

RECHTSGUTACHTEN

ÜBER DIE

**„VERGABERECHTLICHE UND EU-BEIHILFENRECHTLICHE
BEWERTUNG DES PACTHVERTRAGES VOM 25. MÄRZ 2010
ZWISCHEN DER NÜRBURGRING AUTOMOTIVE GMBH
UND DIVERSER GESELLSCHAFTEN
ZUR VERPACTHUNG DER NÜRBURGRING-RENNSTRECKEN
UND WEITERER PACTHOBJEKTE“**

ERSTELLT VON

UNIV.-PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M.

REGENSBURG

ERGEBNISSE

IM AUFTRAG VON

„JA ZUM NÜRBURGRING E.V.“

14. MÄRZ 2011

Gesamtergebnis

1. Auf der Basis der verfügbaren Sachverhaltsinformationen kann als Gesamtergebnis festgehalten werden, dass der Pachtvertrag zwischen der Nürburgring GmbH (NG) und diversen weiteren Gesellschaften einerseits und der Nürburgring Automotive GmbH (NAG) andererseits zur Verpachtung der Nürburgring-Rennstrecken und weiterer Pachtobjekte vom 25. März 2010 gegen das Primärvergaberecht aus Art. 49 und Art. 56 AEUV verstößt. Es ist mit guten Gründen davon auszugehen, dass dieser Verstoß zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB führt. Ferner liegen starke Indizien für einen Verstoß gegen das Beihilfenverbot aus Art. 107 AEUV und die Notifizierungspflicht aus Art. 108 Abs. 3 AEUV vor, der nach ständiger Rechtsprechung des BGH ebenfalls nach § 134 BGB zur Nichtigkeit des Vertrages führt. Im Einzelnen ergibt sich Folgendes:

I. Vergaberechtliche Bewertung des Abschlusses des Pachtvertrages

2. Der subjektive Anwendungsbereich des EU-Sekundär- und des GWB-Vergaberechts gemäß § 98 Nr. 2 GWB ist vorliegend eröffnet, sofern es um die Verpachtungen seitens der NG, Ringwerk GmbH & Co. KG (Ringwerk), Nürburgring Adventure GmbH (NAdG) und Motorsport Resort GmbH (MSR) ging, nicht jedoch für die Congress- und Motorsport Hotel Nürburgring GmbH (CMHN). Die Mitverpachtung durch überwiegend öffentliche Auftraggeber führt dabei zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts für das gesamte Pachtverhältnis. Dasselbe gilt für die Anwendung des EU-Primärvergaberechts.
3. Die Schwellenwerte für die Eröffnung des EU-Sekundärrechts und des GWB-Vergaberechts sind durch die VO (EG) Nr. 1422/2007 festgelegt und in § 2 Nr. 2 VgV umgesetzt. Hiernach liegt der Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge derzeit bei 193.000 € (für Bauaufträge liegt er nach § 2 Nr. 3 VgV bei 4.845.000 €) und ist damit angesichts der 20jährigen Laufzeit und der erwarteten jährlichen Einnahmen der NAG von zunächst fünf und später mehr als 15 Mio. € deutlich überschritten. Angesichts

des enormen Auftragswertes ist vorliegend die für die Eröffnung des EU-Primärvergaberechts notwendige Binnenmarktrelevanz ebenfalls anzunehmen.

4. Im Weiteren ist davon auszugehen, dass eine Dienstleistungskonzession vorliegt und damit das EU-Primärvergaberecht Anwendung findet.
5. Welche Pflichten hinsichtlich der Herstellung der Überprüfbarkeit der Entscheidungen aus der Anwendung des EU-Primärvergaberechts nach Art. 49 (Niederlassungsfreiheit) und Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) im Einzelnen greifen, musste vorliegend nicht näher vertieft werden, da vor Abschluss des Pachtvertrages und auch im Rahmen der Vertragsverhandlungen keinerlei Transparenz seitens der öffentlichen Auftraggeber hergestellt wurde. Vielmehr wurde exklusiv mit den Herren Lindner und Richter verhandelt, ohne potenziell interessierte sonstige Anbieter in irgendeiner Form anzusprechen oder durch Bekanntmachungen auf den beabsichtigten Vergabevorgang hinzuweisen. Daher sind die Primärvergaberechtlichen Transparenzanforderungen seitens der Vergabestellen nicht eingehalten worden.
6. Voraussetzung für jegliche Rechtfertigung eines Verzichts auf ein wettbewerbliches Verfahren ist, dass es dem Auftraggeber auch tatsächlich um Dringlichkeitserwägungen geht, und verfahrensrechtliche Beschränkungen nicht dazu genutzt werden, protektionistische Motive zu kaschieren oder einen bestimmten Kooperationspartner beizubehalten. Außerdem darf die Vergabestelle die Dringlichkeit nicht selbst herbeigeführt haben, um sodann anschließend ein wettbewerbliches Verfahren auszuschließen (so auch Art. 31 Nr. 1 lit. c S. 2 Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG). Es muss vielmehr eine zwingende und objektive Dringlichkeit gegeben sein. Angesichts des Ausnahmecharakters des Verzichts auf ein wettbewerbliches Verfahren sind strenge Maßstäbe anzulegen. Vorliegend mag durchaus eine gewisse Eilbedürftigkeit gegeben gewesen sein, wie schon in der Begründung für den Verzicht auf umfangreiche Due-Diligence-Untersuchungen im Pachtvertrag deutlich wird. Dabei handelt es sich aber nicht um eine hinreichende und v. a. objektive bzw. unvermeidbare Dringlichkeit, die den Verzicht auf ein wettbewerbliches Verfahren im vergaberechtlichen Sinne rechtfertigen könnte. So war der Betrieb der verschiedenen Pachtobjekte gewährleistet. Es bestand insofern kein objektiv zwingendes Handlungsbedürfnis. Schon vor diesem Hintergrund lag kein vergaberechtlich einschlägiger Grund vor, bei der

Umstrukturierung der gesellschaftlichen Verhältnisse besonders eilig zu handeln. Im Übrigen hätte in jedem Fall ein entsprechendes verkürztes Interessenbekundungsverfahren durchgeführt werden können, das die Auftragsvergabe bei fachkompetenter Beratung nicht unbedingt signifikant hätte verzögern müssen. Dringlichkeitsgründe scheiden damit zur Rechtfertigung einer Direktvergabe aus.

7. Auch die Steigerung der Effizienz kann nicht zur Rechtfertigung der Direktvergabe herangezogen werden, da die Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens und die anschließende formlose Verhandlung mit gegebenenfalls mehreren potenziell an der Konzessionsvergabe interessierten Anbietern keine unverhältnismäßigen Kosten bedingt hätte. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass es angesichts des vereinbarten Pachtzinses und der Laufzeit des Vertrages um ein Vertragsvolumen von über 200 Mio. € geht. Folglich scheidet auch der Rechtfertigungsgrund der Effizienzsteigerung aus, ohne dass dessen allgemeine Berechtigung näher analysiert werden müsste.
8. Ausschließlichkeitsrechte im Sinne einer entsprechenden Anwendung der Regelung des Art. 31 Nr. 1 lit. b Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG können vorliegend nicht herangezogen werden, um eine Direktvergabe zu rechtfertigen, da keine Bündelung mit solchen Pachtobjekten, die mit Ausschließlichkeitsrechten behaftet sind, erforderlich war. Auch insoweit ist demnach keine Direktvergabe zu rechtfertigen.
9. Schließlich kommt Art. 106 Abs. 2 AEUV ebenso wenig als Rechtfertigungsgrund für einen Verzicht auf ein Interessenbekundungsverfahren und vergleichbare Transparenzelemente in Betracht, da kein zwingender Grund für einen Verzicht auf ein wettbewerbliches Verfahren ersichtlich ist.
10. Da hier – wie dargelegt – ein entsprechender Verstoß gegen das Primärvergaberecht der EU aus Art. 49 AEUV und Art. 56 AEUV vorliegt, kann dies auch in einem Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH nach Art. 258 AEUV festgestellt werden.
11. Das kann nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich unbefristet erfolgen.
12. Dabei spricht vieles dafür, dass der vorliegende Verstoß gegen das Primärvergaberecht und insbesondere gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV und die

Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV in Form des völligen Verzichts auf eine Transparenz dazu führt, dass der Pachtvertrag wegen Verstoßes gegen § 134 BGB nichtig ist und nicht bloß eine Verpflichtung zur Kündigung oder ein (öffentlich-rechtlicher) Unterlassungsanspruch bzw. ein Feststellungsanspruch aus den Grundfreiheiten bzw. aus dem Grundgesetz greift. Zwar besteht insoweit noch keine einschlägige positive höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 134 BGB. Das entspricht jedoch der Rechtsprechung des BGH zu einem Verstoß gegen die Beihilfennotifizierungspflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV.

II. *Beihilfenrechtliche Bewertung des Pachtvertrages*

13. Ausgangspunkt der beihilfenrechtlichen Bewertung ist der Umstand, dass es zwar des umfassenden und begründeten Nachweises des Vorliegens etwaiger Beihilfenelemente durch die Kommission dahingehend bedarf, dass eine Abweichung von marktüblichen Preisen bzw. Vertragsgestaltungen so signifikant war, dass eine beihilfenrechtlich relevante Überkompensation seitens der öffentlichen Hand vorliegt. Diesbezügliche Zweifel gehen zu Lasten der Feststellung einer Begünstigung. Allerdings nimmt der EuGH in komplexen Sachverhalten, wie dem vorliegenden, seine Kontrolldichte zurück. Entscheidend ist dann die Bewertung durch die Kommission.
14. Kernproblem ist hier das Vorliegen einer Begünstigung. Die übrigen Tatbestandsmerkmale des Beihilfenverbots aus Art. 107 Abs. 1 AEUV liegen im Falle einer Begünstigung dagegen unproblematisch vor.
15. Eine Begünstigung liegt dabei dann vor, wenn den Leistungen der öffentlichen Hand keine angemessenen Gegenleistungen des betreffenden Unternehmens gegenüberstehen. Als relevante Leistungen der Verpächter ist die Bereitstellung der Pachtobjekte durch die Verpächter zu sehen. Das gilt v.a. für die Pachtobjekte von NG, Ringwerk, NAdG, Camp 4 Fun GmbH & Co. KG (C4F), aber auch der MSR und auch von der privaten CMHN, da diese in die Gesamtberechnung der Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisse einfließen. Hinzu kommen weitere im Pachtvertrag kontrahierte Leistungen wie die Übernahme der zwingend notwendigen Erweiterungen des Pachtgegenstandes in Höhe von bis zu 7 Mio. € nach § 8 Nr. 3 des Pachtvertrages. Da der Pacht-

vertrag mit dem Vertrag über den Kauf der Gesellschaftsanteile der Mediinvest an der MSR durch die NG verknüpft ist, spricht Einiges dafür, auch die diesbezüglichen Leistungen in die Gesamtbewertung aufzunehmen. Damit sind im Rahmen der Gesamtbewertung auch der Verkauf der Anteile an der MSR an die NG zu berücksichtigen, also als Leistung der entsprechende Kaufpreis, der von NG entrichtet wurde.

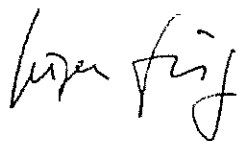
16. Hauptgegenleistung der NAG ist die Entrichtung des gewinnabhängigen Pachtzinses. Soweit zugleich der Verkauf der Anteile der Mediinvest an der MSR in die Gesamtbetrachtung einbezogen wird, wofür einiges spricht, sind als Gegenleistung der Mediinvest auch noch die Überlassung der Anteile der Mediinvest an der MSR zu berücksichtigen. Nicht berücksichtigungsfähig sind hingegen etwaige positive regionalökonomische Effekte oder Gemeinwohlpflichten. Erstere sind per se nicht kompensationsfähig. In Bezug auf letztere fehlt es an den Voraussetzungen sämtlicher vier „*Altmark-Trans*“-Kriterien für deren Anerkennung.
17. Für die Bewertung der „Leistungs-Gegenleistungs“-Verhältnisse ist auf den „Market-economy“-Test abzustellen.
18. Dabei haben die öffentlichen Verpächter kein standardisiertes Verfahren angewandt, um eine mögliche Begünstigung der NAG im Rahmen des Pachtvertrages auszuschließen. Dasselbe gilt für den Kauf der Anteile der Mediinvest an der MSR durch NG. Insbesondere erfolgten kein Bietverfahren und keine Bewertung durch einen unabhängigen Wertgutachter im Sinne der Grundstücksmitteilung. Vor allem wurde aber auch kein vergleichbares sonstiges Verfahren durchgeführt, wie ein Interessenbekundungsverfahren, um gegebenenfalls das Interesse weiterer an der Pacht interessierter Unternehmen zu identifizieren und anschließend in mehrseitigen Verhandlungen gegebenenfalls einen besseren Pachtzins zu erzielen. Dies hätte aber ein privates Unternehmen in einer vergleichbaren Situation voraussichtlich getan. Daher liegen hier nicht zuletzt angesichts der massiven Unterstützung der Errichtung der Anlagen der MSR durch öffentliche Mittel starke Indizien dafür vor, dass es zu einer Begünstigung der NAG und deren Gesellschafter, also letztlich der Unternehmer Lindner und Richter, gekommen ist. Diese Indizien entsprechen im Übrigen auch teilweise den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Koblenz, die in dem Gesamtkomplex hinreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen von Provisionszahlungen ohne wirtschaftlichen Gegen-

wert sieht und daher Ermittlungen wegen des Verdachts des Provisionsbetruges förmlich eingeleitet hat, auch wenn sich diese auf die vorgelagerten Vertragsebenen beziehen. Vor diesem Hintergrund ist es eher unwahrscheinlich, dass beim Pachtvertrag ein marktangemessener Preis in Form des Pachtzinses vereinbart wurde. Ebenso ist zweifelhaft, ob ein angemessener Kaufpreis für die Anteile an der MSR gezahlt wurde. Die genaue Höhe einer etwaigen Begünstigung lässt sich jedoch nur im Rahmen einer umfassenden gutachterlichen Bewertung der Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisse durch einen unabhängigen Gutachter beziffern.

19. Dabei wäre eine etwaige Begünstigung durch die NG, aber auch durch Ringwerk, NAdG, C4F und auch von MSR, jedenfalls nach Kauf der Anteile durch NG, als aus staatlichen Mitteln stammend zu qualifizieren.
20. Das Tatbestandsmerkmal des „bestimmten Unternehmens“ wäre ebenfalls erfüllt.
21. Angesichts der geringen Anforderungen an die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung ist auch ohne nähere Abgrenzung der Märkte für den Betrieb von Rennstrecken und Freizeitinfrastrukturen grundsätzlich davon auszugehen, dass eine Wettbewerbsverfälschung drohte, sollten (erhebliche) Vergünstigungen im Rahmen des Pachtvertrages gegebenenfalls unter Berücksichtigung des Verkaufs der Anteile der Mediinvest an der MSR erfolgen. Das ist jedenfalls anzunehmen, wenn diese jenseits der De-minimis-Schwelle von 200.000 € innerhalb eines Drei-Jahres-Zeitraums liegen. Dies ist angesichts der signifikant höheren Einnahmen und dem Volumen des jährlichen Pachtzinses im ein- bis zweistelligen Millionen-Euro-Bereich unproblematisch möglich, wenn sich der Verdacht der Begünstigung der NAG bzw. der Mediinvest bzw. der dahinter stehenden Unternehmen Lindner und Richter erhärtet.
22. In Anbetracht der ebenfalls geringen Anforderungen an die Feststellung einer zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung ist davon auszugehen, dass eine Handelsbeeinträchtigung wegen der grenzüberschreitenden Märkte für Rennstrecken- und Freizeitinfrastrukturangebote vorläge, sollten erhebliche Vergünstigungen erfolgen, die – wie schon im Rahmen der Wettbewerbsverfälschung – jedenfalls jenseits der De-minimis-Schwelle von 200.000 € innerhalb eines Drei-Jahres-Zeitraums liegen.

23. Sofern demnach angesichts einer Begünstigung eine Beihilfe vorliegt, hätte eine Notifizierung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV/Art. 2 VerfVO erfolgen müssen. Das ist aber nicht der Fall gewesen. Dann läge auch ein Verstoß gegen die Notifizierungspflicht vor, da keine Befreiung von der Notifizierungspflicht (insbesondere im Rahmen des „Monti-Pakets“ bzw. in Form der Gruppenfreistellungsverordnungen bzw. der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung) oder einer genehmigten, allgemeinen Beihilfenregelung greift.
24. Sofern durch den Pachtvertrag und gegebenenfalls den mit ihm verknüpften Kaufvertrag der Anteile an MSR eine Begünstigung der NAG bzw. mittelbar von Mediinvest und damit von den Unternehmern Lindner und Richter erfolgt ist, wofür vieles spricht, so wird dadurch ein Verstoß gegen das Beihilfenverbot des Art. 107 AEUV und die Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV bedingt. Jedenfalls der letztgenannte Verstoß führt gemäß der ständigen Rechtsprechung des BGH zur Nichtigkeit des entsprechenden Vertragswerks nach § 134 BGB. Die Nichtigkeit kann von einem nationalen Gericht festgestellt werden, gegebenenfalls nach Durchführung eines Vorlageverfahrens vor dem EuGH nach Art. 267 AEUV oder nach Einschaltung der Kommission bzw. nach entsprechender Feststellung eines Verstoßes durch die Kommission nach Art. 10 ff. VerfVO (bzw. im Anschluss an ein von der Kommission angestrebtes Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV).

Regensburg, den 14. März 2011



Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.