Geschäft als Ganzes und nicht auf jeden einzelnen Vertrag anzuwenden.

4.2.2. *Die Transaktion verschaffte BAVARIA keinen Vorteil*

(55) BAVARIA zufolge ist die mögliche Existenz eines Vorteils bereits durch die Tatsache ausgeschlossen, dass NEUWOGES ein Bieterverfahren (wenn auch nur in beschränktem Umfang) durchführte, um den Markt zu sondieren. Es gebe keinen Grund daran zu zweifeln, dass NEUWOGES das wirtschaftlich günstigste Angebot ausgewählt habe.

(56) Um festzustellen, ob, unabhängig von dem Bieterverfahren, ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter das Geschäft abgeschlossen hätte, müsse die besondere Situation von NEUWOGES berücksichtigt werden. NEUWOGES habe Kapital aufnehmen und die Wohnungen sanieren müssen, um diese (bei weiterhin günstigen Mieten) zu privatisieren und die AHG-Entlastung zu erhalten. Daher hätte BAVARIA zufolge ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in derselben Situation ebenfalls das Geschäft abgeschlossen.

(57) Hinsichtlich der GVV-Bestimmungen und der Risiken, die mit einer unter den Erwartungen liegenden Entwicklung des Immobilienmarktes in Neubrandenburg einhergehen (wie eine über den Prognosen liegende Leerstandsquote usw.) argumentiert BAVARIA dahingehend, dass das Risiko, die gewünschte Miete und Auslastungsquote nicht erreichen zu können, NEUWOGES nicht *aufoktroyiert* wurde, sondern vielmehr bei NEUWOGES *verblieb*. NEUWOGES hätte die Folgen einer unter den Erwartungen liegenden Marktentwicklung auch tragen müssen, wenn das Geschäft mit BAVARIA nicht zustande gekommen wäre.

(58) In Bezug auf die einzelnen GVV-Bestimmungen macht BAVARIA geltend, dass die für die Berechnung der Leasingrate herangezogene Durchschnittsmiete pro m^2 etwas unter den Werten lag, die nach dem entsprechenden Mietspiegel für Neubrandenburg zu erwarten gewesen wären. Ferner betont BAVARIA, dass im selben Mietspiegel von steigenden Mieten für die Zeit nach dem 1. Januar 2000 ausgegangen wurde, sodass eine Mieterhöhung von […] % pro Jahr nicht unrealistisch war.

(59) In Bezug auf den EBV betont BAVARIA, dass die 1997 und 2007 erstellten Verkehrswertgutachten nicht direkt mit dem EBV verglichen werden können, da die Gutachten einen Direktverkauf betrafen, wohingegen der EBV zwar einen Verkauf der Gebäude, aber lediglich eine Bestellung von Erbbaurechten für die Grundstücke beinhaltete. Da NEUWOGES Grundstückseigentümerin blieb, konnte der in den Gutachten festgestellte Grundstückswert nicht berücksichtigt werden. Die Verkehrswertgutachten sind nach Auffassung von BAVARIA in jedem Fall nicht weiter von Bedeutung, da darin nur der theoretische Wert der Objekte und nicht ihr tatsächlich auf dem Markt erzielbarer Wert ermittelt wurde.

(60) BAVARIA macht ferner geltend, dass die aufgrund des Geschäfts erreichte Altschuldenentlastung zu berücksichtigen ist. Eines der Ziele von NEUWOGES beim Abschluss des in Rede stehenden Geschäfts habe darin bestanden, die AHG-Entlastung zu erreichen.

(61) Abgesehen von den genauen Bedingungen des EBV und des GVV müssen BAVARIA zufolge auch die Vorteile, die NEUWOGES durch den GPV erhalten hat, berücksichtigt werden. BAVARIA bekräftigt, dass NEUWOGES darauf bestand, ihre Tochtergesellschaft BRG mit der Sanierung der Wohnungen zu betrauen, wohl wissend, dass NEUWOGES sämtliche Gewinne der BRG erhalten würde (allerdings auch für die Deckung etwaiger Verluste haftete). Vor diesem Hintergrund sind die Gewinne aus dem Vertrag mit BRG, der einen Umfang von […] EUR hatte, als relevanter Vorteil für NEUWOGES anzusehen.

(62) Zur allgemeinen Logik des Sale-and-lease-back-Modells führt BAVARIA schließlich aus, dass NEUWOGES selbstverständlich die ursprüngliche Investition von BAVARIA zuzüglich Zinsen zurückzahlen müsse. BAVARIA verweist auf das Protokoll des internen Entscheidungsfindungsprozesses von NEUWOGES, um zu zeigen, dass sich NEUWOGES durchaus der Tatsache bewusst war, dass mit der Leasingrate die ursprüngliche Investition von BAVARIA zu amortisieren war.

4.2.3. *Alternativen*

(63) Hinsichtlich der von NEUWOGES vorgebrachten Alternativen, die ihrer Meinung nach wirtschaftlich vorteilhafter gewesen wären, macht BAVARIA geltend, dass diese Alternativen entweder nicht zur Verfügung standen oder nicht vorteilhafter gewesen wären. Was erstens die angebliche Option des Direktverkaufs an die Mieter betrifft, hält es BAVARIA für sehr unwahrscheinlich, dass NEUWOGES nicht sanierte Wohnungen hätte verkaufen können, gleichzeitig aber auch nicht über die Mittel zur Finanzierung der notwendigen Sanierung verfügte. Zweitens führt BAVARIA in Bezug auf die Finanzierung der Sanierung mit einem Kredit aus, dass NEUWOGES dabei die gleichen Risiken und Kosten wie bei dem Geschäft mit BAVARIA zu tragen gehabt hätte. Darüber hinaus wäre ein Direktverkauf sanierter Wohnungen an die Mieter oder an einen gewerblichen Käufer nicht attraktiv gewesen, da NEUWOGES einen beträchtlichen Prozentsatz des höheren Preises an den ETF hätte abführen müssen.

4.2.4. *Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit*

(64) BAVARIA macht schließlich geltend, dass das Geschäft keine staatlichen Mittel betreffe und nicht dem Staat zurechenbar sei. NEUWOGES sei ein normales privatrechtliches Unternehmen, das weder direkt noch indirekt staatliche Mittel erhalte. Die allgemeine Kontrolle durch den mehrheitlich kommunal besetzten Aufsichtsrat reiche nicht aus, um die Transaktion dem Staat zuzurechnen. Das Argument von NEUWOGES, die Stadt Neubrandenburg habe NEUWOGES aus politischen Gründen zum Abschluss des Geschäfts gedrängt, sei nicht plausibel.

4.3. STADT NEUBRANDENBURG

(65) Die Stadt Neubrandenburg, die Eigentümerin von NEUWOGES ist, macht geltend, dass die in Rede stehenden Verträge staatliche Beihilfen umfassen. Die Stadt schließt sich den von NEUWOGES vorgebrachten Argumenten an und nimmt zu einer Reihe von Punkten selbst Stellung.

4.3.1. *Vorteil*

(66) Neubrandenburg ist erstens der Auffassung, dass der EBV und der GVV getrennt bewertet werden müssen, da die Vertragsparteien sie sowohl im rechtlichen als auch im wirtschaftlichen Sinne sorgfältig getrennt hätten. Zweitens verweist Neubrandenburg auf die von NEUWOGES vorgebrachten Argumente hinsichtlich der prognostizierten Bevölkerungsabnahme, der ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter Rechnung getragen hätte. Neubrandenburg betont ferner, dass hohe Leerstandsquoten für einen marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten klar vorhersehbar gewesen wären. Drittens ist Neubrandenburg der Auffassung, dass die von BAVARIA in Auftrag gegebene Sanierung so einfacher Art war, dass keine hohen Auslastungsquoten und signifikante Mieterhöhungen zu erwarten waren.

(67) Neubrandenburg weist zudem weitere Argumente von BAVARIA zurück. Insbesondere vertritt Neubrandenburg den Standpunkt, dass das Bieterverfahren nicht als Indiz dafür genommen werden kann, dass das Angebot von BAVARIA das günstigste am Markt verfügbare Angebot war. Ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter hätte das Angebot von BAVARIA jedenfalls nicht akzeptiert, selbst wenn es tatsächlich das günstigste Angebot auf dem Markt gewesen wäre. Was die angeblichen Alternativen betrifft, greift Neubrandenburg im Wesentlichen die Argumente von NEUWOGES auf. In Bezug auf die Verkehrswertgutachten und das Argument von BAVARIA, die ermittelten Preise hätten nicht erreicht werden können, erklärt Neubrandenburg, dass das Verkehrswertgutachten als Parameter für den Marktpreis zum maßgeblichen Zeitpunkt zugrunde gelegt werden müsse, da nicht mehr feststellbar sei, welchen Preis NEUWOGES 1998 auf dem Markt tatsächlich hätte erzielen können.

4.3.2. *Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit*

(68) Die Stadt Neubrandenburg ist der Auffassung, dass das Rechtsgeschäft ihr zuzurechnen ist, da sie ein ausreichendes Maß an Kontrolle über NEUWOGES im Allgemeinen und im Besonderen hinsichtlich des Sale-and-lease-back-Geschäfts ausgeübt habe.

(69) Als alleinige Anteilseignerin hatte die Stadt nach eigenen Angaben die vollständige Kontrolle über NEUWOGES. Die Geschäftsführung von NEUWOGES sei daher an die Weisungen der Stadt gebunden. Darüber hinaus seien acht der zehn Mitglieder des Aufsichtsrats von NEUWOGES Vertreter der Stadt, so dass diese über einen weiteren Kontrollmechanismus verfüge. Die Stadt Neubrandenburg sei kommunalrechtlich verpflichtet gewesen sicherzustellen, dass sie einen angemessenen Einfluss auf NEUWOGES ausüben konnte.

(70) In Bezug auf das in Rede stehende Geschäft erklärt die Stadt Neubrandenburg, dass sie nicht nur die Möglichkeit zur Kontrollausübung hatte, sondern dies bei diesem Geschäft tatsächlich auch getan habe. Neubrandenburg ist der Auffassung, dass unter anderem aus den Protokollen des Aufsichtsrats die enge Einbindung der Stadtvertreter hervorgehe und dass vor dem Abschluss des Geschäfts eine Entscheidung des Aufsichtsrats erforderlich war. Im Hinblick auf die Bedingungen des Geschäfts führt Neubrandenburg aus, dass die Stadt die Wahrung der kommunalpolitischen Interessen gefordert habe.

(71) Zusammenfassend stellt die Stadt Neubrandenburg fest, dass die Kontrolle der Stadt über das Sale-and-lease-back-Geschäft sowie ihre Verantwortung dafür durch die Fakten belegt seien, sodass das Geschäft ihr zurechenbar sei.

4.4. LAND BERLIN

(72) Das Land Berlin, das eng mit BAVARIA ([18]) verbunden ist, macht geltend, dass die in Rede stehenden Verträge kein Beihilfeelement enthalten, da BAVARIA kein Vorteil verschafft wurde.

4.4.1. *Vorteil*

(73) Berlin argumentiert zunächst, dass die in Rede stehenden Verträge als ein einziges Geschäft betrachtet werden müssen, da sie einander ergänzende Teile eines Sale-and-lease-back-Geschäfts seien. NEUWOGES habe sie auch als solche behandelt.

(74) Hinsichtlich des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten verweist Berlin darauf, dass BAVARIA angesichts der wirtschaftlichen Lage von NEUWOGES zum maßgeblichen Zeitpunkt (1997/1998) und der Art des angestrebten Geschäfts (Privatisierung im Einklang mit den AHG-Entlastungsvoraussetzungen, Sanierung ihres Wohnungsbestandes, Beibehaltung der Verwaltungstätigkeit für ihre Objekte, Aufrechterhaltung sozialverträglicher Mieten) eine ausgewogene Lösung geboten habe.

([18]) Siehe Erwägungsgrund 12.

(75) Insbesondere hinsichtlich des EBV führt Berlin erstens aus, dass das Bieterverfahren von NEUWOGES zeige, dass NEUWOGES das Angebot von BAVARIA für das günstigste zu dem betreffenden Zeitpunkt (1997/1998) auf dem Markt verfügbare Finanzierungsangebot gehalten habe. Zweitens macht Berlin geltend, dass die AHG-Entlastung berücksichtigt werden müsse, da die Erfüllung der Privatisierungsverpflichtung nach dem AHG ein wesentliches Anliegen von NEUWOGES war. Drittens betont Berlin, dass der Verkauf zu einem relativ niedrigen Preis (durch Wahl einer mit Sanierungsauflagen verbundene Veräußerung anstelle einer Veräußerung nach Abschluss selbst durchgeführter Sanierungsarbeiten) im wirtschaftlichen Interesse von NEUWOGES gelegen habe, weil ein niedrigerer Preis bedeutete, dass weniger Geld an den ETF abzuführen war.

(76) In Bezug auf den GVV führt Berlin erstens aus, dass die Beispielverträge zeigten, dass weder die Vertragslaufzeit noch die Indexierung der Leasingrate mit […] % pro Jahr unüblich gewesen seien. Zweitens sei die Indexierung in Anbetracht der zum damaligen Zeitpunkt (1997/1998) kalkulierbaren durchschnittlichen Inflationsrate gerechtfertigt gewesen. Drittens habe die Miete pro m^2 innerhalb der gültigen Mietspiegelwerte für Neubrandenburg gelegen.

4.4.2. *Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit*

(77) Ähnlich wie BAVARIA argumentiert das Land Berlin dahingehend, dass die Stadt Neubrandenburg NEUWOGES keine Mittel zur Verfügung stellt. Vielmehr sei es so, dass NEUWOGES nur die selbst erwirtschafteten Einnahmen zur Verfügung stünden, über welche die kommunalen Behörden keine direkte Kontrolle hätten.

(78) Hinsichtlich der Zurechenbarkeit hält es Berlin für wenig plausibel, dass die Stadt Neubrandenburg beschlossen habe, einem Immobilienfonds aus Berlin zu Lasten ihrer eigenen lokalen Wohnungsbaugesellschaft eine Beihilfe zu gewähren. Ferner gebe es keine ausreichenden Hinweise darauf, dass die Stadt Neubrandenburg sich den Abschluss der Verträge zurechnen lassen wollte.

5. GRÜNDE FÜR DIE ERÖFFNUNG DES FÖRMLICHEN PRÜFVERFAHRENS

(79) In ihrer Entscheidung zur Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens hatte die Kommission einen vorläufigen Standpunkt zu einer Reihe von Fragen eingenommen und die Beteiligten zur Übermittlung von Informationen zu insbesondere drei Fragen aufgefordert.

(80) Erstens akzeptierte die Kommission vorläufig, dass der EBV und der GVV als eine Einheit und nicht gesondert voneinander betrachtet werden müssen, da beide Bestandteil eines Immobilienleasings in der Sale-and-Lease-Back-Variante sind ([19]). Daher basiere die Bewertung eines möglichen wirtschaftlichen Vorteils auf der Analyse der Erlöse, die NEUWOGES 1998 aus dem gemeinsamen Abschluss des EBV und des GVV erwarten konnte ([20]).

(81) Zum EBV führte die Kommission insbesondere zwei Fragen an:

— Erstens müsse geklärt werden, ob die AHG-Entlastung in die Bewertung miteinbezogen werden solle ([21]).

— Zweitens wollte die Kommission weitere Informationen zu den Unterschieden zwischen den Verkehrswertgutachten von 1997 und 2007 erhalten, da ohne weitere Präzisierungen nicht feststellbar sei, welches dieser Gutachten ggf. den tatsächlichen Marktwert des Grundbesitzes in den Jahren 1997/1998 widerspiegle ([22]).

(82) In Bezug auf den GVV wies die Kommission zunächst darauf hin, dass aus den Beispielverträgen hervorgehe, dass die zwischen NEUWOGES und BAVARIA vereinbarten Bedingungen zum damaligen Zeitpunkt (1997/1998) auf dem Markt nicht unüblich gewesen seien ([23]). Zweitens machte die Kommission geltend, dass das von NEUWOGES durchgeführte beschränkte Bieterverfahren belege, dass NEUWOGES die Möglichkeit hatte, sich am Markt zu erkundigen und eine wirtschaftlich rationale Entscheidung zu treffen ([24]). Drittens verwies die Kommission auf die Tatsache, dass die vertraglich vereinbarten Mieten für 2008 tatsächlich der durchschnittlichen Miete in dem maßgebenden Stadtviertel im Jahr 2008 entsprachen oder nur geringfügig darunter lagen ([25]).

(83) Obwohl alle diese Faktoren auf die Marktüblichkeit des GVV hinwiesen, bat die Kommission um weitere Informationen über die Erwartungen der Immobilienmarktteilnehmer im Jahr 1998, um die entsprechenden Argumente eingehender prüfen zu können ([26]).

([19]) Erwägungsgrund 46 des Einleitungsbeschlusses.
([20]) Erwägungsgrund 47 des Einleitungsbeschlusses.
([21]) Erwägungsgrund 55 des Einleitungsbeschlusses.
([22]) Erwägungsgrund 56 des Einleitungsbeschlusses.
([23]) Erwägungsgrund 60 f. des Einleitungsbeschlusses.
([24]) Erwägungsgrund 62 des Einleitungsbeschlusses.
([25]) Erwägungsgrund 64 des Einleitungsbeschlusses.
([26]) Erwägungsgrund 66 des Einleitungsbeschlusses.

(84) Schließlich prüfte die Kommission die von NEUWOGES vorgelegte Cashflow-Analyse und kam letztlich zu dem Schluss, dass diese Analyse aufgrund methodischer Mängel einen wirtschaftlichen Vorteil zugunsten von BAVARIA nicht nachweisen könne ([27]).

(85) Die Kommission kam daher zu dem Ergebnis, dass sie auf der Grundlage der vorgelegten Informationen einen wirtschaftlichen Vorteil zugunsten von BAVARIA nicht nachweisen könne ([28]). Sie bekundete jedoch ihre Absicht, die Argumente der Marktteilnehmer eingehender zu prüfen und ersuchte alle Beteiligten um zusätzliche zweckdienliche Informationen ([29]).

6. **NATIONALE GERICHTSVERFAHREN**

(86) Am 28. November 2008 hat das LG Rostock sein Urteil im erstinstanzlichen Verfahren zwischen BAVARIA und NEUWOGES verkündet. BAVARIA hatte die Klage eingereicht, da NEUWOGES ab Oktober 2006 die Zahlung der im GVV vereinbarten monatlichen Leasingrate mit der Begründung abgelehnt hatte, dass der Vertrag nichtig sei, da er eine rechtswidrige staatliche Beihilfe beinhalte.

(87) In seinem Urteil stellte das LG Rostock zunächst fest, dass der EBV und der GVV als Einheit und nicht isoliert zu betrachten seien, da beide Verträge Bestandteil ein und desselben Sale-and-lease-back-Geschäfts seien ([30]).

(88) Im Hinblick auf den EBV ermittelte das LG Rostock zunächst für die ersten 30 Jahre der Laufzeit des EBV den jährlichen Erbbauzins; dieser lag bei […] % pro Jahr. Das LG Rostock vertrat die Auffassung, dass es sich dabei um keine unangemessen niedrige Vergütung handele, da NEUWOGES den Erbauzins für die ersten 30 Jahre im Voraus erhalten habe und ihn gewinnbringend anlegen konnte, was bei einer jährlichen Zahlung nicht der Fall gewesen wäre ([31]).

(89) Ferner stellte das LG Rostock fest, dass die von NEUWOGES aufgrund des Sale-and-lease-back-Geschäfts erlangte Befreiung von Altverbindlichkeiten vollumfänglich berücksichtigt werden müsse, da dieses Geschäft die Voraussetzungen für die Befreiung von den Altverbindlichkeiten geschaffen habe ([32]). Wenn der Betrag der Befreiung von den Altverbindlichkeiten zum Kaufpreis der Gebäude hinzugerechnet werde, liege der sich daraus ergebende Wert lediglich 16 % unter dem im Verkehrswertgutachten von 2007 angegebenen Wert der Gebäude und steht daher nicht außer Verhältnis zum Gebäudewert ([33]). Schließlich führte das LG Rostock aus, dass NEUWOGES ein Interesse an einem niedrigen Kaufpreis gehabt habe, da sich durch den geringeren Kaufpreis das Gesamtinvestitionsvolumen von BAVARIA und die entsprechende Leasingrate reduziert habe ([34]). Zudem stellte das LG Rostock fest, dass ein niedrigerer Kaufpreis auch deshalb vorteilhaft gewesen sei, da die Zahlungsverpflichtungen von NEUWOGES gegenüber dem ETF von dem Verkaufserlös abhingen ([35]).

(90) In Bezug auf den GVV war das LG Rostock erstens der Auffassung, dass bei Immobilienleasinggeschäften eine Vertragslaufzeit von 30 Jahren nichts Ungewöhnliches sei ([36]). Zweitens vertrat das Gericht den Standpunkt, dass die vertraglich vereinbarte Leasingrate von ursprünglich […] EUR/m^2 in keinem Missverhältnis zu den durchschnittlichen Mieten für vergleichbare Gebäude in der relevanten Zeit (1997/1998) gestanden habe ([37]). Ferner kam das Gericht zu dem Schluss, dass die jährliche Steigerung der Leasingrate um […] % angesichts der Inflation zwischen 1970 und 1998 (d. h. durchschnittlich 3,52 % pro Jahr) gerechtfertigt sei ([38]). Darüber hinaus verwies das LG Rostock darauf, dass die tatsächliche Mietzinsentwicklung in den maßgebenden Stadtvierteln in den ersten zehn Jahren der Vertragslaufzeit etwa der vertraglich vereinbarten Anhebung entsprochen habe. Drittens brachte das LG Rostock das Argument vor, dass die Verwaltungs- und Instandhaltungskosten nach den geltenden Rechtsvorschriften berechnet worden seien und auf keinen Vorteil für BAVARIA hinwiesen ([39]).

(91) Im Hinblick auf das Mietausfallrisiko von […] % vertrat das LG Rostock die Auffassung, dass der Leasingnehmer bei jedem Leasingverhältnis das Risiko zu tragen habe, ob er die ihm zum Gebrauch überlassene Sache so wie vorgesehen auch tatsächlich nutzen kann ([40]). Das LG Rostock untermauerte diese Schlussfolgerung mit dem Argument, dass kein Kreditinstitut die Verantwortung dafür übernehmen würde, dass die finanzierte Immobilie wie geplant genutzt werden kann.

([27]) Erwägungsgrund 68 des Einleitungsbeschlusses.
([28]) Erwägungsgrund 69 des Einleitungsbeschlusses.
([29]) Erwägungsgrund 70 des Einleitungsbeschlusses.
([30]) LG Rostock Urteil, S. 18.
([31]) LG Rostock Urteil, S. 23-24.
([32]) LG Rostock Urteil, S. 24-25.
([33]) LG Rostock Urteil, S. 26.
([34]) LG Rostock Urteil, S. 26.
([35]) LG Rostock Urteil, S. 26.
([36]) LG Rostock Urteil, S. 19.
([37]) LG Rostock Urteil, S. 19-20.
([38]) LG Rostock Urteil, S. 20.
([39]) LG Rostock Urteil, S. 20-21.
([40]) LG Rostock Urteil, S. 21.

(92) Das LG Rostock verglich schließlich die durchschnittliche, aus dem Sale-and-lease-back-Geschäft resultierende Leasingrate mit den Zinssätzen herkömmlicher Kredite. Da der durchschnittliche jährliche Leasingzins bei […] % pro Jahr liege, habe dies, so das LG Rostock, nicht außer Verhältnis zu der erwartbaren Zinsentwicklung für Baugeld gestanden, da die Baugeldzinsen bis zu 10 % pro Jahr betragen könnten ([41]).

(93) Zusammenfassend stellte das LG Rostock fest, dass BAVARIA kein Vorteil gewährt wurde, da auch ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter die in Rede stehenden Verträge abgeschlossen hätte ([42]).

(94) NEUWOGES legte gegen dieses Urteil Berufung ein; das Verfahren vor dem OLG Rostock ist noch anhängig.

(95) Darüber hinaus strengte BAVARIA ein Verfahren vor dem VG Greifswald an, um auf dem Gerichtsweg Einsicht in alle diese Verträge betreffenden Akten von NEUWOGES oder der Stadt Neubrandenburg zu erwirken. BAVARIA erklärte, zuvor versucht zu haben, eine derartige Einsichtnahme durch einen Antrag nach dem Informationsfreiheitsgesetz zu erhalten, der jedoch von der Stadt Neubrandenburg mit dem Argument abgelehnt worden sei, dass BAVARIA im Rahmen der Verfahren vor dem LG/OLG Rostock und bei der Europäischen Kommission bereits Zugang zu allen relevanten Dokumenten gehabt habe ([43]). Das Verfahren vor dem VG Greifswald ist ebenfalls noch anhängig.

7. **WÜRDIGUNG DER MASSNAHME**

7.1. VORLIEGEN EINER BEIHILFE NACH ARTIKEL 107 ABSATZ 1 AEUV

(96) Nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen". Folglich ist eine Maßnahme eine staatliche Beihilfe, wenn alle vier nachstehenden Voraussetzungen erfüllt sind:

a) Die Maßnahme verschafft einem Unternehmen einen selektiven wirtschaftlichen Vorteil.

b) Die Maßnahme ist dem Staat zuzurechnen und wird aus staatlichen Mitteln finanziert.

c) Die Maßnahme verfälscht den Wettbewerb oder droht ihn zu verfälschen.

d) Die Maßnahme ist geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

7.1.1. *Selektiver Vorteil zugunsten eines Unternehmens: allgemeine Grundsätze*

(97) Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs sind die Voraussetzungen, die eine Maßnahme erfüllen muss, um unter den Begriff der „Beihilfe" im Sinne des Artikels 107 AEUV zu fallen, nicht erfüllt, wenn das begünstigte Unternehmen denselben Vorteil, der ihm aus staatlichen Mitteln gewährt wurde, unter Umständen, die normalen Marktbedingungen entsprechen, hätte erhalten können. Zur Beurteilung der Frage, ob dieselbe Maßnahme unter normalen Marktbedingungen von einem marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten, der sich in einer möglichst ähnlichen Lage befindet wie der Staat, ergriffen worden wäre, sind nur die Vorteile und Verpflichtungen zu berücksichtigen, die mit der Eigenschaft des Staates als Anteilseigner zusammenhängen, nicht aber jene, die sich an seine Eigenschaft als Träger von öffentlicher Gewalt knüpfen ([44]).

(98) Folglich hängt die Anwendbarkeit des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten letztlich davon ab, ob der betroffene Mitgliedstaat in seiner Eigenschaft als Wirtschaftsbeteiligter und nicht in seiner Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt einem Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil gewährt. Daher muss ein Mitgliedstaat, wenn er sich im Verwaltungsverfahren auf diesen Grundsatz beruft, im Zweifelsfall eindeutig und anhand objektiver und nachprüfbarer Nachweise belegen, dass er die durchgeführte Maßnahme in seiner Eigenschaft als Wirtschaftsbeteiligter getroffen hat. Aus diesen Nachweisen muss klar hervorgehen, dass der betroffene Mitgliedstaat vor oder gleichzeitig mit der Gewährung des wirtschaftlichen Vorteils die Entscheidung getroffen hat, mit der tatsächlich durchgeführten Maßnahme im Hinblick auf das Unternehmen wirtschaftlich tätig zu werden. Insoweit können insbesondere Nachweise erforderlich sein, die zeigen, dass diese Entscheidung auf wirtschaftlichen Bewertungen beruht, die mit jenen vergleichbar sind, die ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in einer möglichst ähnlichen Lage wie der betreffende Mitgliedstaat vor der betreffenden Kapitalanlage vorgenommen hätte, um die künftige Rentabilität einer solchen Kapitalanlage zu ermitteln.

(99) Wirtschaftliche Bewertungen, die nach Gewährung dieses Vorteils erstellt werden, die rückblickende Feststellung der tatsächlichen Rentabilität der vom betroffenen Mitgliedstaat getätigten Kapitalanlage oder spätere Rechtfertigungen der tatsächlich gewählten Vorgehensweise reichen demgegenüber nicht für den Nachweis aus, dass dieser Mitgliedstaat vor oder gleichzeitig mit dieser Gewährung eine solche Entscheidung in seiner Eigenschaft als marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter getroffen hat ([45]).

([41]) LG Rostock Urteil, S. 22-23.
([42]) LG Rostock Urteil, S. 26.
([43]) Stellungnahme von BAVARIA vom 18. Juni 2012, S. 4-5.
([44]) Urteil des Gerichtshofs vom 5. Juni 2012, Kommission/EDF, C-124/10 P, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht, Randnrn. 78 und 79.
([45]) A. a. O., Randnrn. 81 bis 85.

(100) Aus dem Vorstehenden folgt erstens, dass die von den Vertragsparteien vorgelegten Unterlagen, die nach dem Erlass der Maßnahme erstellt wurden, als solche im vorliegenden Fall bei der Prüfung der Einhaltung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten nicht berücksichtigt werden können.

(101) Zweitens ergibt sich aus dem Vorstehenden, dass der Einfluss des AHG auf die finanzielle Situation von NEUWOGES im vorliegenden Fall bei der Prüfung der Einhaltung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten ebenfalls keine Berücksichtigung finden kann. Das AHG verfolgte in der Tat ein politisches Ziel, und nur eine begrenzte Kategorie von Unternehmen (§ 2 AHG) kam für eine Förderung in Betracht. Das Gesetz wäre nicht auf einen marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten in einer ähnlichen Lage wie NEUWOGES anwendbar gewesen.

7.1.2. *Aufbau der Würdigung in dieser Sache*

(102) Um zu ermitteln, ob BAVARIA durch die in Rede stehenden Verträge ein Vorteil gewährt wurde, muss geprüft werden, ob diese Verträge solchen Verträgen entsprachen, auf die sich auch ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in einer ähnlichen Lage wie NEUWOGES eingelassen hätte.

(103) Die Prüfung der Kommission umfasst drei Schritte. In einem ersten Schritt werden die finanziellen Auswirkungen des Geschäfts auf NEUWOGES analysiert, um zu ermitteln, mit welchen Gewinnen das Unternehmen rechnen konnte (Abschnitt 7.2). In einem zweiten Schritt wird das Sale-and-lease-back-Geschäft mit anderen Alternativen, wie etwa einem Direktverkauf, verglichen, um festzustellen, ob etwaige Alternativen wirtschaftlich attraktiver gewesen wären (Abschnitt 7.3). In einem dritten Schritt wird ein Benchmarking durchgeführt, wobei das in Rede stehende Geschäft mit ähnlichen Sale-and-lease-back-Geschäften, die in etwa zum selben Zeitpunkt abgeschlossen wurden, verglichen wird, die Ergebnisse eines von NEUWOGES durchgeführten beschränkten Bieterverfahrens analysiert werden und die Bedingungen des Geschäfts mit den üblichen Zinssätzen anderer Finanzierungsgeschäfte zum relevanten Zeitpunkt (Ende 1997/Anfang 1998) verglichen werden (Abschnitt 7.4). Diese drei Analyseschritte lassen in der Gesamtschau eine Schlussfolgerung darüber zu, ob sich NEUWOGES wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter verhalten hat.

7.2. DIE FINANZIELLEN FOLGEN DES GESCHÄFTS FÜR NEUWOGES

(104) Der erste Schritt bei der Analyse der finanziellen Folgen des in Rede stehenden Geschäfts besteht in der Bestimmung der Art des Geschäfts. In diesem Fall geht es hauptsächlich um die Frage, ob die beiden zwischen NEUWOGES und BAVARIA geschlossenen Verträge zwei Teile ein und desselben integrierten Geschäfts darstellen oder ob sie als zwei getrennte Transaktionen zu prüfen sind (Abschnitt 7.2.1). Um zweitens eine angemessene Würdigung der finanziellen Folgen des Geschäfts für NEUWOGES vornehmen zu können, werden die Besonderheiten eines Sale-and-lease-back-Geschäfts untersucht (Abschnitt 7.2.2). Nach einer eingehenden separaten Analyse der finanziellen Auswirkungen des EBV (Abschnitt 7.2.3) und des GVV (Abschnitt 7.2.4) folgt eine globale Analyse der für NEUWOGES zu erwartenden Rentabilität des Geschäfts (Abschnitt 7.2.5).

7.2.1. *Gemeinsame vs. getrennte Prüfung der in Rede stehenden Verträge*

(105) Zunächst sei daran erinnert, dass sowohl im Einleitungsbeschluss der Kommission als auch im Urteil des LG Rostock die Auffassung vertreten wird, dass die beiden in Rede stehenden Verträge zusammen zu prüfen seien ([46]). Das förmliche Prüfverfahren bestätigte diese Feststellung aus folgenden Gründen:

a) Die beiden Verträge sind einander ergänzende Bestandteile eines einzigen Sale-and-lease-back-Geschäfts. In der von BAVARIA erstellten Broschüre, in der für ihr besonderes Sale-and-lease-back-Modell geworben wird, wird darauf hingewiesen, dass das Geschäft mittels zweier Verträge durchgeführt würde, wobei der eine den Verkauf und der andere das Rückleasing regeln würde ([47]). Auf die beiden Verträge wurde sodann immer nur als gemeinsames Geschäft Bezug genommen.

b) Die Verträge wurden am 21. Januar 1998, d. h. am selben Tag, abgeschlossen und nehmen jeweils aufeinander Bezug ([48]), was auf ihre enge Verbindung und auf die Tatsache verweist, dass keiner der beiden Verträge ohne den jeweils anderen geschlossen worden wäre.

c) Wie aus der ursprünglichen, von NEUWOGES vorgelegten Preiskalkulation von BAVARIA hervorgeht, sind die Bedingungen der Verträge untrennbar miteinander verbunden ([49]). Die Höhe der Vorabzahlung in bar hing von der von NEUWOGES monatlich zu entrichtenden Leasingrate und der von BAVARIA in die Gebäudesanierung

([46]) Siehe Erwägungsgründe 80 und 87.
([47]) BAVARIA-Broschüre „Leasingmodell Immobilien", S. 4.
([48]) Siehe z. B. Teil I (3) EBV und die Präambel des GVV.
([49]) Stellungnahme von NEUWOGES vom 17. Juli 2012, Anlage 1.

getätigten Investition ab. Bei einem Sale-and-lease-back-Geschäft soll die Leasingrate die ursprüngliche Investition des Leasinggebers amortisieren. Dies bedeutet, dass sich im Falle anderer Bestimmungen im GVV die Zahlen im EBV sich ebenfalls geändert hätten und umgekehrt ([50]).

d) Aus den Protokollen der Aufsichtsratssitzungen von NEUWOGES geht hervor, dass NEUWOGES die beiden Verträge stets als Bestandteil ein und desselben Geschäfts angesehen hat ([51]). Zum Beispiel wird in den Aufsichtsratsvorlagen vom 30. Oktober 1997 und 16. Dezember 1997 klar festgestellt, dass die Finanzierung des Kaufpreises durch den Käufer über ein Leasingmodell erfolgt. Dies zeigt, dass sich NEUWOGES der Verbindung zwischen dem EBV und dem GVV sehr wohl bewusst war. Ebenfalls in der Sitzung vom 16. Dezember 1997 erklärte die Geschäftsleitung von NEUWOGES dem Aufsichtsrat, dass die mit BAVARIA ausgehandelte Zahlung der Preis sei, der für dieses „Paket" erzielt werden könne, und dass das „Paket" einige Risiken für das Unternehmen beinhalte, die jedoch tragbar seien. Der Verweis auf das „Paket" und das damit verbundene Risiko belegt erneut, dass beide Verträge als ein einziges Geschäft angesehen wurden.

(106) Die Argumente von NEUWOGES bezüglich der Nichtbeurkundung eines der in Rede stehenden Verträge sind nicht überzeugend. NEUWOGES führt als Hauptargument an, dass diese versäumte Beurkundung die Absicht der Vertragsparteien belege, zwei getrennte, voneinander unabhängige Verträge abzuschließen. Die Kommission weist darauf hin, dass staatliche Maßnahmen unterschiedliche Formen annehmen können und somit nach ihren Wirkungen zu untersuchen sind, sodass nicht ausgeschlossen werden kann, dass mehrere aufeinanderfolgende Maßnahmen des Staates für die Zwecke der Anwendung des Artikels 107 Absatz 1 AEUV als eine einzige Maßnahme zu betrachten sind. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn aufeinanderfolgende Maßnahmen insbesondere in Anbetracht ihrer zeitlichen Abfolge, ihres Zwecks und der Lage des Unternehmens zum Zeitpunkt dieser Maßnahmen derart eng miteinander verknüpft sind, dass sie sich unmöglich voneinander trennen lassen ([52]). Der Begriff des einzigen Geschäfts ist im Beihilferecht der Union somit weiter gefasst als im deutschen Vertragsrecht. Die in Erwägungsgrund 105 ausgeführten Überlegungen zeigen, dass die in Rede stehenden Verträge angesichts der zeitlichen Abfolge, ihres Zwecks und der Lage des Unternehmens zum Zeitpunkt des Abschlusses der Verträge nach dem Beihilferecht der Union als ein einziges Geschäft anzusehen sind.

7.2.2. *Hintergrund: Ausgestaltung des Sale-and-lease-back-Geschäfts*

(107) Das Geschäft zwischen BAVARIA und NEUWOGES beruht auf dem „Leasingmodell Immobilien" von BAVARIA. Dieses Modell sieht vor, dass der Käufer (BAVARIA) seine ursprüngliche Investition durch ein Rückleasing der erworbenen Gebäude an den Verkäufer (NEUWOGES) finanziert. Zur Bestimmung des Investitionsvolumens und der entsprechenden Leasingraten verwendet das Leasingmodell eine einfache Formel, nach der das Investitionsvolumen durch Division der nominalen jährlichen Leasingzahlung durch die Leasingrate (in %) berechnet wird:

Investitionsvolumen = monatliche Leasingzahlung × 1 200/Leasingrate

Monatliche Leasingzahlung = Investitionsvolumen × Leasingrate/1 200

Die Leasingrate wiederum ergibt sich aus einer Kombination der Vertragslaufzeit, der Indexierung der Leasingrate und des Restwerts der Gebäude:

Leasingrate (in %):

Laufzeit: 25 Jahre

Indexierung \ Restwert (in %)	0	1	1,5	2	2,5	3	3,5
10	8,385	7,687	7,35	7,02	6,701	6,39	6,068
50	7,80	7,149	6,836	6,53	6,232	5,943	5,661
100	7,066	6,478	6,194	5,917	5,647	5,384	5,129

([50]) Siehe auch die BAVARIA-Broschüre „Leasingmodell Immobilien", S. 8 und 10.
([51]) Vorlage 110/97 für die Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 30. Oktober 1997; Protokoll der Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 30. Oktober 1997; Vorlage 114/97 für die Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 12. Dezember 1997; Protokoll der Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 16. Dezember 1997.
([52]) Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2013, Bouygues/Kommission u. a., C-399/10 P, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht, Randnrn. 103 und 104.

Laufzeit: 30 Jahre

Indexierung \ Restwert (in %)	0	1	1,5	2	2,5	3	3,5
10	7,94	7,196	6,83	6,488	6,148	5,81	5,498
50	7,552	6,844	6,503	6,177	5,847	5,53	5,229
100	7,069	6,464	6,08	5,774	5,47	5,17	4,893

(108) Somit ist klar, dass das Investitionsvolumen sowohl von der Leasingrate als auch von den monatlichen Leasingzahlungen und umgekehrt abhängt. Sobald die Vertragsparteien die Eckwerte (Laufzeit, jährliche Indexierung, Restwert) und entweder das angestrebte Gesamtinvestitionsvolumen oder die geplanten monatlichen Leasingzahlungen festgelegt haben, können die fehlenden Parameter berechnet werden. Nach der Formel ergeben eine kürzere Laufzeit, ein geringerer Restwert, eine geringere Indexierung oder niedrigere nominale monatliche Leasingzahlungen ein niedrigeres Gesamtinvestitionsvolumen.

(109) Nach Festlegung des Gesamtinvestitionsvolumens werden die Kosten für Sanierung und Steuern sowie sonstige mögliche Kosten abgezogen. Der verbleibende Betrag entspricht dem Kaufpreis. Bei dem Sale-and-lease-back-Geschäft zwischen NEUWOGES und BAVARIA wird bei dem Kaufpreis (Vorabzahlung in bar) nicht zwischen dem für das Eigentum an den Gebäuden gezahlten Preis und den Erbbauzinsen unterschieden.

Kalkulation für das Geschäft zwischen BAVARIA und NEUWOGES

Gesamtinvestitionsvolumen	[…] EUR
Sanierung	[…] EUR
Steuern und Gebühren	[…] EUR
Privatisierungsvergütung	[…] EUR
Kaufpreis	[…] EUR

(110) Das in Rede stehende Sale-and-lease-back-Geschäft hat zwei Bestandteile, den EBV und den GVV; diese stehen wiederum mit dem GPV in Verbindung. Die finanziellen Folgen des EBV, des GVV und des GPV für NEUWOGES sind vor diesem Hintergrund zu bewerten.

7.2.3. *Bestimmung der erwartbaren finanziellen Auswirkungen des EBV für NEUWOGES*

(111) Die zentralen Bestandteile des EBV sind der Verkauf der Gebäude und die Bestellung von Erbbaurechten an den Grundstücken, auf denen die Gebäude stehen, für die Dauer von 75 Jahren. BAVARIA verpflichtete sich zu einer Zahlung in Höhe von insgesamt […] EUR an NEUWOGES, davon […] EUR als kapitalisierter Erbbauzins auf Grund und Boden für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2028 und […] EUR als Kaufpreis für die Gebäude ([53]). Außerdem muss BAVARIA ab dem 1. Januar 2029 über einen Zeitraum von zehn Jahren jährlich einen Erbbauzins in Höhe von […] % des derzeitigen Grundstückswerts entrichten, d. h. von […] EUR/m^2 bzw. […] EUR pro Jahr ([54]). Für die Restlaufzeit des EBV — ab 2039 und bis Ende 2073 — ist eine Anpassung des Erbbauzinses an den Index der Gesamtlebenshaltungskosten vorgesehen, sofern sich dieser um mehr als […] % verändert ([55]).

(112) Zusätzlich zum Kauf der Gebäude und zum Erwerb von Erbbaurechten an den betreffenden Grundstücken hat sich BAVARIA zur Sanierung der Gebäude verpflichtet und einem Vertragsabschluss mit BRG, einer Tochtergesellschaft von NEUWOGES, über die Durchführung der Bauarbeiten zugestimmt.

(113) Zur Bestimmung der Höhe des von BAVARIA an NEUWOGES im Rahmen des EBV zu zahlenden Kaufpreises gingen die Vertragsparteien von einer monatlichen Leasingzahlung in Höhe von […] EUR/m^2, einer Indexierung mit […] % pro Jahr, einem Restwert der Gebäude von […] % (der von NEUWOGES nach Ablauf des für 75 Jahre geschlossenen Vertrags über die Bestellung von Erbbaurechten auf der Grundlage eines zum betreffenden Zeitpunkt

([53]) Teil IV § 1 EBV.
([54]) Teil III § 10 Abs. 2 EBV.
([55]) Teil III § 10 Abs. 3 EBV.

zu erstellenden Sachverständigengutachtens entrichtet werden sollte) sowie einer Laufzeit von 30 Jahren für das Rückleasing aus ([56]). Das sich aus diesen Annahmen ergebende Gesamtinvestitionsvolumen betrug […] Mio. EUR ([57]). Nach Abzug der Sanierungskosten in Höhe von […] EUR, der Privatisierungskosten in Höhe von […] EUR sowie der Steuern/Gebühren in Höhe von […] EUR belief sich der Verkaufspreis auf […] EUR ([58]).

Monatliche Leasingzahlung × 1 200/Leasingrate = Investitionsvolumen

[…] EUR × 1 200/[…] = […] EUR

(114) Dieser Endpreis wurde dann in den Preis für die Gebäude ([…] % = […] EUR) und den kapitalisierten Erbbauzins auf Grund und Boden ([…] % = […] EUR) aufgespalten ([59]). Die auf Grund und Boden und auf die Gebäude entfallenden Beträge wurden nicht gesondert berechnet, sondern jeweils als Anteil des Gesamtverkaufspreises festgelegt.

(115) Die ersten Vorteile, die NEUWOGES aus dem Geschäft erwuchsen, waren somit die Barzahlung in Höhe von […] EUR und die Einnahmen aus den nach Ablauf von 30 Jahren von BAVARIA zu zahlenden Erbbauzinsen.

7.2.3.1. Sonstige Faktoren

Privatisierungsvergütung

(116) Zunächst ist festzustellen, dass in jedem Fall die von BAVARIA als Privatisierungsvergütung an NEUWOGES geleisteten Barzahlungen in Höhe von […] EUR zu berücksichtigen sind.

(117) Als Käuferin der Gebäude und Inhaberin der Erbbaurechte an den Grundstücken hatte BAVARIA gemäß den in Rede stehenden Verträgen klar vorgeschriebene Anstrengungen zur Veräußerung eines Teils der Wohnungen an die Mieter zu unternehmen. Diese Auflage war vertraglich festgelegt, sodass eine Veräußerung als „Privatisierung an Zwischenerwerber" für die Zwecke des AHG anerkannt werden konnte. Nach diesem Gesetz hatte sich ein gewerblicher Käufer zu bemühen, einen möglichst großen Teil, mindestens aber 1/3 des im Rahmen des Geschäfts übernommenen Wohnungsbestands, an die Mieter zu veräußern ([60]). Im Rahmen dieser Verpflichtung waren auch Bemühungen zu unternehmen, um die Mieter über die für sie bestehenden Möglichkeiten zu informieren und ihr Interesse am Wohnungskauf zu erkunden. Die Aufgabe, entsprechende Bemühungen zu unternehmen, wurde durch den EBV (Teil V §§ 1-3) auf NEUWOGES rückübertragen. Außerdem wurde vereinbart, dass NEUWOGES hierfür eine Vergütung in Höhe von […] EUR/m^2 erhält, womit sich die Gesamtvergütung für die Privatisierungsbemühungen auf […] EUR bemaß.

(118) Zunächst war nicht geplant, dass NEUWOGES eine Vergütung für ihre Privatisierungsbemühungen erhält; der später separat als Vergütung für die Privatisierungsbemühungen gezahlte Betrag war ursprünglich schlicht Teil des ins Auge gefassten Verkaufspreises ([61]). In der Tat machte es für BAVARIA keinen Sinn, NEUWOGES für Tätigkeiten, an denen BAVARIA keinerlei wirtschaftliches Interesse hatte, eine Vergütung zu zahlen. Die Gewährung einer Entlastung nach dem AHG, die an die Auflage von Privatisierungsbemühungen geknüpft war, lag allein im wirtschaftlichen Interesse von NEUWOGES.

(119) Die Vergütung für die Privatisierungsbemühungen wurde jedoch später vom Verkaufspreis abgezogen und stattdessen in Form einer separaten Zahlung ausgezahlt. Der Grund hierfür dürfte darin bestanden haben, dass der in Rede stehende Betrag, wenn er Teil des Verkaufspreises geblieben wäre, der Verpflichtung zur Abführung an den ETF unterlegen hätte. Der von BAVARIA an NEUWOGES gezahlte Verkaufspreis wurde um den entsprechenden Betrag gemindert. Aus der Sicht von BAVARIA machte dies wirtschaftlich gesehen keinen Unterschied. NEUWOGES erhielt genau denselben Betrag von BAVARIA, den sie erhalten hätte, wenn keine separate Privatisierungsvergütung vereinbart worden wäre. Tatsächlich rechnete NEUWOGES selbst die Privatisierungszahlungen zu den zu erwartenden Erlösen aus dem Sale-and-lease-back-Geschäft hinzu ([62]).

(120) Die Abrechnung dieser Zahlungen als separate Vergütung und nicht als Teil des Verkaufspreises war für NEUWOGES nur vor dem Hintergrund des AHG von Relevanz. Wie bereits weiter oben (siehe Erwägungsgrund 101) dargelegt, hätte ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter das AHG außer Acht gelassen. Der Umstand, dass NEUWOGES die Privatisierungsbemühungen unternommen und dafür Ressourcen aufgewendet hat, ist im vorliegenden Kontext nicht von Bedeutung. Ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter, der nicht im Kontext des AHG agiert, hätte keine Privatisierungsbemühungen unternommen, weshalb diese auch nicht im Zuge der Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten berücksichtigt werden können.

([56]) §§ 2-4 GVV.
([57]) Stellungnahme von NEUWOGES vom 17. Juli 2012, Anlage 1.
([58]) Stellungnahme von NEUWOGES vom 17. Juli 2012, Anlage 1.
([59]) Siehe Schreiben von NEUWOGES an BAVARIA vom 24. November 1997, S. 2.
([60]) Siehe Teil IV § 3 EBV in Verbindung mit Teil V §§ 3 und 4 EBV.
([61]) Siehe Stellungnahme von BAVARIA vom 22. April 2013, Anlage 12.
([62]) Siehe Vorlage 114/97 für die Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 12. Dezember 1997.

(121) Entsprechend ist die von BAVARIA an NEUWOGES gezahlte Vergütung für die Privatisierungsbemühungen als relevanter Vorteil für NEUWOGES zu betrachten, der zum Verkaufspreis hinzugerechnet werden muss, um die finanziellen Auswirkungen des Sale-and-lease-back-Geschäfts für NEUWOGES in Gänze zu bestimmen.

Sanierung

(122) Die im Rahmen des Sale-and-lease-back-Geschäfts durchgeführte Sanierung hatte für NEUWOGES zusätzliche finanzielle Auswirkungen. Es ist daran zu erinnern, dass die Sanierungskosten unmittelbar mit der Zahlung von BAVARIA an NEUWOGES nach dem EBV in Verbindung standen, die sich aus der Berechnung des Gesamtinvestitionsvolumens abzüglich der Kosten — einschließlich Sanierungskosten — ergab (siehe Erwägungsgrund 109). Anders ausgedrückt: Je höher die Sanierungskosten, desto niedriger der Kaufpreis. Aus diesem Grund lag bei einer alternativen Berechnung der Transaktion, bei der von niedrigeren Mieten, einer geringeren Indexierung und somit deutlich niedrigeren Leasingraten ausgegangen wurde, der Kaufpreis trotzdem immer noch über dem im EBV vereinbarten Preis; in erster Linie war dies darauf zurückzuführen, dass die Sanierungskosten in dieser alternativen Berechnung wesentlich niedriger angesetzt wurden als letztlich zwischen BAVARIA und BRG vereinbart ([63]).

(123) Vor diesem Hintergrund ist anzumerken, dass der von BAVARIA an BRG, einer 100 %ige Tochter von NEUWOGES, nach dem GPV gezahlte Pauschalbetrag für die Sanierungsarbeiten erheblich über den ursprünglich von NEUWOGES geschätzten Sanierungskosten lag ([64]). Während NEUWOGES die Kosten in ihrer ursprünglichen Schätzung mit insgesamt […] EUR bzw. […] EUR/m^2 angesetzt hatte, belief sich der zwischen BAVARIA und der NEUWOGES-Tochter BRG schließlich vereinbarte Pauschalbetrag für die Sanierung auf […] EUR bzw. […] EUR/m^2. Anders ausgedrückt: Die vereinbarten Kosten überstiegen die ursprünglich geschätzten Kosten um […] EUR bzw. […] %. Die deutliche höhere vereinbarte Kostenpauschale senkte den nach dem EBV von BAVARIA an NEUWOGES gezahlten Kaufpreis signifikant.

(124) Eine Begründung für die Differenz zwischen der ursprünglichen Kostenschätzung und dem vereinbarten Pauschalbetrag wurde nicht genannt. Dies ist umso überraschender, als NEUWOGES die geschätzten Sanierungskosten in Höhe von durchschnittlich […] EUR/m^2 ursprünglich als „allgemein üblich" bezeichnet hatte ([65]). Auch in dem von NEUWOGES beigebrachten Gutachten *Zwischen Sanierung und Abriss: Plattenbauten in den neuen Bundesländern* (im Folgenden „Pestel-Gutachten") wurden die Kosten einer Sanierung, ähnlich wie sie von BRG durchgeführt wurde, auf […] EUR/m^2 bis […] EUR/m^2 veranschlagt ([66]). Als Eigentümerin und Verwalterin der Gebäude verfügte NEUWOGES über eine genaue Kenntnis des Sanierungsbedarfs, und es ist schwer nachvollziehbar, warum dieser so drastisch unterschätzt wurde.

(125) Die Sanierungskosten sind bei der Bestimmung der finanziellen Auswirkungen des EBV zu berücksichtigen. Zunächst einmal liegt auf der Hand, dass es für BAVARIA irrelevant war, in welcher Höhe die NEUWOGES-Tochter BRG ihr Sanierungskosten in Rechnung stellen würde, da alle zusätzlichen Sanierungskosten einfach mit dem Kaufpreis verrechnet würden. NEUWOGES hingegen hatte ein offenkundiges wirtschaftliches Interesse daran, dass BAVARIA einen Vertrag mit BRG über die Durchführung der Sanierungsarbeiten schließt und dass ein Teil des Verkaufspreises den Sanierungskosten zugerechnet wird. Letztere Überlegung basierte auf der Tatsache, dass der von der NEUWOGES-Tochter durch die Sanierung erwirtschaftete Gewinn nicht der Abführungspflicht nach dem AHG unterlag. Nach eigenen Schätzungen belief sich der von BRG (und folglich von NEUWOGES) aus den BAVARIA-Sanierungen erwirtschaftete Gewinn auf […] EUR ([67]). Dieser Gewinn stellt einen unmittelbaren Vorteil für NEUWOGES dar, den es zu berücksichtigen gilt. Tatsächlich verwies auch die NEUWOGES-Geschäftsleitung zur Rechtfertigung des Verkaufspreises auf den mit BRG geschlossenen Vertrag über die Durchführung der Sanierungsarbeiten ([68]).

Erbbauzins auf Grund und Boden

(126) Hinsichtlich des Erbbauzinses muss an dieser Stelle auf das Argument von NEUWOGES eingegangen werden, dass BAVARIA für die ersten 30 Jahre de facto keine Zahlungen leisten müsse, da der kapitalisierte Erbbauzins im Verkaufspreis enthalten war. Die Frage, ob der Erbbauzins jährlich oder vorab als kapitalisierter Erbbauzins entrichtet wird, ist für die vorzunehmende Würdigung jedoch kaum von Belang. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass eine derartige Vereinbarung unvernünftig war; sie war lediglich Ausdruck einer Präferenz von NEUWOGES zugunsten einer Vorabliquidität.

(127) Schließlich darf nicht vergessen werden, dass BAVARIA auch nach Ablauf des GVV zur Zahlung des Erbbauzinses auf Grund und Boden verpflichtet ist. Ab dem 1. Januar 2029 muss BAVARIA über einen Zeitraum von zehn Jahren jährlich einen Erbbauzins in Höhe von […] % des derzeitigen Grundstückswerts entrichten, d. h. von […] EUR/m^2. Für die Restlaufzeit ist eine Anpassung des Erbbauzinses an den Index der Gesamtlebenshaltungskosten vorgesehen, sofern sich dieser um mehr als […] % verändert. Geht man der Einfachheit halber davon aus, dass der

([63]) Stellungnahme von BAVARIA vom 18. Juni 2012, Anlage 11.
([64]) Siehe Schreiben von NEUWOGES an BAVARIA vom 7. März 1997 und das darauf folgende erste Angebot von BAVARIA (Stellungnahme von BAVARIA vom 18. Juni 2012, Anlagen 9 und 10).
([65]) Siehe Schreiben von NEUWOGES an BAVARIA vom 7. März 1997 (Stellungnahme von BAVARIA vom 18. Juni 2012, Anlage 9).
([66]) Pestel-Gutachten (Vorlage von NEUWOGES vom 17. Juli 2012, Anlage 2), S. 68 („Sanierungsstufe 2").
([67]) Stellungnahme von NEUWOGES vom 27. September 2012, Anlage.
([68]) Vorlage 114/97 für die Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 12. Dezember 1997, S. 3.

Lebenshaltungskostenindex nicht schwanken wird, wären diese künftigen Zahlungen mit einem nominalen Wert von […] EUR zu veranschlagen. Bei einer Gesamtbewertung ist der auf das Jahr 1998 abgezinste Wert dieser künftigen Zahlungen ebenfalls als Teil des von NEUWOGES erzielten Vorteils anzusehen.

7.2.3.2. Schlussfolgerungen

(128) An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die vorstehende Analyse zum Ziel hatte, die finanziellen Auswirkungen des EBV für NEUWOGES so genau wie möglich zu ermitteln. Aus der Analyse geht hervor, dass die von NEUWOGES erhaltenen relevanten Vorteile Folgendes umfassen:

a) den von BAVARIA gezahlten Barpreis ([…] EUR);

b) die für die Privatisierungsbemühungen gezahlte Vergütung ([…] EUR);

c) die durch die Sanierung erwirtschafteten Gewinne ([…] EUR);

d) den Barwert des Erbbauzinses für die Zeit ab 2029 (abgezinst […] EUR).

7.2.4. *Bestimmung der erwartbaren finanziellen Auswirkungen des GVV für NEUWOGES*

(129) Nach dem GVV ist NEUWOGES für die Verwaltung der in Rede stehenden Gebäude zuständig. NEUWOGES stehen sämtliche Einnahmen aus der Vermietung der Wohnungen und Gewerbeeinheiten zu. Im Gegenzug hat sie der Eigentümerin (BAVARIA) eine feste monatliche Leasingrate zu zahlen, die auf […] EUR bis zum Abschluss der Sanierungsarbeiten und auf […] EUR für die Zeit danach festgesetzt ist (§ 3 GVV). Der Vertrag hat eine Laufzeit von 30 Jahren, gerechnet ab Beendigung der Sanierungsarbeiten (§ 2 Abs. 1). Die monatliche Leasingrate ist mit […] % pro Jahr indexiert (§ 4 Abs. 2). Zweck der folgenden Analyse ist es, die finanziellen Auswirkungen des GVV für NEUWOGES zu bestimmen.

7.2.4.1. Hintergrund (Berechnungen)

(130) Die monatliche Leasingrate ergibt sich durch Multiplikation der erwarteten Nettomiete pro m^2 und Monat — abzüglich Verwaltungskosten, Instandhaltungskosten und Mietausfallrisiko — mit der Zahl der verfügbaren Quadratmeter ([69]). Die zentralen Annahmen betreffen somit die erwartete Nettomiete pro m^2 und Monat sowie die erwarteten Kosten. Im GVV gingen die Parteien von einer Nettomiete von […] EUR/m^2 nach der Sanierung und Kosten in Höhe von […] EUR/m^2 aus; entsprechend wurde die monatliche Leasingrate auf […] EUR/m^2 festgesetzt ([70]).

(Durchschnittsmiete/m^2 − Verwaltungskosten − Instandhaltungskosten − Mietausfallrisiko) × Gesamtquadratmeterzahl = monatliche Leasingzahlung

([…] EUR − […] EUR − […] EUR − […] EUR) × […] EUR = […] EUR

(131) Bei der Festlegung der konkreten Parameter, die schließlich in den GVV übernommen wurden, hatte NEUWOGES die Wahl ([71]). Sie hatte die Möglichkeit, die von ihr während der Vertragslaufzeit zu leistenden monatlichen Zahlungen sowie den Verkaufserlös durch Festsetzung einer unterschiedlichen Miethöhe oder einer höheren Indexierung genau zu bestimmen ([72]). Es bestand eine direkte Korrelation zwischen der Übernahme eines höheren oder niedrigeren Risikos durch Festlegung einer bestimmten Leasingrate (etwa durch Festlegung unterschiedlicher Miethöhen, einer unterschiedlichen Indexierung und unterschiedlicher Kosten) und der in Form des Verkaufspreises erhaltenen Liquidität. So hätte beispielsweise nach einer von BAVARIA angestellten alternativen Berechnung, bei der eine Indexierung von 2,0 %, eine Miethöhe von […] EUR und damit ein Leasingpreis von […] EUR zugrunde gelegt wurde, der monatliche Leasingbetrag […] EUR anstelle von […] EUR betragen ([73]). Selbstverständlich wäre auch der Verkaufspreis niedriger ausgefallen.

([69]) Vgl. Stellungnahme von NEUWOGES vom 17. Juli 2012, Anlage 1.
([70]) A. a. O.
([71]) BAVARIA macht geltend, dass NEUWOGES die entsprechenden Parameter frei gewählt hat. Siehe Stellungnahme von BAVARIA vom 22. April 2013, Randnr. 23. Siehe außerdem das Schreiben von NEUWOGES an BAVARIA vom 6. Mai 1997 (Stellungnahme von BAVARIA vom 18. Juni 2012, Anlage 1a, in dem NEUWOGES BAVARIA bat, bei der Aufsetzung der Verträge eine 30-jährige Laufzeit, eine Indexierung der Leasingrate mit […] % und einen Restwert von […] % vorzusehen.
([72]) Wichtig anzumerken ist in diesem Kontext, dass sich aus der monatlichen Leasingrate zusammen mit der jährlichen Indexierung (im vorliegenden Fall […] % pro Jahr), der Vertragslaufzeit (im vorliegenden Fall 30 Jahre) und dem Restwert der Gebäude (im vorliegenden Fall […] %) das Gesamtinvestitionsvolumen ergibt. Dies bedeutet, dass sich das Gesamtinvestitionsvolumen verringert, wenn niedrigere Mieten, höhere Kosten oder eine niedrigere Indexierung zugrunde gelegt werden. Da sich der Verkaufspreis wiederum unmittelbar aus dem Gesamtinvestitionsvolumen abzüglich Sanierungskosten, Privatisierungskosten und Steuern/Gebühren ergibt, hängt der Verkaufspreis unmittelbar von der Miethöhe, den Kosten, der Indexierung usw. ab.
([73]) Stellungnahme von BAVARIA vom 18. Juni 2012, Anlage 11.

7.2.4.2. Analyse der finanziellen Auswirkungen

Allgemeine Erwägungen

(132) Bei der Bestimmung der finanziellen Auswirkungen des GVV für NEUWOGES sind zwei Überlegungen zu berücksichtigen. Erstens: Die Leasingrate wird auf Quadratmeter-Basis berechnet. Da einige Wohnungen nach Vertragsabschluss von BAVARIA verkauft wurden, änderte sich die Gesamtquadratmeterzahl von ursprünglich […] m^2 auf […] m^2 im Jahr 1999, […] m^2 im Jahr 2000 und […] m^2 im Jahr 2001. Nach 2001 blieb die maßgebliche Quadratmeterzahl unverändert bei […] m^2. In ihren Stellungnahmen legte NEUWOGES bei der Berechnung der projizierten Finanzströme diese schrittweise abnehmende Quadratmeterzahl zugrunde. Da aber allein die Ex-ante-Perspektive von Bedeutung ist, hätte NEUWOGES nicht die ihren Berechnungen zugrunde liegende Gesamtquadratmeterzahl um die tatsächlich verkaufte Quadratmeterzahl reduzieren dürfen, sondern um die Quadratmeterzahl, von deren Weiterverkauf sie Anfang 1998 ausging. Entsprechend stützt sich die folgende Analyse nicht auf die von NEUWOGES in ihren Stellungnahmen genannten Zahlen; vielmehr werden die Zahlen zugrunde gelegt, von denen NEUWOGES in ihrer ursprünglichen Gewinnprojektion ausging, nämlich einer schrittweisen Reduzierung von […] m^2 auf […] m^2 bis 2003. Zweitens: Um die zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses erwarteten finanziellen Auswirkungen des Vertrags für NEUWOGES zu bestimmen, müssen die künftigen Einnahmen und Kosten abgezinst werden, was die Festlegung eines Abzinsungssatzes erfordert. Im Einklang mit ihrem ursprünglichen Schreiben und den von NEUWOGES vorgelegten Cashflow-Analysen geht die Kommission von einem Abzinsungssatz von 5 % pro Jahr aus ([74]).

Zuverlässigkeit der Cashflow-Analysen von NEUWOGES

(133) Vor einer unabhängigen wirtschaftlichen Analyse des GVV bedarf es zunächst einer Kommentierung der von NEUWOGES vorgelegten Ex-post-Cashflow-Analysen, die aufzeigen sollen, welche Ex-ante-Erwartungen ein umsichtig und marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter hinsichtlich des durch den GVV generierten Cashflows gehabt hätte. NEUWOGES argumentiert, dass der GVV bei Zugrundelegung realistischer Ex-ante-Annahmen — um solche handelte es sich aus ihrer Sicht bei einer Mieterhöhung von […] % pro Jahr, einer Indexierung der Kosten mit […] % pro Jahr und einem Leerstand von […] % — einen negativen Gesamt-Cashflow von nominal –[…] EUR und abgezinst –[…] EUR ([75]) hätte erwarten lassen. NEUWOGES macht ferner geltend, dass der GVV nur im Falle angeblich unrealistischer Ex-ante-Annahmen — Mieterhöhung von […] % pro Jahr, Leerstand von […] %, stabile Kosten — einen positiven Wert von nominal […] EUR und abgezinst […] EUR hätte erbringen können ([76]). Somit sei nach Auffassung von NEUWOGES von vornherein klar gewesen, dass allein um die Leasingrate zu erwirtschaften, alljährlich Mieterhöhungen von […] % durchgesetzt werden müssten, wobei kein Raum für Kostensteigerungen geblieben wäre.

(134) In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass NEUWOGES von Annahmen bezüglich der Höhe der Kosten ausgeht, die wenig überzeugend sind (das Ausgangsniveau der Kosten ist in allen von NEUWOGES vorgelegten Analysen identisch). Die dem abgeschlossenen GVV zugrunde liegenden Berechnungen gehen von Gesamtkosten (Verwaltung, Instandhaltung, Mietausfallrisiko) in Höhe von ca. […] % der Mieten aus, die Cashflow-Analysen von NEUWOGES hingegen von einem Kostenniveau (nach der Sanierung) von mindestens […] % ([…] % Mietausfallrisiko, […] % Verwaltung und Instandhaltung). Selbst wenn man den dramatischen Anstieg bei den Mietausfällen (von […] % auf […] %) außer Acht lässt, bleibt bei den übrigen Kosten immerhin noch ein Anstieg von […] % auf […] % der Mieten festzustellen. Eine hinreichende Begründung für diesen Anstieg findet sich in den Stellungnahmen von NEUWOGES nicht. Im Gegensatz stellt NEUWOGES fest, dass […] % ([…] EUR/m^2) ein plausibler Wert für die Zeit unmittelbar nach der Modernisierung sei, dass sich dieser Wert dann aber in der Folge jährlich um […] % pro Jahr erhöhen müsse ([77]). Auch das Verkehrswertgutachten, das NEUWOGES vor dem Verkauf in Auftrag gegeben hatte, ging von einem Gesamtkostenniveau (einschließlich Mietausfallrisiko ([78])) zwischen […] % und […] % (Gutachten von 1997) aus. Da in dem Gutachten nicht genau angegeben wird, mit welchem Prozentsatz Mietausfälle veranschlagt werden, kann nicht ermittelt werden, inwieweit die zugrunde liegenden Annahmen hinsichtlich sonstiger Kosten von den NEUWOGES-Annahmen abweichen. In jedem Fall sind die von NEUWOGES jetzt veranschlagten sonstigen Kosten höher, selbst bei der Annahme, dass das Mietausfallrisiko im Gutachten von 1997 mit […] % angesetzt worden wäre. Vor diesem Hintergrund können die Cashflow-Analysen von NEUWOGES nicht akzeptiert werden und müssen unter Zugrundelegung eines Ausgangskostenniveaus von […] % — ohne Mietausfallrisiko — korrigiert werden ([79]).

([74]) Der Referenz-Abzinsungssatz der Kommission für den maßgeblichen Zeitraum beträgt 5,94 % (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates_eu15_en.pdf). Da jedoch im Einleitungsbeschluss ein Abzinsungssatz von 5 % zugrunde gelegt wurde und dieser dann von NEUWOGES für ihre eigenen Berechnungen übernommen wurde, hat die Kommission beschlossen, auch weiterhin einen Satz von 5 % anzuwenden.

([75]) Stellungnahme von NEUWOGES vom 17. Juli 2012, Anlage 7.

([76]) Stellungnahme von NEUWOGES vom 17. Juli 2012, Anlage 8 e.

([77]) Stellungnahme von NEUWOGES vom 17. Juli 2012, S. 60.

([78]) Siehe § 18 der Wertermittlungsverordnung vom 6. Dezember 1988, BGBl. I S. 2209.

([79]) Die Kommission stellt fest, dass NEUWOGES in ihren Cashflow-Analysen bereits die Kosten für 1999 indexiert hat. Die Kommission nimmt jedoch erst ab 2000 eine Kostenindexierung vor. Dies hat seinen Grund darin, dass die Kostenkalkulationen mit Blick auf die Phase nach der Sanierung vorgenommen wurden, die 1999 begann. Auch NEUWOGES räumt in ihrer Stellungnahme ein, dass das Kostenniveau unmittelbar nach der Sanierung, also im Jahr 1999, angemessen gewesen sei. Somit erscheint es angemessener, erst ab 2000 eine Kostenerhöhung vorzusehen.

(135) Ferner ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass die Behauptung von NEUWOGES, dass Mieterhöhungen von […] % durchgesetzt werden müssten, um allein die Steigerung der Leasingrate zu kompensieren, falsch ist. Da die Leasingrate als Prozentanteil der ursprünglichen Gesamtmiete (in diesem Fall […] %) berechnet wird, würde eine Mieterhöhung um […] % es ermöglichen, *sowohl* die Steigerung der Leasingrate *als auch* eine Erhöhung der Kosten um […] % aufzufangen. Bei stabilen Kosten würde bereits eine geringere Mieterhöhung ausreichen, um die Steigerung der Leasingrate zu kompensieren. Tatsächlich wäre bei Zugrundelegung eines Mietausfallrisikos von […] % und ansonsten stabiler Kosten eine jährliche Mieterhöhung von […] % ausreichend, um die Steigerung der Leasingrate auszugleichen. Jede darüber hinausgehende Erhöhung könnte NEUWOGES für die Begleichung steigender Kosten oder für die Erzielung eines Gewinns nutzen.

Analyse der finanziellen Auswirkungen

(136) Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hat NEUWOGES selbst eine Analyse des nominalen Cashflows vorgenommen ([80]). In dieser Analyse ging sie davon aus, dass ihre eigenen Kosten (Verwaltung, Instandhaltung) um […] % pro Jahr steigen würden, dass sie die Mieten alle drei Jahre um […] % erhöhen könnte, dass eine Leerstandsquote von […] % gehalten werden könnte und dass […] % der Wohnungen an die Mieter verkauft würden. Auf dieser Grundlage erwartete NEUWOGES einen durch den GVV generierten nominalen Cashflow von […] EUR während der Laufzeit von 30 Jahren.

(137) Im Rahmen des förmlichen Prüfverfahrens wurden keine Erkenntnisse gewonnen, die die Vermutung nahelegen würden, dass die genannten Berechnungen *bewusst* auf der Grundlage zu optimistischer Erwartungen vorgenommen worden seien. Es liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass die Vertreter von NEUWOGES, die dem NEUWOGES-Aufsichtsrat diese Zahlen vorlegt haben, dies in dem Bewusstsein getan hätten, dass es sich um unkorrekte Zahlen handelte. Tatsächlich scheint NEUWOGES auch nicht zu behaupten, dass ihre Geschäftsleitung sich aus politischen Gründen wissentlich auf ein nachteiliges Geschäft eingelassen hätte, sondern vielmehr, dass man einer Fehleinschätzung bei der Bewertung der wirtschaftlichen Auswirkungen erlegen sei (was nach Auffassung von NEUWOGES im Falle eines marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten nicht geschehen wäre) ([81]).

(138) Nichtsdestoweniger gilt es zu prüfen, ob die Erwartungen tatsächlich derart waren, dass kein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter seine Entscheidung darauf gestützt hätte. In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass nach Ansicht von NEUWOGES ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter von einer Mieterhöhung von lediglich […] % pro Jahr, einem Mietausfallrisiko von […] % und einem Anstieg der Verwaltungs- und Instandhaltungskosten um […] % ausgegangen wäre ([82]). Bei Zugrundelegung dieser Annahmen würde NEUWOGES zufolge der Gesamt-Cashflow nominal –[…] EUR und abgezinst –[…] EUR betragen, wobei vor allem der um mehr als das Siebenfache erhöhte Mietausfall zu Buche schlägt.

7.2.4.3. Markterwartungen

(139) Zunächst sei auf die Unterlagen verwiesen, die Aufschluss über die tatsächlichen Erwartungen der beiden an dem Geschäft beteiligten Parteien geben. Erstens ist dem Protokoll der Aufsichtsratssitzung am 16. Dezember 1997 zu entnehmen, dass die Geschäftsleitung von NEUWOGES die mit dem Geschäft verbundenen Risiken als „tragbar" einstufte ([83]). Weiterhin geht aus dem Protokoll hervor, dass sich NEUWOGES in ihrem Handeln auf Berechnungen stützte, die von einer Mieterhöhung um […] % alle drei Jahre, einem Kostenanstieg (ohne Mietausfallrisiko) von […] % und einem Mietausfallrisiko von […] % ausgingen ([84]).

(140) Vor Unterzeichnung der Verträge konsultierte NEUWOGES das Wirtschaftsprüfungsunternehmen *Nordrevision*, nach dessen Einschätzung eine Mieterhöhung von […] % zwar der allgemeinen Inflationsrate entsprach, aber kaum realisierbar sei ([85]). Außerdem vertrat *Nordrevision* die Auffassung, dass das Ausgangsniveau der Kosten (die Berechnungen stützen sich auf geschätzte Kosten in Höhe von […] % der Mieten) bei Annahme eines Null-Leerstands realistisch sei, dass jedoch eine Indexierung der Kosten entsprechend der Indexierung der Leasingrate notwendig sei ([86]).

(141) BAVARIA ging ihrerseits davon aus, dass angesichts einer voraussichtlich gleichbleibenden Bevölkerungsentwicklung in Neubrandenburg (aufgrund der Ansiedlung verschiedener großer Dienstleister) ([87]) und der guten Lage der Gebäude eine sehr geringe Leerstandsquote zu erwarten sei ([88]). Außerdem ging sie davon aus, dass Mieterhöhungen entsprechend der Indexierung der Leasingzahlungen möglich seien ([89]).

([80]) Siehe Vorlage 114/97 für die Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 12. Dezember 1997, Anlage 6.
([81]) Siehe z. B. Stellungnahme von NEUWOGES vom 5. November 2007, S. 4.
([82]) Stellungnahme von NEUWOGES vom 17. Juli 2012, S. 61.
([83]) Protokoll der Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 16. Dezember 1997, S. 5.
([84]) Siehe Vorlage 114/97 für die Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 12. Dezember 1997, Anlage 6.
([85]) Schreiben von Nordrevision an NEUWOGES vom 20. November 1997 (Vorlage von NEUWOGES vom 25. April 2007, Anlage 13), S. 3.
([86]) A. a. O.
([87]) Anzumerken ist, dass die Stadt Neubrandenburg und das Land Mecklenburg-Vorpommern in den Jahren 1997/1998 von stabil bleibenden Bevölkerungszahlen ausgingen. Siehe Stellungnahme Deutschlands vom 4. September 2007, S. 6.
([88]) Beschlussvorschlag für die Sitzung des Produktausschusses von BAVARIA vom 13. September 1997 (Vorlage von BAVARIA vom 22. April 2013, Anlage 15), S. 2.
([89]) A. a. O., S. 3.

(142) Schließlich wird darauf hingewiesen, dass das von NEUWOGES vor dem Verkauf in Auftrag gegebene Verkehrswertgutachten von 1997 Angaben zu den erwarteten einschlägigen Entwicklungen enthielt. Das Gutachten von 1997 ging von einem Kostenniveau von […] % bis […] % aus, wobei jedoch keine Angaben dazu gemacht wurden, mit welchem Prozentsatz das Mietausfallrisiko veranschlagt wurde ([90]).

7.2.4.4. W ü r d i g u n g

Verwaltungskosten

(143) Zunächst einmal erscheinen die Erwartungen hinsichtlich der Verwaltungs- und Instandhaltungskosten sowohl in Bezug auf das Ausgangsniveau ([…] EUR/m^2 bzw. […] % der Mieten) als auch in Bezug auf den erwarteten Anstieg ([…] % pro Jahr) plausibel. Was das Ausgangsniveau der Kosten betrifft, ergibt sich diese Schlussfolgerung aus der Feststellung von NEUWOGES selbst, dass damit die Kosten zumindest für die Zeit unmittelbar nach der Sanierung ausreichend hoch angesetzt waren. Zweitens wurde im Pestel-Gutachten festgestellt, dass sich die Verwaltungs- und Instandhaltungskosten im Jahr 1997 auf durchschnittlich […] EUR/m^2 belaufen würden; dies sind […] EUR weniger als für dieselben Kosten im Rahmen des Sale-and-lease-back-Geschäfts angesetzt waren ([91]). Schließlich bewegten sich auch die im Sachverständigengutachten angesetzten Kosten in dieser Größenordnung. Von einem Anstieg dieser Kosten war mit Sicherheit auszugehen; die Annahme eines Anstiegs um […] % pro Jahr erschien plausibel und eher vorsichtig geschätzt. *Nordrevision* hatte lediglich vorgeschlagen, eine derartige Indexierung der Verwaltungskosten an der Indexierung der Leasingrate auszurichten; damit ergäbe sich eine jährliche Steigerung um […] %, also eine geringere Erhöhung als von NEUWOGES tatsächlich angenommen. Im Übrigen vertritt NEUWOGES nunmehr selbst die Auffassung, dass realistischerweise eine Erhöhung um […] % pro Jahr hätte erwartet werden können; dies bedeutet, dass ein Wert von […] % pro Jahr sicherlich nicht unvertretbar niedrig war.

Mietausfallrisiko

(144) Was das Risiko eines Mietausfalls betrifft, war es nicht unrealistisch, mit einem allgemeinen Mietausfall von […] % zu rechnen. Erstens ist festzustellen, dass diese Annahme bei der Bewertung der Verträge durch *Nordrevision* nicht infrage gestellt wurde, obwohl die Berater anderweitig Besorgnis angesichts der allgemeinen wirtschaftlichen Lage und des Immobilienmarktes in Neubrandenburg äußerten ([92]). Zweitens schien das Verkehrswertgutachten von 1997, auch wenn keine genauen Angaben zum angenommenen Mietausfallrisiko gemacht wurden, nicht von signifikant höheren Mietausfallrisiken auszugehen ([93]).

(145) Wie aus den internen Beschlussfassungsunterlagen von BAVARIA hervorgeht, ging BAVARIA angesichts der Ansiedlung verschiedener großer Dienstleister davon aus, dass die Bevölkerung in Neubrandenburg stabil bleiben werde und dass die in Rede stehenden Wohnungen nach der Sanierung nahezu vollständig vermietet werden könnten. Den Angaben von NEUWOGES zufolge rechneten die Stadt Neubrandenburg und das Land Mecklenburg-Vorpommern in den Jahren 1997/1998 tatsächlich mit stabilen Bevölkerungszahlen und einer stabilen Einkommensentwicklung.

(146) Schließlich darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass die NEUWOGES-Geschäftsleitung — die ein Unternehmen leitete, welches Eigentümer von über 30 % der Wohnungen in Neubrandenburg war und somit über eine gründliche Kenntnis des lokalen Immobilienmarktes verfügte — die mit dem Sale-and-lease-back-Geschäft verbundenen Risiken als tragbar betrachtete und bei ihren eigenen Projektionen von einem Mietausfallrisiko von […] % ausging. Es ist kein Grund ersichtlich, warum ausgewiesene Experten für den lokalen Immobilienmarkt ihre Berechnungen auf diese Annahme gestützt hätten, wenn diese so unrealistisch niedrig angesetzt gewesen wäre, wie NEUWOGES nunmehr behauptet.

(147) Gleichzeitig sind die Unterlagen heranzuziehen, die NEUWOGES mit Blick auf die Frage vorgelegt hatte, ob ein umsichtig handelnder Teilnehmer des relevanten Immobilienmarkts (Plattenbauten in Ostdeutschland) höhere Leerstandsquoten erwartet hätte, soweit die betreffenden Unterlagen aus der Zeit vor Abschluss des Sale-and-lease-back-Geschäfts stammen. Von den vorgelegten Gutachten wurde nur das Pestel-Gutachten in der Zeit vor dem Abschluss der in Rede stehenden Verträge erstellt. Es ist allerdings zu beachten, dass das Pestel-Gutachten Ostdeutschland als Ganzes betrifft und nicht den spezifischen lokalen Gegebenheiten in Neubrandenburg Rechnung trägt, womit seine Aussagekraft im vorliegenden Kontext begrenzt ist. In dem Gutachten werden einige allgemeine Probleme des ostdeutschen Immobilienmarktes aufgezeigt, doch liefert das Gutachten allein für sich genommen keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter bei seiner Investitionsentscheidung nicht von einem Mietausfallrisiko von […] % ausgegangen wäre.

([90]) Siehe Stellungnahme von NEUWOGES vom 5. November 2007, Anlagen 1 und 5.
([91]) Pestel-Gutachten, S. 62.
([92]) Schreiben von Nordrevision an NEUWOGES vom 20. November 1997 (Vorlage von NEUWOGES vom 25. April 2007, Anlage 13), S. 3.
([93]) Hier ist Folgendes anzumerken: Sollte das Verkehrswertgutachten von 1997 von einem höheren Mietausfallrisiko ausgegangen sein, würde dies bedeuten, dass gleichzeitig entsprechend niedrigere Verwaltungs- und Instandhaltungskosten zugrunde gelegt wurden.

Mieten

(148) Was die Mieten anbelangt, so ist zunächst festzuhalten, dass NEUWOGES nicht der Ansicht ist, die nach der Sanierung erwartete Miethöhe sei zu hoch angesetzt gewesen. Vielmehr behauptet sie, dass die Mieten nicht im erwarteten Umfang erhöht werden konnten. Im Lichte der Feststellung des LG Rostock, dass sich die im GVV zugrunde gelegte durchschnittliche Miethöhe von […] EUR/m^2 innerhalb der Bandbreite des anwendbaren Mietspiegels ([94]) bewegte, kann geschlussfolgert werden, dass die ursprüngliche durchschnittliche Miethöhe realistisch angesetzt war.

(149) Was die Indexierung der vereinbarten Leasingrate betrifft, so liegen keine direkten Belege dafür vor, von welcher durchschnittlichen Mieterhöhung generell im Jahr 1998 ausgegangen wurde. *Nordrevision* stellte lediglich fest, dass die ursprünglich angesetzten […] % pro Jahr der allgemeinen Inflationsrate entsprachen, in Neubrandenburg aber wahrscheinlich nicht zu realisieren seien ([95]). Der Umstand, dass NEUWOGES letztlich einer Indexierung mit „nur" […] % zustimmte und davon ausging, alle drei Jahre Mieterhöhungen um […] % (bzw. […] % pro Jahr) durchsetzen zu können, scheint dafür zu sprechen, dass sie diese Warnung berücksichtigt hat. In den Verkehrswertgutachten wurden keine expliziten Erwartungen hinsichtlich künftiger Mieterhöhungen formuliert. Nichtsdestoweniger ist festzuhalten, dass die Verkehrswertgutachten, da sie keine expliziten Annahmen zur Entwicklung der Inflation und der Mieten enthielten, offenbar von einer Konvergenz des Mietanstiegs und der allgemeinen Inflation (die in den vorangegangenen Jahrzehnten bei etwa 3,5 % gelegen hatte) ausgingen ([96]). Das LG Rostock war der Auffassung, dass die Indexierung im Lichte der durchschnittlichen Inflationsrate von jährlich 3,52 % pro Jahr in den 28 Jahren vor Abschluss der Verträge gerechtfertigt war ([97]). Ferner merkte es an, dass sich die Mietzinsentwicklung über einen Zeitraum von 30 Jahren natürlich nur schwer prognostizieren lasse, dass es aber kein auffälliges Missverhältnis zwischen der Indexierung der Leasingrate und der zu erwartenden Mietzinsentwicklung erkennen könne.

(150) Das von NEUWOGES vorgelegte Pestel-Gutachten enthält keine Daten über die tatsächlichen Erwartungen der Teilnehmer des ostdeutschen Immobilienmarktes und keine spezifischen Daten für Neubrandenburg. Nichtsdestoweniger enthält es Hinweise darauf, dass es sich beim ostdeutschen Immobilienmarkt um einen potenziell schwierigen Markt handelte. Vor dem Hintergrund der weiteren angeführten Fakten reicht das Pestel-Gutachten aber wiederum nicht, um zu beweisen, dass die Verständigung auf eine Indexierung der Leasingzahlungen mit […] % pro Jahr und die Erwartung, Mieterhöhungen um […] % pro Jahr durchsetzen zu können, abwegig gewesen seien.

Laufzeit

(151) Was schließlich die Laufzeit des Vertrags betrifft, so argumentierte das LG Rostock, dass sich bestimmte Leasing-Verträge durch lange Laufzeiten (von bis zu 30 Jahren) auszeichneten und dass ein Vertrag wie der in Rede stehende somit nicht ungewöhnlich sei ([98]). Zwar barg eine Laufzeit von 30 Jahren selbstverständlich gewisse Risiken, doch bot sie auch die Möglichkeit, stabile Gewinne zu erzielen sowie ein hohes Maß an Sicherheit hinsichtlich der zu erwartenden Kosten zu gewährleisten. Zudem bedeutete eine lange Laufzeit auch, dass die zur Amortisierung der Investitionen des Käufers erforderlichen monatlichen Leasingzahlungen geringer ausfielen bzw. dass der Verkaufspreis bei gleich hohen Leasingzahlungen höher war als dies bei einer kürzeren Laufzeit der Fall gewesen wäre ([99]). In diesem Lichte betrachtet erscheint die Vereinbarung einer Laufzeit von 30 Jahren nicht unvernünftig.

7.2.4.5. Schlussfolgerung

(152) Daher können die von NEUWOGES bei ihrer ursprünglichen Berechnung geäußerten Erwartungen nicht als unrealistisch angesehen werden. Im Lichte der vorliegenden Unterlagen konnte NEUWOGES somit durchaus davon ausgehen, dass sie im Rahmen des GVV einen Gewinn erzielen werde. Werden die erwarteten nominalen Gewinne auf den maßgeblichen Zeitpunkt (Anfang 1998) abgezinst, zeigt sich, dass der Entscheidung von NEUWOGES die Annahme zugrunde lag, dass der GVV einen Barwert von […] EUR habe.

7.2.5. *Gesamtbewertung*

(153) Die Kommission ist bereits zu dem Schluss gelangt, dass der EBV und der GVV Teile ein und desselben integrierten Geschäfts sind. Zur Bestimmung des Gesamtwerts des Geschäfts für NEUWOGES sind somit die Barwerte beider Verträge zusammenzurechnen. Zur Erinnerung: NEUWOGES konnte die folgenden Vorteile aus dem EBV erwarten:

a) den von BAVARIA gezahlten Barpreis ([…] EUR);

b) die für die Privatisierungsbemühungen gezahlte Vergütung ([…] EUR);

([94]) LG Rostock Urteil, S. 19-20.
([95]) Schreiben von Nordrevision an NEUWOGES vom 20. November 1997 (Vorlage von NEUWOGES vom 25. April 2007, Anlage 13), S. 3.
([96]) Wenn jedoch damit gerechnet wird, dass die Mieten — sei es aufgrund nicht indexierter Mietverträge oder aufgrund der Marktentwicklung — langsamer steigen als die allgemeine Inflation, ist es gängige Praxis, den Liegenschaftszins um eine Marge zu erhöhen, die der erwarteten Differenz zwischen Mietanstieg und Inflation entspricht.
([97]) LG Rostock Urteil, S. 20.
([98]) LG Rostock Urteil, S. 19.
([99]) So hätte die anfängliche Leasingrate nicht […] %, sondern […] % betragen, wenn die Laufzeit auf 20 statt auf 30 Jahre festgesetzt worden wäre.

c) die durch die Sanierung erwirtschafteten Gewinne ([…] EUR);

d) den Barwert des Erbbauzinses für die Zeit ab 2029 (abgezinst […] EUR).

(154) Darüber hinaus war der GVV, wie in Abschnitt 7.2.4 festgestellt, bei Zugrundelegung der realistischen Erwartungen von NEUWOGES mit einem abgezinsten Barwert von […] EUR anzusetzen. Somit hatte das Sale-and-lease-back-Geschäft für NEUWOGES einen Gesamtwert von […] EUR.

7.3. VERGLEICH MIT ANDEREN GESCHÄFTSOPTIONEN

(155) Damit ermittelt werden kann, ob das von NEUWOGES mit BAVARIA abgeschlossene Sale-and-lease-back-Geschäft den Verträgen entspricht, für die sich ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter entschieden hätte, muss der Wert dieses Geschäfts nun mit dem Wert anderer Geschäftsoptionen verglichen werden. Hätte NEUWOGES eine unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten vorteilhaftere Alternative gehabt, könnte die Entscheidung für das Sale-and-lease-back-Geschäft nicht als Handlungsoption betrachtet werden, die ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter gewählt hätte.

(156) In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass eine Vermietung der Gebäude ohne Sanierung oder gar ein Abriss kaum gangbare Alternativen gewesen wären. Zunächst einmal hätte eine Vermietung ohne Sanierung lediglich begrenzte Einnahmen generiert. Zudem war klar, dass unsanierte Gebäude in stärkerem Maße von Leerstand betroffen sein würden als sanierte Gebäude ([100]). Somit liegen keine soliden Fakten vor, die den Schluss zulassen, dass man im Falle einer weiteren Vermietung unsanierter Gebäude mit höheren Gewinnen hätte rechnen können, als sie im Rahmen des Sale-and-lease-back-Geschäfts zu erwarten waren. Ein Abriss hätte keinerlei Einnahmen gebracht, sondern wäre mit entsprechenden Abrisskosten verbunden gewesen. Somit wäre auch dies zum maßgeblichen Zeitpunkt (1997/1998) keine gangbare Alternative gewesen.

7.3.1. *Kreditfinanzierung als mögliche Option*

(157) Als erste mögliche Alternative wäre eine Kreditfinanzierung in Betracht gekommen. Hätte NEUWOGES die Sanierung der in Rede stehenden Gebäude über einen Kredit finanziert, hätte sie zum Teil dieselben Gewinne realisieren können wie bei dem Sale-and-lease-back-Geschäft. An erster Stelle hätte sie die sanierten Gebäude vermieten und damit gute Einnahmen erzielen können. Außerdem wäre sie — anders als bei dem Sale-and-lease-back-Geschäft — Eigentümerin der Gebäude geblieben.

(158) Es liegt jedoch auf der Hand, dass eine Kreditfinanzierung auch mit gewissen Nachteilen verbunden gewesen wäre. Erstens hätte NEUWOGES 30 % des Investitionsvolumens aus seinem Eigenkapital bereitstellen müssen, da es nach Auffassung von NEUWOGES eine Eigenkapitalquote von 30 % beizubehalten galt ([101]). Ende 1997 wurde im NEUWOGES-Aufsichtsrat die Möglichkeit erörtert, die Eigenkapitalquote abzusenken, um höhere Investitionen zu ermöglichen. Dieser Vorschlag wurde jedoch von der Geschäftsleitung als wirtschaftlich nicht vertretbar abgelehnt, weil dies zu einer inakzeptabel hohen Verschuldung geführt hätte ([102]). Die Geschäftsleitung erklärte hierzu: „Eine Absenkung der Eigenkapitalquote von 30 auf 25 % wäre nicht vertretbar (Verschuldungsgrad)." ([103]) Herr Räuber, Mitglied des NEUWOGES-Aufsichtsrats, stellte des Weiteren fest, dass „aus betriebswirtschaftlicher Sicht eine Absenkung der Eigenkapitalquote nicht denkbar ist. Die Verpflichtungen des Unternehmens müssen bedient werden." ([104]) Zur Finanzierung der Sanierungsinvestitionen in Höhe von […] EUR hätte NEUWOGES somit […] EUR an Eigenkapital beisteuern müssen. Es darf stark bezweifelt werden, dass Eigenkapital in dieser Höhe unmittelbar zur Verfügung gestanden hätte. Aus dem Protokoll des Aufsichtsrats geht hervor, dass sich das mögliche Gesamtinvestitionsvolumen für 1998 (einschließlich Krediten) auf ca. […] EUR belief und dass dieser Betrag bereits für andere Vorhaben eingeplant war ([105]). Damit war klar, dass NEUWOGES die Sanierungsarbeiten nur dann über einen Kredit hätte finanzieren können, wenn sie auf andere Projekte verzichtet hätte.

(159) Im Gegensatz zu einer Kreditfinanzierung hatte das Sale-and-lease-back-Geschäft den Vorteil, dass NEUWOGES nicht nur kein Eigenkapital einsetzen musste, sondern sogar frische Liquidität erhielt und zudem die vollständige Finanzierung der Sanierung der Gebäude gesichert wurde.

(160) Bei Berücksichtigung all dieser Überlegungen kann es nicht als erwiesen gelten, dass eine kreditfinanzierte Sanierung möglich gewesen wäre bzw., sofern sie möglich gewesen wäre, für NEUWOGES vorteilhafter gewesen wäre als das Geschäft mit BAVARIA. Dass NEUWOGES kaum über das für die Gewährung eines Kredits erforderliche Eigenkapital verfügte und die zusätzliche Liquidität zur Finanzierung anderer Investitionen nutzen konnte, legt eher den Schluss nahe, dass die Entscheidung für das Sale-and-lease-back-Geschäft und gegen eine Kreditfinanzierung vernünftig war.

([100]) Siehe z. B. Verkehrswertgutachten GA 22b/07 (Vorlage von NEUWOGES vom 5. November 2007, Anlage 5), S. 19: „Um [das Gebäude] langfristig vermieten zu können, ist eine Modernisierung verbunden mit einer Instandsetzung dringend notwendig. … Leerstand zeichnet sich besonders in unsanierten Gebäuden ab."
([101]) Protokoll der Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 16. Dezember 1997, S. 3.
([102]) Protokoll der Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 16. Dezember 1997, S. 3.
([103]) Protokoll der Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 16. Dezember 1997, S. 3.
([104]) Protokoll der Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 16. Dezember 1997, S. 2.
([105]) Protokoll der Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 30. Oktober 1997, S. 3.

7.3.2. *Direktverkauf als mögliche Option*

(161) Eine zweite ernsthaft in Betracht kommende Option wäre ein Direktverkauf der Gebäude sowie des Grundstücks gewesen. Die entscheidende Frage lautet, ob ein solcher Verkauf vorteilhafter gewesen wäre.

7.3.2.1. Bewertung unter Berücksichtigung der Verkehrswertgutachten von 1997 und 2007

(162) Bei einem Vergleich des Werts des Sale-and-lease-back-Geschäfts für NEUWOGES und den Vorteilen, die ein Direktverkauf gehabt hätte, lautet die zentrale Frage, welchen Preis NEUWOGES bei einem „normalen" Verkauf hätte erzielen können. Hier spielen die beiden Verkehrswertgutachten aus den Jahren 1997 und 2007 eine gewisse Rolle.

(163) Diese beiden Gutachten wurden von NEUWOGES in Auftrag gegeben, um den Wert der in Rede stehenden Objekte (Gebäude und Grundstücke) im Jahr 1997 schätzen zu lassen. Eines der Gutachten wurde 1997 von einem hauseigenen Sachverständigen, das andere im Jahr 2007 rückwirkend von einem unabhängigen Sachverständigen erstellt. Im Gutachten von 1997 wurde der Wert mit […] EUR angesetzt, im Gutachten von 2007 hingegen mit […] EUR ([106]). In beiden Gutachten wurden Gebäude (1997: […] EUR; 2007: […] EUR) und Grundstücke (1997: […] EUR; 2007: […] EUR) getrennt bewertet. Beide Gutachten basieren im Wesentlichen auf derselben Methode („Ertragswertverfahren").

(164) Da das Verkehrswertgutachten von 2007 erst nach Abschluss des Sale-and-lease-back-Geschäfts erstellt wurde, kann es nach Auffassung der Kommission nicht als verlässliche Grundlage für die Bestimmung des Werts der Objekte im Jahr 1997 nach dem damaligen Kenntnisstand von NEUWOGES dienen. NEUWOGES konnte ihre Entscheidung darüber, ob sie das Sale-and-lease-back-Geschäft mit BAVARIA eingehen sollte, schließlich nicht auf das 2007 rückwirkend erstellte Gutachten stützen.

(165) Nach Ansicht der Kommission kann aber auch das Verkehrswertgutachten von 1997 nicht als zuverlässiger Indikator für den Wert der Immobilien im Jahr 1997 nach dem damaligen Kenntnisstand von NEUWOGES herangezogen werden. Wie im Zuge des förmlichen Prüfverfahrens festgestellt wurde, war sich die NEUWOGES-Geschäftsleitung durchaus dessen bewusst, dass das Gutachten von 1997 zum Zeitpunkt des Abschlusses der in Rede stehenden Verträge nicht als verlässliche Bewertungsgrundlage betrachtet werden konnte. Diesbezüglich sind die folgenden Feststellungen aufschlussreich:

a) Mieten

Das Verkehrswertgutachten von 1997 ging von einer Miete zwischen […] EUR/m^2 und […] EUR/m^2 aus. Gleichzeitig wies der ab 1. Januar 1998 geltende und auf Daten von 1997 basierende erste Mietspiegel für die Stadt Neubrandenburg für sanierte Wohnungen Durchschnittsmieten zwischen 3,90 EUR/m^2 und 4,38 EUR/m^2 aus. Als in Neubrandenburg tätiges großes Immobilienunternehmen dürften NEUWOGES die Neubrandenburger Durchschnittsmieten zwangsläufig bekannt gewesen sein. Folglich dürfte sich NEUWOGES bei der Bewertung der Immobilien auf diese Daten gestützt haben. Tatsächlich sah der Sale-and-lease-back-Vertrag für die Zeit nach der Sanierung (also ab 1999, d. h. zu einem um zwei Jahre späteren Zeitpunkt als dem Zeitpunkt, zu dem die dem ersten Mietspiegel zugrunde liegenden Daten erhoben wurden) eine Miethöhe von durchschnittlich […] EUR/m^2 vor, was auch dem Mietspiegel entsprach.

b) Sanierungskosten

Während das Verkehrswertgutachten im Frühjahr 1997 erstellt wurde und von Sanierungskosten in Höhe von insgesamt […] EUR ausging, gab die NEUWOGES-Geschäftsleitung *zum selben Zeitpunkt* (März 1997) in einem Schreiben an BAVRIA an, dass sie die Sanierungskosten mit […] EUR veranschlage. Es ist somit offenkundig, dass NEUWOGES sich sehr wohl dessen bewusst war, dass die erforderlichen Sanierungskosten im Gutachten von 1997 erheblich unterschätzt wurden. Der zwischen BAVARIA und dem NEUWOGES-Tochterunternehmen BRG vereinbarte Pauschalbetrag für die Sanierung der Immobilien war sogar noch deutlich höher ([…] EUR), was als Indiz dafür zu werten ist, dass NEUWOGES bei Abschluss der Verträge mit BAVARIA bewusst war, dass die Sanierungskosten im Gutachten von 1997 um fast 10 Mio. EUR zu niedrig angesetzt worden waren.

c) Restnutzungsdauer

Im Verkehrswertgutachten von 1997 wurde mit Blick auf die geplante Sanierung allgemein von einer Restnutzungsdauer von […] bis […] Jahren ausgegangen. Hierbei ist zu bemerken, dass die im Gutachten von 1997 geschätzten niedrigen Sanierungskosten nicht ohne weiteres mit der Annahme vereinbar sind, dass durch die Sanierung die Lebensdauer der Gebäude wesentlich verlängert würde.

([106]) Stellungnahme von NEUWOGES vom 5. November 2007, Anlagen 2 und 6.

d) Grundstückswert

Es ist festzustellen, dass im Verkehrswertgutachten von 1997 wertmindernde Faktoren bei der Bewertung der in Rede stehenden Grundstücke außer Acht gelassen wurden (im Gutachten von 2007 wurden sie dagegen berücksichtigt). Zu diesen Faktoren zählen unter anderem bestehende Infrastrukturen, die nicht bewegt oder entfernt werden können (Abwassersysteme, Rohrleitungen) oder auch ein ungünstiger Zuschnitt des Grundstücks. In der Regel hat dies eine Wertminderung zur Folge. Als Eigentümerin der Grundstücke müssen NEUWOGES diese Faktoren bekannt gewesen sein. Folglich muss sie auch gewusst haben, dass der Wert der Grundstücke im Gutachten von 1997 zu hoch angesetzt war.

(166) Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sich NEUWOGES nachweislich dessen bewusst war, dass einige der dem Verkehrswertgutachten von 1997 zugrunde liegenden zentralen Annahmen, insbesondere hinsichtlich der Sanierungskosten, nicht haltbar waren. Folglich gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass das Gutachten von 1997 keine verlässlichen Angaben zum Wert der Objekte im Jahr 1997 nach damaligem Kenntnisstand von NEUWOGES liefert.

(167) Ferner ist die Kommission der Auffassung, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter, der sich in der Situation von NEUWOGES befunden hätte, auf der Grundlage der NEUWOGES zum maßgeblichen Zeitpunkt vorliegenden Informationen bei der Ex-ante-Schätzung des Immobilienwerts wahrscheinlich zu Ergebnissen gekommen wäre, die denen des rückwirkend erstellten Gutachtens von 2007 sehr ähnlich gewesen wären. Wie auch in diesem rückwirkenden Gutachten von 2007 geschehen, hätte ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in der Situation von NEUWOGES seine Ex-ante-Erwartungen hinsichtlich der erzielbaren Mieten auf den maßgeblichen Mitspiegel gestützt, Sanierungskosten in einer Höhe veranschlagt, die der zwischen BAVARIA und BRG vereinbarten Summe näher gekommen wäre, und den Grundstückswert unter Berücksichtigung der ihm bekannten wertmindernden Faktoren angepasst. Außerdem hätte ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in der Situation von NEUWOGES im Lichte der geplanten Sanierungsmaßnahmen und von Vergleichsdaten (wie auch bei der Bewertung von 2007 geschehen) sorgfältig die Restnutzungsdauer beleuchtet, sodass vernünftigerweise geschlussfolgert werden darf, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in der Situation von NEUWOGES seine Bewertung auf Schätzungen der Restnutzungsdauer gestützt hätte, die denen der rückwirkenden Bewertung aus dem Jahr 2007 nahegekommen wären.

(168) Somit ist die Kommission der Auffassung, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in der Situation von NEUWOGES den Wert der Objekte vor Abschluss des Sale-and-lease-back-Geschäfts vernünftigerweise mit annähernd […] EUR (wie auch im Gutachten von 2007) veranschlagt hätte.

7.3.2.2. Vergleich der Optionen Direktverkauf und Sale-and-lease-back

(169) Zur Erinnerung: Der Gesamtwert des Sale-and-lease-back-Geschäfts für NEUWOGES betrug […] EUR. Die vorstehende Analyse hingegen hat ergeben, dass NEUWOGES realistischerweise von einem Objektwert von […] EUR hätte ausgehen dürfen, was lediglich […] % über dem Wert des Sale-and-lease-back-Geschäfts liegt. Diese geringe Differenz bedeutet jedoch nicht, dass sich ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter zwangsläufig für einen Direktverkauf entschieden hätte.

a) Zunächst einmal darf nicht übersehen werden, dass die in Rede stehende Option des Direktverkaufs einen Verkauf der Gebäude *sowie* der betreffenden Grundstücke betraf, wohingegen BAVARIA nur die Gebäude gekauft und auf Grund und Boden lediglich Erbbaurechte für die Dauer von 75 Jahren erworben hat. Die Grundstücke als solche verblieben im Eigentum von NEUWOGES. Der Wert der Grundstücke allein wäre von NEUWOGES mit einem Wert von […] EUR veranschlagt worden (wie auch im Gutachten von 2007). Zwar ist es schwierig, jenen Wert genau zu beziffern, der NEUWOGES dadurch erhalten blieb, dass sie die Grundstücke nicht verkauft hat, sondern nur Erbbaurechte für sie bestellt hat. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Verbleib des Grundstückeigentums bei NEUWOGES einen etwas geringeren Transaktionspreis rechtfertigte.

b) Zweitens ist festzustellen, dass gewisse Zweifel bestehen, ob der Preis, den ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in derselben Situation wie NEUWOGES geschätzt hätte, auch tatsächlich hätte erzielt werden können. Das einzige konkrete Kaufangebot, zu dem NEUWOGES Informationen vorgelegt hat, wurde von der Firma *Felske*-Immobilien eingereicht, die offenbar einen Preis von […] EUR/m^2 angeboten hatte, was einen Gesamtkaufpreis von […] EUR ergeben hätte ([107]). Dieses Angebot lag um deutlich mehr als 1 Mio. EUR unter dem Preis, den ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in der Situation von NEUWOGES geschätzt hätte.

c) Drittens hat NEUWOGES bei der Schätzung der im Rahmen des GVV erwarteten Gewinne fälschlicherweise nur die Gewinne bis einschließlich 2027 berechnet. Da aber die Laufzeit des GVV 30 Jahre ab Beendigung der Sanierungsarbeiten betrug (d. h. 30 Jahre ab Anfang 1999), hätten bei der Berechnung die Gewinne bis einschließlich 2028 einbezogen werden müssen. Bei einer entsprechenden Korrektur der Schätzung würde sich der Wert des Sale-and-lease-back-Geschäfts erhöhen.

([107]) Vorlage 97/97 für die Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 17. April 1997, S. 3.

d) Bei der Berechnung des Barwerts des künftig von BAVARIA an NEUWOGES zu zahlenden Erbbauzinses wurde aus Gründen der Einfachheit angenommen, dass die Lebenshaltungskosten unverändert bleiben und die Zahlungen somit nicht angepasst werden müssen. Realistischer ist jedoch, von einem allgemeinen Anstieg der Lebenshaltungskosten auszugehen, sodass die künftig zu leistenden Zahlungen wahrscheinlich höher als angenommen ausfallen werden. Auch dies hätte eine Erhöhung des Werts des Vertrags zur Folge.

(170) Im Lichte dieser Überlegungen muss geschlussfolgert werden, dass es wirtschaftlich gesehen vernünftig war, dem Sale-and-lease-back-Geschäft den Vorzug gegenüber dem Versuch eines Direktverkaufs zu geben.

7.3.3. *Schlussfolgerung*

(171) Vergleicht man den Wert des Sale-and-lease-back-Geschäfts für NEUWOGES mit dem Wert anderer Optionen, muss die Schlussfolgerung lauten, dass das Geschäft so ausgestaltet war, dass sich auch ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter darauf eingelassen hätte.

7.4. BENCHMARKING

(172) Nachdem nunmehr festgestellt werden kann, dass die Entscheidung für ein Sale-and-lease-back-Geschäft und gegen alternative Lösungen durchaus dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten entspricht, hat die Kommission vorsichthalber ebenfalls geprüft, ob das Geschäft anderen Verträgen entspricht, die zum relevanten Zeitpunkt in dem relevanten Markt zu beobachten war, und ob es andere Anzeichen gibt, die die Schlussfolgerung der Kommission, dass das Sale-und-lease-back-Geschäft dem Prinzip des marktwirtschaftliche handelnden Wirtschaftsbeteiligten entspricht, untermauern.

(173) Die verfügbaren Informationen über vergleichbare Geschäfte betreffen Sale-and-lease-back-Vereinbarungen, die von BAVARIA ungefähr zur gleichen Zeit wie die in Rede stehende Maßnahme getroffen wurden. Die entsprechenden Verträge können Anhaltspunkte dafür liefern, ob sich auch andere Marktteilnehmer, einschließlich Privatunternehmen, für diese Art von Sale-and-lease-Back-Geschäft entschieden haben, was als Indiz für dessen Marktüblichkeit zu werten wäre (Abschnitt 7.4.1). Darüber hinaus können auch das von NEUWOGES durchgeführte beschränkte Bieterverfahren und der Vergleich mit anderen Finanzierungsgeschäften Aufschluss über die Marktüblichkeit des in Rede stehenden Geschäfts geben (Abschnitte 7.4.2 und 7.4.3).

7.4.1. *Beispielverträge*

(174) Zu Vergleichszwecken wurden Verträge über drei vergleichbare Rechtsgeschäfte herangezogen ([…]). Allerdings können nur der […]- und der […]-Vertrag berücksichtigt werden, weil nur sie ungefähr zur selben Zeit wie das Sale-and-lease-back-Geschäft zwischen BAVARIA und NEUWOGES geschlossen wurden. Zunächst ist festzustellen, dass sich beide Vergleichsgeschäfte hinsichtlich Laufzeit, Indexierung der festen Leasingrate und Sanierung von dem in Rede stehenden Geschäft unterscheiden. NEUWOGES stellt insbesondere auf die unterschiedliche Indexierung ab ([…]: 1,5 % pro Jahr; […]: Anpassung an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten), um zu belegen, dass der GVV Bestimmungen enthielt, die zum maßgeblichen Zeitpunkt (1997/1998) nicht der üblichen Marktpraxis entsprachen.

(175) BAVARIA führt das […]- und das […]-Geschäft als Beispiele für die Anwendung ihres „Leasingmodells Immobilien“ ([108]) an, was den Schluss nahelegt, dass die Bestimmungen dieser Verträge auf der Grundlage von Berechnungen festgelegt wurden, die den dem NEUWOGES/BAVARIA-Sale-and-lease-back-Geschäft zugrunde liegenden Berechnungen ähnelten.

(176) Wie bereits weiter oben (siehe Erwägungsgrund 131) dargelegt, konnte NEUWOGES die Vertragsparameter im Rahmen des von BAVARIA angebotenen Leasingmodells frei wählen. Somit hätte NEUWOGES die Möglichkeit gehabt, eine niedrigere Indexierung zu wählen oder höhere Kosten in Abzug zu bringen. Die Konsequenz wäre natürlich eine geringere Höhe der geleisteten Vorabzahlung gewesen. Es darf gemutmaßt werden, dass dies auch für […] und […] galt.

(177) Da die Vertragspartner die genauen Parameter des Geschäfts im Rahmen des von BAVARIA angebotenen Modells offenbar frei wählen konnten, scheint es zur Beurteilung der Marktüblichkeit des NEUWOGES/BAVARIA-Sale-and-lease-back-Geschäfts nicht von zentraler Bedeutung zu sein, ob die von NEUWOGES gewählten Parameter identisch mit den Parametern waren, die von den am […]- und am […]-Geschäft beteiligten Parteien gewählt wurden. Die Wahl der Parameter war lediglich die Konsequenz strategischer Geschäftsentscheidungen der beteiligten Parteien. Wichtiger ist der Umstand, dass alle diese Geschäfte auf ein und demselben Transaktionsmodell beruhten.

(178) Insofern dem […]-Vertrag und dem […]-Vertrag dasselbe Berechnungsmodell zugrunde lag, woran angesichts der verfügbaren Informationen kein Grund zum Zweifel besteht, lassen sie den Schluss zu, dass das Transaktionsmodell, welches auch der NEUWOGES-Transaktion zugrunde lag, marktüblich war. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass das „Leasingmodell Immobilien“ offenbar gleichermaßen von öffentlichen Unternehmen ([…]) und privaten Unternehmen ([…]) gewählt wurde und dass es sowohl Unternehmen, die von einer Entlastung nach dem AHG profitieren wollten, als auch nicht unter dieses Gesetz fallenden Parteien angeboten wurde.

([108]) Stellungnahme Deutschlands vom 11. Juli 2008, S. 10-11.

7.4.2. *Bieterverfahren*

7.4.2.1. Hintergrund

(179) Wie bereits erläutert hat NEUWOGES mit Blick auf die Privatisierung der schließlich an BAVARIA verkauften Gebäude kein vollumfassendes offenes, transparentes, bedingungs- und diskriminierungsfreies Bieterverfahren durchgeführt. Jedoch forderte NEUWOGES ursprünglich 72 potenzielle Käufer zur Abgabe eines Angebots auf. NEUWOGES macht geltend, dass sie die Adressaten mehr oder weniger zufällig ausgewählt habe und dass die Auswahl nicht als repräsentativ für den Gesamtmarkt gelten könne. Nach Versendung dieser ersten Aufrufe zur Interessenbekundung kam es zu weiteren Kontakten, unter anderem mit BAVARIA, die ursprünglich nicht angeschrieben worden war.

7.4.2.2. Ergebnis des Bieterverfahrens

(180) Von den eingegangen Angeboten, deren Zahl nicht bekannt ist, wurden fünf als „verwertbar" angesehen ([109]). Zwei davon wurden dennoch abgelehnt, weil die potenziellen Käufer sich aus Zeitgründen nicht in der Lage sahen, ein vollständiges Angebot vorzulegen. Darüber hinaus wurden zwei Angebote aus wirtschaftlichen Gründen abgelehnt. Das fünfte — von *Felske*-Immobilien vorgelegte — Angebot wurde abgelehnt, weil der angebotene Preis für zu niedrig erachtet wurde (*Felske* hatte einen Preis von […] EUR/m^2 angeboten, was einem Gesamtkaufpreis von […] EUR entsprach). Außer den fünf genannten wurden noch drei weitere Angebote unterbreitet — eines von BAVARIA und zwei von anderen nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bietern. Es wurden auch Verhandlungen mit einem der beiden anderen Bieter eingeleitet, die von sich aus ein Angebot unterbreitet hatten, doch wurde dieses Angebot schließlich ebenfalls aus nicht näher bestimmten wirtschaftlichen Gründen abgelehnt ([110]).

(181) Nach Abschluss der Verhandlungen mussten die Verträge vom NEUWOGES-Aufsichtsrat gebilligt werden. Bei Vorlage der Verträge im Aufsichtsrat argumentierte die Geschäftsleitung, dass kein höherer Verkaufspreis erzielt werden könne, da die Verträge lediglich die Bestellung von Erbbaurechten an den Grundstücken (und nicht einen Direktverkauf) beträfen, die BRG mit der Durchführung der Sanierungsarbeiten beauftragt werde und NEUWOGES die Gebäude für weitere 30 Jahre bewirtschaften werde ([111]). Auf die Frage nach dem Unterschied im Vergleich zum Gutachten von 1997 hin erklärte die Geschäftsleitung erneut, dass ein höherer Preis für das Geschäft nicht zu erzielen gewesen sei ([112]).

7.4.2.3. Würdigung

(182) Zwar kann das Bieterverfahren nicht als offen, transparent, bedingungs- und diskriminierungsfrei bezeichnet werden, doch lässt es gewisse Rückschlüsse auf die Angebotslage am Markt zu. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang auch, dass offenbar eine Reihe nicht angeforderter Angebote eingingen. Dies belegt, dass auch potenzielle Käufer, die nicht zu den ursprünglich kontaktierten 72 Unternehmen gehörten, von dem Verfahren Kenntnis erlangten und daran teilnehmen konnten.

(183) Die Bewertung der Angebote durch NEUWOGES zeigt, dass das Angebot von BAVARIA zum maßgeblichen Zeitpunkt (1997/1998) von NEUWOGES für das beste am Markt verfügbare Angebot erachtet wurde. Das Argument von NEUWOGES, dass zumindest das *Felske*-Angebot günstiger gewesen sei, ist nicht haltbar. Zwar lag der von *Felske* offenbar gebotene Preis ([…] EUR) über der schließlich von BAVARIA vorab geleisteten Zahlung ([…] EUR), doch ist daran zu erinnern, dass das Sale-and-lease-back-Geschäft als Ganzes zu bewerten ist und dessen Gesamtwert ([…] EUR) über dem von *Felske* gebotenen Preis lag.

(184) Im Lichte dieser Ausführungen ist festzustellen, dass das Bieterverfahren zwar nicht ausreichend qualifiziert war, um allein für sich genommen als Nachweis dafür gelten zu können, dass das BAVARIA-Angebot das beste am Markt verfügbare Angebot war, es jedoch deutlich daraufhin deutet. In jedem Fall liefert das beschränkte Bieterverfahren keinen begründeten Hinweis darauf, dass NEUWOGES zum maßgeblichen Zeitpunkt (1997/1998) ein besseres Angebot vorgelegen hätte.

7.4.3. *Andere Arten von Geschäften zum fraglichen Zeitpunkt*

7.4.3.1. Bewertungsrahmen

(185) Es ist hilfreich, das in Rede stehende Geschäft vor dem Hintergrund anderer ähnlicher Arten von Geschäften, die zum fraglichen Zeitpunkt (1997/1998) auf dem Markt angeboten wurden, zu prüfen.

(186) Bei dem in Rede stehenden Geschäft handelt es sich um ein typisches Sale-and-lease-back-Geschäft. Sale-and-lease-back-Vereinbarungen sind naturgemäß *Finanzierungsgeschäfte*. Durch den Kauf einer Immobilie vom Leasingnehmer versorgt der Leasinggeber den Leasingnehmer mit liquiden Mitteln bzw. finanziert größere Investitionen wie die Sanierung alter Gebäude. Um die Immobilie — für gewerbliche oder andere Zwecke — weiter nutzen zu können, least der Leasingnehmer die Immobilie zurück, wodurch sich die Investition des Leasinggebers über die Laufzeit des Leasingvertrags (ganz oder teilweise) amortisiert.

([109]) Vorlage 97/97 für die Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 17. April 1997, S. 2.
([110]) Siehe Vorlage 110/97 für die Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 30. Oktober 1997, S. 3.
([111]) Vorlage 114/97 für die Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 12. Dezember 1997, S. 3.
([112]) Protokoll der Sitzung des NEUWOGES-Aufsichtsrats am 16. Dezember 1997, S. 5.

(187) Als Finanzierungsgeschäft hat eine Sale-and-lease-back-Vereinbarung eine gewisse Ähnlichkeit mit Bankkrediten und Hypotheken. Es gibt allerdings auch einige wichtige Unterschiede, die nicht außer Acht gelassen werden dürfen. Ein Sale-and-lease-back-Geschäft ermöglicht es dem Verkäufer/Leasingnehmer, größere Investitionen zu finanzieren und umgehend liquide Mittel zur Verfügung zu haben, ohne auf Eigenkapital angewiesen zu sein. Dies bedeutet, dass das Eigenkapital und die zusätzlich erworbenen liquiden Mittel für andere Investitionen zur Verfügung stehen oder der Leasingnehmer Investitionen tätigen kann, für die aufgrund eines Mangels an Eigenkapital oder eines hohen Verschuldungsgrads kein herkömmlicher Kredit gewährt würde. Da der Käufer/Leasinggeber seine Erstinvestition refinanzieren und einen Gewinn erwirtschaften muss, ist die Leasingrate in der Regel etwas höher als der Zinssatz für einen vergleichbaren Bankkredit (wie im folgenden Abschnitt näher erläutert wird). Nach Ablauf des Leasingvertrags muss der Leasingnehmer die Immobilie entweder zurückkaufen oder sie verbleibt im Eigentum des Leasinggebers und steht für eine weitere Nutzung zur Verfügung. Dies bedeutet, dass die Leasingrate vom Restwert der Immobilie nach Ablauf des zwischen den beiden Parteien geschlossenen Leasingvertrags abhängt. Da der Restwert insbesondere im Falle langfristiger Leasingverträge oft schwer vorauszusehen ist, stellt er für den Leasinggeber einen Risikofaktor dar, der sich in der Leasingrate widerspiegelt. Ein solches Risiko besteht bei herkömmlichen Bankkrediten nicht und bei Hypotheken nur in gewissem Maße.

(188) In der Folge sind die Leasingraten und die Zinssätze für Kredite/Hypotheken nicht vollständig vergleichbar. Wenn man die Leasingrate des in Rede stehenden Geschäfts mit den durchschnittlichen Zinssätzen für Kredite/Hypotheken zum fraglichen Zeitpunkt (1997/1998) vergleicht, ist es nicht möglich eindeutig festzustellen, ob die verlangte Leasingrate zum fraglichen Zeitpunkt (1997/1998) marktüblich war. Es ist jedoch möglich zu beurteilen, ob die Leasingrate so hoch war, dass sich voraussichtlich kein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter auf das Geschäft eingelassen hätte.

7.4.3.2. W ü r d i g u n g

(189) Bei dem in Rede stehenden Rechtsgeschäft wurde die Leasingrate ursprünglich auf […] % pro Jahr des gesamten Investitionsvolumens festgelegt. Durch eine Indexierung des zu entrichtenden Betrags mit […] % pro Jahr wird die Leasingrate am Ende der Vertragslaufzeit bei […] % liegen, was einer durchschnittlichen Leasingrate von […] % pro Jahr entspricht. Zum Vergleich: Wenn NEUWOGES entschieden hätte, die Leasingrate nicht zu indexieren, wäre sie über die gesamte Laufzeit von 30 Jahren auf […] % pro Jahr festgesetzt worden. Der „Aufschlag" ist dann der Preis der Entscheidung, zu Beginn niedrigere und gegen Ende der Vertragslaufzeit höhere Leasingraten anstatt über die gesamte Vertragslaufzeit stabile Raten zu zahlen.

(190) Es sei zunächst daran erinnert, dass das Landgericht Rostock die Leasingrate im Vergleich zu Zinssätzen anderer Geschäfte bewertet hat. Es stellte fest, dass die Entwicklung der Zinssätze für Hypotheken über einen Zeitraum von 30 Jahren zwar schwer einzuschätzen sei, in Hochzinsphasen jedoch mit Zinsen von über 10 % zu rechnen sei. Die durchschnittliche von NEUWOGES verlangte Leasingrate sei somit nicht marktunüblich gewesen.

(191) Es stehen nur recht allgemeine Daten für einen Vergleich zur Verfügung. Von all den von der Deutschen Bundesbank für Januar 1998 gesammelten Daten (der Zeitpunkt, zu dem das in Rede stehende Rechtsgeschäft durchgeführt wurde) können zwei Arten von Zinssätzen als relevant angesehen werden. Zum einen sind die Zinssätze für „Hypothekarkredite auf Wohngrundstücke zu Festzinsen auf 10 Jahre" von Interesse, da auch NEUWOGES Wohneigentum zur Besicherung eines Kredits verwenden würde (unabhängig davon, ob ein solcher Kredit alle formalen Voraussetzungen einer Hypothek erfüllen würde). Zum anderen könnten die Zinssätze für „Langfristige Festzinskredite an Unternehmen und Selbständige von 500 000 bis unter 5 Mio. EUR" ebenfalls für einen Vergleich geeignet sein, da NEUWOGES als Unternehmen betrachtet werden kann (Hypotheken werden in der Regel eher von Privatpersonen aufgenommen, die selbst in der Immobilie wohnen und sie nicht weitervermieten).

(192) Laut Bundesbank lag der durchschnittliche Zinssatz für deutsche Hypothekarkredite zu Festzinsen auf zehn Jahre im Januar 1998 bei 6,40 % pro Jahr. Damals bewegten sich die Zinssätze für diese Art von Krediten normalerweise innerhalb einer Streubreite von 6,17 % pro Jahr (Untergrenze der Streubreite) und 6,97 % pro Jahr (Obergrenze der Streubreite). Bei den langfristigen Festzinskrediten lag der durchschnittliche Zinssatz im Januar 1998 bei 6,35 % pro Jahr und bewegte sich innerhalb einer Spanne von 5,55 % (Untergrenze der Streubreite) bis 7,73 % pro Jahr (Obergrenze der Streubreite). Die Bundesbank trifft jedoch keine Aussage über die durchschnittliche Laufzeit eines „langfristigen" Kredits. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die durchschnittliche Laufzeit bei maximal zehn Jahren und wahrscheinlich darunter liegen würde ([113]).

([113]) In der Regel bevorzugen Banken Kredite mit variablen Zinssätzen, weil sich dadurch das von ihnen getragene Zinsänderungsrisiko verringert. Wenn sie Festzinskredite gewähren, ist es in ihrem Interesse, die Laufzeit des Vertrags zu verkürzen, um dieses Risiko zu verringern. Bei Krediten an Unternehmen ist es üblich, revolvierende Verträge zu schließen, bei denen nach Ablauf des ursprünglichen Kreditvertrags automatisch ein neuer Vertrag mit einem angepassten Zinssatz (der die Marktbedingungen zum fraglichen Zeitpunkt widerspiegelt) eingegangen wird (sofern sich die Kreditwürdigkeit des Unternehmens nicht verschlechtert hat). Neben dem Zinsänderungsrisiko tragen Banken auch das Kreditrisiko. Dies ist ein weiterer Grund, die Laufzeit von Kreditverträgen mit Unternehmen zu begrenzen (da die betreffenden Beträge erheblich höher sind als bei Hypotheken, die in der Regel eine Laufzeit von 20 bis 30 Jahren haben).

(193) Bei einem Vergleich der von NEUWOGES gezahlten Leasingrate mit den von der Bundesbank angegebenen Zinssätzen für Kredite, die im selben Zeitraum (d. h. im Januar 1998) vergeben wurden, sind folgende Aspekte zu berücksichtigen:

— Die durchschnittliche jährliche Leasingrate über die 30-jährige Vertragslaufzeit liegt bei […] %. Wie bereits dargelegt, hat NEUWOGES jedoch frei entschieden, zu Beginn der Vertragslaufzeit eine niedrigere Leasingrate zu zahlen, die durch eine höhere Leasingrate zu einem späteren Zeitpunkt ausgeglichen wird. Diese Entscheidung hat ihren Preis: Denn hätte sich NEUWOGES von Anfang an für eine feste Leasingrate entscheiden, hätte sie nur eine Rate von […] % pro Jahr zahlen müssen ([114]). Die Zahlen der Bundesbank sind für Festzinskredite, d. h., der Zinssatz ist in jedem Jahr gleich hoch. Geht man davon aus, dass NEUWOGES in der Lage gewesen wäre, einen Kredit mit ähnlichen Zahlungsbedingungen (d. h. niedrigere Zinszahlungen zu Beginn und höheren Zahlungen gegen Ende) auszuhandeln, hätte auch dies seinen Preis gehabt (aus den gleichen Gründen wie im Falle von BAVARIA) ([115]). Die Zinssätze der Bundesbank sollten daher mit der gleichbleibenden Leasingrate von […] % verglichen werden.

— Die Leasingrate ist auf einen Zeitraum von 30 Jahren festgelegt worden. Trotz der jährlichen Indexierung war es durchaus möglich, bereits zu Beginn der Vertragslaufzeit die durchschnittliche Leasingrate für die gesamte Vertragslaufzeit zu berechnen. Die von der Bundesbank angegebenen Zinssätze für Hypothekarkredite sind auf nur zehn Jahre festgelegt (wie oben erläutert, ist nicht bekannt, für welchen Zeitraum die Zinsen für Unternehmen festgesetzt werden; es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass der Zeitraum nicht mehr als zehn Jahre beträgt). Die am besten geeignete Benchmark wären auf 30 Jahre festgelegte Zinssätze. Solche Daten werden jedoch von der Bundesbank nicht veröffentlicht. Im Allgemeinen werden Festzinskredite mit zunehmender Laufzeit teurer. Zum Beispiel zeigen die Zahlen der Bundesbank für Januar 1998, dass der durchschnittliche Zinssatz für festverzinsliche Hypothekarkredite zu Festzinsen auf fünf Jahre bei 5,85 % lag, während der Zinssatz für Festzinskredite mit einer Laufzeit von zehn Jahren bei 6,40 % lag. Daher kann berechtigterweise davon ausgegangen werden, dass die Zinsen auf einen Festzinskredit mit einer Laufzeit von 30 Jahren erheblich höher gewesen wären als die von der Bundesbank angegebenen durchschnittlichen Zinssätze von 6,35 % bzw. 6,40 %.

— Die Bundesbank gibt sowohl einen Durchschnittssatz als auch eine Streubreite an, die sich auf eine große Zahl von im Januar 1998 in Deutschland abgeschlossenen Kreditverträgen stützen. Die für NEUWOGES festgesetzte Leasingrate spiegelt implizit das mit dem Geschäft für BAVARIA verbundene Risiko wider. Am stärksten war BAVARIA dem Kreditrisiko ausgesetzt, d. h. dem Risiko, dass NEUWOGES zahlungsunfähig werden oder aus einem anderen Grund ihrer Verpflichtung zur Zahlung der erforderlichen Leasingraten nicht mehr nachkommen könnte. Ebenso hätte eine Bank vor der Gewährung eines Kredits die Kreditwürdigkeit von NEUWOGES bewertet. Kunden mit einer schlechteren Kreditwürdigkeit (oder einem höheren Kreditrisiko für die Bank) müssen in der Regel als Ausgleich für das höhere Risiko einen höheren Zinssatz zahlen ([116]). Wie in Abschnitt 7.3.1 dargelegt, hatte NEUWOGES angesichts ihrer recht hohen Verschuldung und der Tatsache, dass ihr Eigenkapital in anderen Investitionsvorhaben gebunden war, nur begrenzte Möglichkeiten, neue Kreditverträge abzuschließen. Wäre eine Bank jedoch bereit gewesen, NEUWOGES einen Kredit zu gewähren, so hätte sie diese Aspekte bei der Festsetzung des Zinssatzes berücksichtigt. Die Zinssätze von Krediten an relativ hoch verschuldete Unternehmen, die nur wenig Eigenkapital in ihre Investition einbringen können, sind höher. Aus diesem Grund sollten bei jedem Vergleich der von NEUWOGES gezahlten Leasingrate mit den Zinssätzen für auf dem Markt verfügbare Kredite die höheren Sätze der Streubreite der Bundesbank im Blickpunkt stehen ([117]).

— Wie bereits erwähnt, muss eine Leasinggesellschaft ihre Erstinvestition (in diesem Fall vor allem den Kaufpreis für die Gebäude und die Sanierungskosten) refinanzieren. Der Zinssatz, den sie für ihre eigene Refinanzierung zahlen muss, hängt von verschiedenen Aspekten ab wie z. B. ihrer eigenen Größe, ihrem Schuldenstand und den Immobilien in ihrem Portfolio. Dieser Zinssatz ist jedoch lediglich der Ausgangspunkt, da die Leasinggesellschaft (BAVARIA) auch für die vor ihr getragenen Risiken entschädigt werden muss. Dazu gehören das Zinsänderungsrisiko (das damit verbundene Risiko, dass sie ihre Investition zu einem variablen Zinssatz refinanzieren muss, während die Leasingzahlungen über einen festen Zinssatz verfügen), das Kreditrisiko (die bereits

([114]) Grund für diesen Aufschlag (d. h. die höhere durchschnittliche Leasingrate im Vergleich zu einer festen Rate von Beginn an) ist, dass BAVARIA zugestimmt hat, dass ein Teil der Leasingzahlungen auf die späteren Jahre der Vertragslaufzeit aufgeschoben wird. Hätte sie diese Zahlungen ohne diesen „Aufschub" erhalten, hätte sie das Geld investieren können und somit eine Rendite erzielen oder ihren eigenen Kredit zurückzahlen und somit Zinsen sparen können. Der Aufschub eines Teils der Zahlungen ist für BAVARIA somit mit Kosten verbunden, die über eine höhere durchschnittliche Leasingrate an NEUWOGES weitergereicht werden.

([115]) Dies wäre kein „echter" Festzinskredit mehr (d. h. ein Kredit mit gleich hohen jährlichen Zinszahlungen), sondern ein Kredit, bei dem die verschiedenen jährlichen Zinssätze im Voraus festgelegt werden (d. h., es handelt sich auch nicht um einen Kredit mit variablem Zinssatz).

([116]) Wird das Risiko als zu hoch angesehen, wird der Kreditantrag des Kunden in der Regel abgelehnt. Wird das Risiko als annehmbar betrachtet, so wird ein höherer Zinssatz verlangt, und es können zusätzliche Maßnahmen getroffen werden. So können zusätzliche Sicherheiten gefordert oder der Kreditbetrag herabgesetzt werden; der Kreditvertrag kann auch zusätzliche Auflagen enthalten, die es der Bank ermöglichen, die finanzielle Situation des Kreditnehmers zu überwachen.

([117]) Siehe auch das bereits zitierte im Juni 1996 veröffentlichte Pestel-Gutachten, wonach Wohnungsbaugesellschaften in Ostdeutschland am offenen Kapitalmarkt Kredite zu einem Zinssatz von 7,5 % aufnehmen konnten.

erwähnte Möglichkeit, dass NEUWOGES zahlungsunfähig wird und BAVARIA die noch ausstehenden Leasingzahlungen nicht erhält) sowie das Restwertrisiko (die Ungewissheit bezüglich des Immobilienwerts nach Ablauf des Leasingvertrags). Die Leasinggesellschaft trägt wahrscheinlich auch bestimmte Gemeinkosten, die sich ebenfalls in der Leasingrate widerspiegeln ([118]). Darüber hinaus will die Leasinggesellschaft auch Gewinne erwirtschaften und berücksichtigt dies bei der Festsetzung der Leasingrate ([119]). Selbst wenn BAVARIA in der Lage gewesen wäre, ihre Investitionen zu einem niedrigeren Zinssatz zu refinanzieren als dem, den NEUWOGES für einen Bankkredit gezahlt hätte, so hätte der Refinanzierungszinssatz doch um diese verschiedenen Elemente (Risikoaufschlag, Kosten und Gewinn) erhöht werden müssen, um die verlangte Leasingrate zu erhalten, die letztlich höher als der Zinssatz für einen herkömmlichen Kredit sein könnte.

(194) Unter Berücksichtigung aller zuvor genannten Faktoren erscheint eine Leasingrate von […] % pro Jahr bei einer festen Leasingrate (oder selbst von […] % bei einer Leasingrate mit einer Indexierung mit […] %, die jedoch für einen Vergleich weniger geeignet erscheint) im Vergleich zu den von der Bundesbank für Kredite angegebenen Zinssätzen recht vernünftig. Es sei daran erinnert, dass die Zahlen der Bundesbank beispielsweise auf eine Laufzeit von 30 Jahren bei festem Zinssatz hochgerechnet werden sollten. Obwohl sich die zur Erreichung einer geeigneten Benchmark nötige Korrektur nicht genau quantifizieren lässt, scheint die Differenz zwischen den durchschnittlichen Zinssätzen für Kredite/Hypotheken und der Leasingrate hinreichend begründbar zu sein, um den Schluss zu ziehen, dass keinerlei Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass BAVARIA eine zu hohe Leasingrate verlangt hat. Daher kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die BAVARIA-Leasingrate zum maßgeblichen Zeitpunkt (Ende 1997/Anfang 1998) marktüblich war.

7.4.4. *Schlussfolgerung*

(195) Die verfügbaren Informationen weisen darauf hin, dass das Geschäft zwischen NEUWOGES und BAVARIA auch von einem marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten vollzogen worden wäre. Die Beispielverträge, das Bieterverfahren und der Vergleich mit anderen Finanzierungsinstrumenten weisen allesamt darauf hin, dass das Geschäft zu den damals herrschenden Marktbedingungen erfolgte und das BAVARIA-Modell nicht überteuert war.

7.5. ERGÄNZENDE WÜRDIGUNG: VERBLEIBENDE BEIHILFEELEMENTE UND VEREINBARKEIT MIT DEM BINNENMARKT

(196) Die primäre Prüfung der Kommission zeigt somit, dass die Entscheidung von NEUWOGES, sich auf das Sale-and-lease-back-Geschäft einzulassen, mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten im Einklang stand, d. h., das Geschäft hat BAVARIA keinen Vorteil verschafft, und ihr wurde somit auch keine Beihilfe gewährt. Dennoch hat die Kommission auch geprüft, ob ein anderes Ergebnis — nämlich dass BAVARIA durch NEUWOGES tatsächlich ein Vorteil gewährt wurde — zwangsläufig zu der Schlussfolgerung geführt hätte, dass das Geschäft eine nicht mit dem Binnenmarkt vereinbare staatliche Beihilfe darstellte. Ausgehend von der hypothetischen Annahme, dass NEUWOGES den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten nicht eingehalten hätte und BAVARIA somit ein Vorteil gewährt worden wäre, hat die Kommission daher untersucht, ob es sich bei den Maßnahmen um staatliche Beihilfen zugunsten von BAVARIA gehandelt hat und ob diese etwaigen Beihilfen für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden könnten.

7.5.1. *Verbleibende Beihilfeelemente*

7.5.1.1. Unternehmen

(197) Die Gewährung öffentlicher Mittel kann nur dann als staatliche Beihilfe eingestuft werden, wenn der Empfänger ein „Unternehmen“ im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs umfasst der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit ([120]). Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf dem Markt anzubieten ([121]).

(198) BAVARIA übt eine Reihe wirtschaftlicher Tätigkeiten aus wie kommerzielle Investitionen in Immobilien und die Vermietung dieser Immobilien an gewerbliche und private Kunden. BAVARIA ist somit ein Unternehmen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV.

([118]) Solche Kosten fallen zusätzlich zu den von einer Bank bei einer Kreditvergabe in Rechnung gestellten Kosten an. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Leasinggesellschaft bei der Refinanzierung ihrer Investition auch für die Kosten der Bank zahlen muss (und dies in der Leasingrate berücksichtigen würde); zusätzlich muss sie ihre eigenen Gemeinkosten tragen.

([119]) Bei einem Kredit leistet der Kunde über den Zinssatz einen Beitrag zum Gewinn der Bank. Bei einem Leasingvertrag leistet der Kunde im Wesentlichen sowohl einen Beitrag zum Gewinn der Bank (da die Leasinggesellschaft ihre Investition bei der Bank refinanziert und die entsprechenden Kosten dann an den Leasingnehmer weitergibt) als auch zum Gewinn der Leasinggesellschaft selbst. Die Tatsache, dass Unternehmen bereit sind, diese zusätzlichen Kosten zu zahlen, zeigt, dass die von Leasingunternehmen angebotenen Dienstleistungen einen Mehrwert für die Leasingnehmer haben.

([120]) Urteil des Gerichtshofs vom 12. September 2000, Pavlov u. a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, C-180/98 bis C-184/98, Slg. 2000, I-6451, Randnr. 74.

([121]) Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juni 1987, C-118/85, Kommission/Italien, Slg. 1987, 2599, Randnr. 7.

7.5.1.2. Verwendung staatlicher Mittel und Zurechenbarkeit an den Staat

(199) Die Maßnahme muss dem Staat zuzurechnen sein und aus staatlichen Mitteln finanziert werden. Laut der Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Stardust Marine* ([122]) können auch staatliche Beihilfen, die nicht direkt aus dem Staatshaushalt finanziert werden, dieses Kriterium erfüllen, sofern die Mittel der Kontrolle des Staates unterliegen und die Entscheidung über die Übertragung dieser Mittel dem Staat zuzurechnen ist.

(200) NEUWOGES steht zu 100 % im Eigentum der Stadt Neubrandenburg und ist damit ein öffentliches Unternehmen im Sinne des Artikels 2 Buchstabe b der vom Gerichtshof im Urteil *Stardust Marine* herangezogenen Richtlinie 2006/111/EG der Kommission ([123]). Die Stadt Neubrandenburg hält sämtliche Geschäftsanteile an NEUWOGES und kann als Alleingesellschafterin über den Aufsichtsrat und die Gesellschafterversammlung wesentliche Kontrolle über NEUWOGES ausüben. Daher kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Stadt die Möglichkeit hat, die Verwendung der Mittel von NEUWOGES zu steuern. Folglich beinhaltete das Sale-and-lease-back-Geschäft staatliche Mittel.

(201) Hinsichtlich der Zurechenbarkeit an den Staat stellt die Kommission fest, dass die Stadt Neubrandenburg laut den vorliegenden Informationen maßgeblich am Zustandekommen des Sale-and-lease-back-Geschäfts beteiligt war. Das Geschäft musste vom NEUWOGES-Aufsichtsrat genehmigt werden, dessen Mitglieder im Auftrag der Stadt handelten. Die Unterlagen belegen auch, dass der Aufsichtsrat aktiv mit der Aushandlung der Verträge befasst war. Die Kommission ist daher der Auffassung, dass der Abschluss des Sale-and-lease-back-Vertrags dem Staat zuzurechnen ist.

7.5.1.3. Selektivität

(202) Nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV gilt eine Maßnahme nur dann als staatliche Beihilfe, wenn sie bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt. Demnach fallen nur diejenigen Maßnahmen zugunsten von Unternehmen unter den Begriff der staatlichen Beihilfe, die diesen Unternehmen einen selektiven Vorteil verschaffen.

(203) Da es sich bei der in Rede stehenden Maßnahme um ein bilaterales Geschäft zwischen NEUWOGES und BAVARIA handelte, wäre jeder Vorteil, den NEUWOGES BAVARIA gewährt hat, selektiv, da kein anderes Unternehmen Zugang dazu gehabt hätte.

7.5.1.4. Verfälschung des Wettbewerbs und Auswirkungen auf den Handel

(204) Bei öffentlichen Zuwendungen für Unternehmen handelt es sich nur dann um staatliche Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV, wenn sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Stärkt eine vom Staat gewährte Zuwendung die Wettbewerbsposition eines Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern, wird sie als Maßnahme erachtet, die den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht ([124]). Es wird daher von einer Wettbewerbsverfälschung ausgegangen, sobald der Staat einem Unternehmen in einem liberalisierten Wirtschaftszweig, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte, einen finanziellen Vorteil gewährt.

(205) Nach der ständigen Rechtsprechung der Gerichte der Union sind Beihilfen zugunsten von auf dem Binnenmarkt tätigen Unternehmen geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen ([125]).

(206) BAVARIA konkurriert mit anderen Immobilienfonds und Unternehmensinvestoren aus Deutschland und anderen Mitgliedstaaten der Union um Investoren und Anlagemöglichkeiten. Ein BAVARIA gewährter finanzieller Vorteil würde die Wettbewerbsposition dieses Unternehmens stärken und wäre daher geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen. Da es sich bei dem Markt für Immobilieninvestitionen um einen unionsweiten Markt handelt, würde jeder finanzielle Vorteil für BAVARIA die Marktposition des Unternehmens im Vergleich zu seinen Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten stärken und sich somit auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken.

7.5.1.5. Schlussfolgerung

(207) Angenommen, das Sale-and-lease-back-Geschäft hätte — entgegen der oben dargelegten primären Schlussfolgerung der Kommission — nicht mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten im Einklang gestanden, und wäre BAVARIA somit ein Vorteil gewährt worden, so müsste der Schluss gezogen werden, dass es sich bei dem Sale-and-lease-back-Geschäft um eine staatliche Beihilfe gehandelt hat. Daher wäre unter dieser Hypothese zu prüfen, ob diese etwaige staatliche Beihilfe als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden könnte.

([122]) Urteil des Gerichtshofs vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission (Stardust Marine), C-482/99, Slg. 2002, I-4397.

([123]) Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (ABl. L 318 vom 17.11.2006, S. 17).

([124]) Urteil des Gerichtshofs vom 17. September 1980, Philip Morris/Kommission, 730/79, Slg. 1980, 2671, Randnr. 11; Urteil des Gerichts erster Instanz vom 15. Juni 2000, Alzetta Mauro u. a./Kommission, verbundene Rechtssachen T-298/97, T-312/97 usw., Slg. 2000, II-2325, Randnr. 80.

([125]) Urteil des Gerichtshofs vom 17. September 1980, Philip Morris Holland BV/Kommission, 730/79, Slg. 1980, 2671, Randnrn. 11 und 12. Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 30. April 1998, Het Vlaamse Gewest (Flämische Region)/Kommission, T-214/95, Slg. 1998, II-717, Randnrn. 48-50.

7.5.2. *Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV*

(208) Nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV können „Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete [als mit dem Binnenmarkt vereinbar betrachtet werden], soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft". Bei der Anwendung des Artikels 107 Absatz 3 Buchstabe c muss die Kommission die positiven und gewünschten Auswirkungen einer Beihilfemaßnahme gegen ihre negativen Auswirkungen auf die Handelsbedingungen, die sich aus ihrer Umsetzung ergeben, abwägen.

(209) Damit eine Beihilfemaßnahme der Abwägungsprüfung standhält, muss sie fünf Voraussetzungen erfüllen. Erstens muss die Beihilfemaßnahme einem genau definierten Ziel von gemeinsamem Interesse dienen. Zweitens muss die Beihilfemaßnahme ein geeignetes Instrument zur Erreichung dieses Ziels darstellen. Drittens muss die Beihilfemaßnahme erforderlich sein und einen Anreizeffekt haben. Viertens muss die Beihilfemaßnahme angemessen sein. Fünftens darf die Beihilfe die Handelsbedingungen nicht in einem Maße beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

7.5.2.1. Ziel von gemeinsamem Interesse

(210) Nach den Artikeln 3 und 174 AEUV ist der wirtschaftliche und soziale Zusammenhalt ein Ziel der Union. Die Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts impliziert eine Verbesserung der städtischen Umwelt und der Lebensqualität der Stadtbewohner. Die Kohäsionspolitik kann dazu beitragen, nachhaltige Gemeinschaften zu schaffen, indem sie sicherstellt, dass wirtschaftliche, soziale und ökologische Probleme mithilfe integrierter Strategien für die Erneuerung, Regenerierung und Entwicklung sowohl städtischer als auch ländlicher Gebieten gelöst werden. Dies kann auf unterschiedliche Weise erreicht werden ([126]).

(211) Die Kommission stellt fest, dass das satzungsmäßige Ziel von NEUWOGES darin besteht, eine ausreichende Wohnungsversorgung in der Region sicherzustellen. Die Kommission stellt ferner fest, dass NEUWOGES mit dem Abschluss des Sale-and-lease-back-Geschäfts bestimmte (kommunal-)politische Ziele verfolgte. NEUWOGES macht geltend, dass

— es in den 1990er-Jahren nach der Wiedervereinigung ein wichtiges politisches Projekt gewesen sei, die Wohnverhältnisse in Ostdeutschland an die Wohnverhältnisse in Westdeutschland anzugleichen; dies habe dazu geführt, dass die Privatisierung und Sanierung der Wohnungsbestände in Ostdeutschland vorangetrieben worden sei, unabhängig davon, ob dies wirtschaftlich sinnvoll war oder nicht;

— die Privatisierung und Sanierung der Gebäude, die Gegenstand des Sale-and-lease-back-Vertrags waren, der Sicherung der Zukunftsperspektiven der Stadt Neubrandenburg dienten: durch die Bereitstellung bezahlbarer Wohnungen mit hoher Wohnqualität und deren Privatisierung (zu der BAVARIA verpflichtet war) habe NEUWOGES gehofft, die Attraktivität Neubrandenburgs für seine Bürger zu steigern.

(212) Des Weiteren stellt die Kommission fest, dass BAVARIA die Verpflichtung eingegangen ist, den Versuch zu unternehmen, eine bestimmte Anzahl von Wohnungen an die derzeitigen Mieter zu verkaufen. Dabei durfte BAVARIA keinen frei vom Markt bestimmten Preis verlangen, sondern musste bestimmte Höchstgrenzen einhalten ([127]). Der Vertrag mit diesen Auflagen gewährte den derzeitigen Mietern der in Rede stehenden Gebäude somit einen gewissen Vorteil.

(213) Würde das Sale-and-lease-back-Geschäft zwischen NEUWOGES und BAVARIA tatsächlich als staatliche Beihilfe eingestuft, was nicht der Fall ist, dann wäre diese Beihilfe zur Verwirklichung der oben genannten politischen Ziele gewährt worden. Die Versorgung einer Region mit ausreichendem Wohnraum, der Beitrag zur Verwirklichung eines nationalen politischen Ziels (Angleichung der Wohnverhältnisse in Ost- und Westdeutschland nach der Wiedervereinigung) und die Sicherung der Zukunftsperspektiven der Stadt Neubrandenburg durch die Bereitstellung bezahlbarer Wohnungen mit hoher Wohnqualität für die Bevölkerung (und die Begünstigung der derzeitigen Mieter der betreffenden Gebäude) können allesamt als genau definierte Ziele von gemeinsamem Interesse angesehen werden. Nach Auffassung der Kommission ist das Geschäft deshalb als eine Maßnahme zur Verwirklichung eines Ziels von gemeinsamem Interesse anzusehen.

7.5.2.2. Angemessenheit der Maßnahmen

(214) Es ist unbestritten, dass der Sale-and-lease-back-Vertrag zwischen NEUWOGES und BAVARIA die angestrebten Ziele erreicht hat. So hat das Geschäft dazu geführt, dass die von BAVARIA gekauften Gebäude umfassend saniert und privatisiert wurden und den derzeitigen Mietern zu einem niedrigeren Kaufpreis angeboten wurden und dass das Angebot an hochwertigem Wohnraum in der Region erhöht und damit die Zukunftsperspektiven der Stadt Neubrandenburg verbessert wurden.

([126]) Beschluss der Kommission in der Sache C(2011) 4940 final vom 5. Oktober 2011 in der Rechtssache SA.31877 — Niederlande: Grondverkoop en woningbouw Apeldoorn (ABl. C 343 vom 23.11.2011, S. 11), Erwägungsgründe 47 und 48.

([127]) Siehe Kapitel V § 3 Punkt 2 EBV.

(215) Bei der Suche nach einem Käufer für die Gebäude und bei der Beurteilung ihrer Optionen unternahm NEUWOGES eine Reihe von Schritten, die in der Tat sicherstellten, dass für den Fall, dass das Sale-and-lease-back-Geschäft eine Beihilfe beinhalten sollte, diese auf das zur Erreichung der angestrebten Ziele erforderliche Minimum begrenzt wäre. Insbesondere führte NEUWOGES ein eingeschränktes Bieterverfahren durch, handelte mit BAVARIA über einen Zeitraum von mehreren Monaten die Bedingungen des Geschäfts aus und war schließlich davon überzeugt, dass es sich bei dem Geschäft um das beste Angebot auf dem Markt handelte. Somit liegen keine Hinweise darauf vor, dass selbst dann, wenn das Sale-and-lease-back-Geschäft eine Beihilfe beinhaltete, diese Beihilfe über das erforderliche Minimum hinausgegangen wäre. Die Analyse in Abschnitt 7.3, in deren Rahmen das Sale-and-lease-back-Geschäft mit verschiedenen anderen Optionen (wie einer kreditbasierten Sanierung der Gebäude oder einem Direktverkauf) verglichen wurde, hat gezeigt, dass es keine Alternative gegeben hätte, bei der ohne die Gewährung einer Beihilfe oder mit einem geringeren Beihilfebetrag dieselben Ziele erreicht worden wären. Das Sale-and-lease-back-Geschäft und jede etwaige darin enthaltene Beihilfe waren somit ein geeignetes Instrument zur Erreichung der Ziele von gemeinsamem Interesse.

7.5.2.3. Erforderlichkeit und Anreizeffekt.

(216) Ausgehend von der Annahme, dass, das Sale-and-lease-back-Geschäft tatsächlich eine staatliche Beihilfe beinhaltete, wäre ferner zu prüfen, ob diese Beihilfe einen Anreizeffekt hatte. NEUWOGES und BAVARIA haben die Bedingungen des Geschäfts über einen Zeitraum von mehreren Monaten ausgehandelt. BAVARIA hätte sich dem Anschein nach nicht auf ein Geschäft eingelassen, das nicht zu ihrem „Leasingmodell Immobilien" gepasst hätte. Wenn das letztlich durchgeführte Geschäft, das auf dem „Leasingmodell Immobilien" von BAVARIA beruhte, eine staatliche Beihilfe beinhaltet hätte, dann steht außer Frage, dass sich BAVARIA ohne diese Beihilfe nicht auf das Geschäft eingelassen hätte.

7.5.2.4. Verhältnismäßigkeit

(217) Die Kommission hat bereits darauf hingewiesen, dass die von NEUWOGES beim Abschluss dieses Geschäfts verfolgten Ziele als wichtig angesehen werden müssen. Die Sanierung und Privatisierung der Gebäude, wie auch deren Verkauf zu einem niedrigeren Preis an die Mieter, haben einen wichtigen Beitrag zur Verbesserung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts in der Union geleistet. Gleichzeitig war der im Sale-and-lease-back-Geschäft enthaltene Beihilfebetrag zugunsten von BAVARIA allenfalls begrenzt, wodurch etwaige wettbewerbsverzerrende Wirkungen der Maßnahme ebenfalls begrenzt wurden. Vor diesem Hintergrund war jede möglicherweise in dem Sale-and-lease-back-Geschäft zwischen NEUWOGES und BAVARIA enthaltene Beihilfe im Hinblick auf das verfolgte Ziel verhältnismäßig.

7.5.2.5. Keine Auswirkungen auf die Handelsbedingungen, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufen

(218) Es sei daran erinnert, dass der im Sale-and-lease-back-Geschäft enthaltene Beihilfebetrag zugunsten von BAVARIA allenfalls gering war. Die Auswirkungen der Maßnahme auf die Handelsbedingungen waren somit ebenfalls nur begrenzt. Während jede im Sale-and-lease-back-Geschäft enthaltene Beihilfe die Wettbewerbsposition von BAVARIA, die zumindest potenziell im Wettbewerb mit anderen Unternehmen (auch mit Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten) stand, verbessert hätte, hängt das Ausmaß dieser Auswirkungen vom Betrag der erhaltenen Beihilfe ab. Da sich die Wettbewerbsposition von BAVARIA somit nur geringfügig verbessert hätte, kann der Schluss gezogen werden, dass das Sale-and-lease-back-Geschäft, selbst wenn es eine Beihilfe beinhaltete, die Handelsbedingungen nicht in einem Maße beeinträchtigt hat, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

7.5.3. *Schlussfolgerung zu den verbleibenden Beihilfeelementen und der Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt*

(219) Sollte das Sale-and-lease-back-Geschäft BAVARIA einen Vorteil verschafft haben, so ist die Kommission aus den in Abschnitt 7.5.2 genannten Gründen zu dem Schluss gekommen, dass es sich um eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikel 107 Absatz 1 AEUV handeln würde. Die Kommission stellt jedoch auch fest, dass jede in dem Sale-and-lease-back-Geschäft enthaltene staatliche Beihilfe nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar wäre.

7.6. SCHLUSSFOLGERUNG ZUM VORLIEGEN EINER BEIHILFE UND ZUR VEREINBARKEIT MIT DEM BINNENMARKT

(220) Aus der Analyse des Werts des Sale-and-lease-back-Geschäfts für NEUWOGES, dem Vergleich mit möglichen anderen Geschäften und der Prüfung des Geschäfts auf Marktüblichkeit kann der Schluss gezogen werden, dass das Geschäft mit dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten im Einklang steht. Mit dem Abschluss des Sale-and-lease-back-Geschäfts hat NEUWOGES eine Verhaltensweise gezeigt, die auch ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter gewählt hätte. Besonders hervorzuheben ist, dass weder eine wirtschaftlich attraktivere Alternative zur Verfügung stand, noch die Bedingungen des Sale-and-lease-back-Geschäfts zu dem maßgeblichen Zeitpunkt (1997/1998) im Lichte der verfügbaren Vergleichsmaßstäbe sowie der aus dem Bieterverfahren hervorgegangenen anderen Angebote als marktunüblich anzusehen waren.

(221) Es muss daher der Schluss gezogen werden, dass das Geschäft mit NEUWOGES der BAVARIA keinen Vorteil gewährt hat, da das Verhalten von NEUWOGES dem eines marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmers entsprach. Da im Rahmen der in Rede stehenden Maßnahme kein Vorteil gewährt wurde, ist eine der Voraussetzungen zur Einstufung als staatliche Beihilfe nicht erfüllt; somit stellt die Maßnahme keine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV dar.

(222) Zusätzlich zu der primären Feststellung, dass das Sale-and-lease-back-Geschäft BAVARIA keinen Vorteil gewährt hat und somit keine staatliche Beihilfe beinhaltet, gelangt die Kommission zu der zusätzlichen Schlussfolgerung, dass für den Fall, dass das Sale-and-lease-back-Geschäft BAVARIA doch einen Vorteil gewährt hätte, es in der Tat eine staatliche Beihilfe darstellen würde. Diese staatliche Beihilfe wäre jedoch nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar —

HAT FOLGENDEN BESCHLUSS ERLASSEN:

Artikel 1

Das am 21. Januar 1998 zwischen der Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft mbH, der Bavaria Immobilien Trading GmbH & Co, Immobilien Leasing Objekt Neubrandenburg KG und der Bavaria Immobilien Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. Objekte Neubrandenburg KG in Form eines Erbbaurechtsvertrags und eines Generalverwaltervertrags vollzogene Rechtsgeschäft stellt keine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV dar.

Artikel 2

Falls das am 21. Januar 1998 zwischen der Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft mbH, der Bavaria Immobilien Trading GmbH & Co, Immobilien Leasing Objekt Neubrandenburg KG und der Bavaria Immobilien Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. Objekte Neubrandenburg KG in Form eines Erbbaurechtsvertrags und eines Generalverwaltervertrags vollzogene Rechtsgeschäft doch eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV darstellen sollte, ist diese im Sinne des Artikels 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar.

Artikel 3

Dieser Beschluss ist an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet.

Brüssel, den 16. September 2014

Für die Kommission
Joaquín ALMUNIA
Vizepräsident