Rechtsfragen des Baus und Betriebs von Sporthallen

Prof. Dr. Peter Fischer, Düsseldorf

Rechtsanwalt / Vors. Richter am BFH a.D.

Frankfurt, 08.11.2018

I. Sportstättenbau durch Bund, Länder und Gemeinden und die Zivilgesellschaft (Vereine, Verbände)

1. Der Sportstaat Bundesrepublik

Der Sportstaat Bundesrepublik und die ihn konstituierenden organisatorischen, finanziellen und steuerlichen Rahmenbedingungen gehören zu den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen der Bundesrepublik. Die Förderung des Sports ist politisch unbestritten eine Staatsaufgabe. Ebenso wie die Förderung der Kultur ist sie eine freiwillige Gemeinwohlaufgabe, die dadurch gekennzeichnet ist, dass Staat und Gesellschaft nebeneinander zur Aufgabenerfüllung berufen sind – im Falle der Sportförderung unter Wahrung der Autonomie des verbands- und vereinsmäßig organisierten Sports und der Subsidiarität der staatlichen Förderung. Die meisten Landesverfassungen enthalten Sportförderklauseln, die den Sport der Kunst und der Kultur gleichstellen. Die Länder fördern auf der Grundlage von Sportförderungsgesetzen, Förderrichtlinien oder „Solidarpakten" im Rahmen ihrer Kernkompetenz für den Sport schwerpunktmäßig den Bau von Sportstätten, den Schul- und Hochschulsport und institutionell sowie projektgebunden die Sportorganisationen. Sie organisieren die Vergabe öffentlicher Mittel vor allem für den Breitensport durch Sportfördergesetze oder Sportförderrichtlinien. Zu den Aufgaben der Kommunen gehört auch der Bau von Sportstätten – von Fußballstadien über Hallenbäder und anderen Sporthallen bis hin zu Bolzplätzen. Sie fördern auf der Grundlage von Haushaltsbeschlüssen und allgemeinen Richtlinien. Dies wird verstanden als Daseinsvorsorge durch Sportdienstleistungen. Die Verausgabung von Haushaltsmitteln für diese Zwecke setzt freilich voraus, dass aus einem besonderen öffentlichen Interesse das Allgemeinwohl gefördert wird. Die Förderung von kommerziellen Marktteilnehmern ist ausgeschlossen. Öffentlich geförderte Sportanlagen müssen der Allgemeinheit zugänglich sein. Soweit die Vereine und Verbände für den satzungsmäßigen Zweck „Förderung des Sports" Hallen und andere Sportstätten bauen, wird die Förderung der Allgemeinheit durch das steuerliche Gemeinnützigkeitsrecht gewährleistet. Die Benutzung der vereinseigenen Infrastruktur kann zwar an die Mitgliedschaft geknüpft werden. Der Beitritt zu den Vereinen muss aber „der Allgemeinheit" möglich sein. Ein Verein, dessen Tätigkeit in erster Linie seinen Mitgliedern zugute kommt, fördert nicht die Allgemeinheit, wenn er den Kreis der Mitglieder durch hohe Aufnahmegebühren oder Mitgliedsbeiträge (einschließlich Mitgliedsumlagen) klein hält. Der Gesetzgeber darf die Vergabe der Mittel an die Akteure des Sports an konkrete Bedingungen knüpfen und dadurch indirekt auf die Verwendung von Fördermitteln bei den Verbänden und den Vereinen Einfluss nehmen.

2. Marktfreiheit und Daseinsvorsorge

Das europäische Recht verbietet einen staatlichen Eingriff in den Markt durch die Vergabe öffentlicher Gelder („Beihilfen") z.B. für Sportarenen kommerzieller Profi-Fußballclubs, die – im weitesten Sinne – der Unterhaltungsindustrie zuzurechnen sind. Dies wird, wenn Erstligaclubs grenzüberschreitend geschäftlich tätig sind, von der EU-Kommission als Hüterin des Wettbewerbs durch die europäische Beihilfenaufsicht überwacht. Dieses untersagt grundsätzlich staatliche Eingriffe in den Wettbewerb durch Förderung einzelner Marktteilnehmer. Auch das Gemeinnützigkeitsrecht sorgt dafür, dass z.B. die Sportbetriebe der Profi-Ligen als steuerpflichtige wirtschaftliche Geschäftsbetriebe regulär besteuert und auch nicht anderweitig subventioniert werden (unten II.). Ferner wird die Chancengleichheit aller Marktteilnehmer in Gestalt des gleichheitsgerechten und transparenten Zugangs zu öffentlichen Aufträgen gesichert durch das europäisch harmonisierte Vergaberecht. Diese Unterscheidung zwischen dem Amateur- und dem Profisport ist auch von Bedeutung für den Bau von Sportstätten und für deren Überlassung an Sportler durch die Kommunen und die Vereine.

Die „Freiheit des Marktes" muss austariert werden gegenüber den Belangen der Förderung des Allgemeinwohls.

II. Entscheidungen der EU-Kommission und des EuG zur Sportförderung

1. Vorbemerkungen

In steuer- und europarechtlicher Hinsicht gibt es keinen Unterschied zwischen Indoor- und Outdoor- Sportanlagen. Eine diesbezügliche Unterscheidung hätte keine rechtlich tragfähige Grundlage. Eine differenzierende Behandlung der staatlichen Förderung von Frei- und Hallenplätzen eines Tennisclubs wäre unangemessen.

2. Gemeinnützige Daseinsvorsorge und Wettbewerbsordnung

Der Wettbewerb zwischen gemeinnützigen Anbietern von Sportdienstleistungen und den kommerziellen Konkurrenten ist auch im Kernbereich des Freizeit- und Amateursports ein zentrales Problem des deutschen wie auch des europäischen Rechts. Ein gemeinnütziger Sportverein, der im Leistungsaustausch gegen den Mitgliedsbeitrag seinen Mitgliedern Sportanlagen – den Golf-, Fußball- oder den Tennisplatz – überlässt, erbringt entgeltliche Sportdienstleistungen, er ist auch im Sinne des Umsatzsteuerrechts „Unternehmer". Im Bereich des Amateur- und Freiheitsports werden die Leistungen des Vereins in einem unternehmerischen „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb" erbracht, der allerdings für die Ertragsteuern als sog. Zweckbetrieb steuer- und subventionsrechtlich begünstigt ist (§ 65 AO). Gesetzliche Voraussetzung ist, dass „der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zu nicht begünstigten Betrieben derselben oder ähnlicher Art nicht in größerem Umfang in Wettbewerb tritt, als es bei Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke unvermeidbar ist" (§ 65 Nr. 3 AO). Lange Zeit war streitig, ob diese Begünstigung mit europäischem Recht vereinbar ist.

3. Die Förderung der DAV-Gruppe

Dies führt immer wieder zu Konflikten zwischen den gemeinnützigen Organisationen und den gewerblichen Anbietern gleichartiger Leistungen. Ein Beispiel sind die Auseinandersetzungen zwischen der Berliner Sektion des gemeinnützigen Deutschen Alpenvereins (DAV) und dem Verband der gewerblichen Kletterhallen. Die Sportanlage des DAV wird durch das Sportfördergesetz des Landes Berlin subventioniert, nicht hingegen eine gewerblich betriebene Halle. Besagter Verband ging hiergegen gerichtlich vor. Er brachte sinngemäß vor, der DAV wildere im Geschäftsfeld und Kundenkreis seiner Mitglieder und flüchte sich darüber hinaus in die „Steueroase der Gemeinnützigkeit". Die wegen dieses Konflikts angerufene EU-Kommission hat die Wettbewerbsbeschwerde im Ergebnis abgewiesen und zur Begründung ausgeführt:

„Die Maßnahmen dienen eindeutig der Förderung des Amateur- und Breitensports und dem Zugang zu den entsprechenden Angeboten. Nach Art. 165 AEUV trägt die Union zur Förderung des Sports bei und berücksichtigt dabei dessen besonderen Merkmale, dessen auf freiwilligem Engagement basierende Strukturen sowie dessen soziale und pädagogische Funktion. Mit der in Rede stehenden Finanzierung sollen der Kletter-sport, damit verbundene pädagogische Tätigkeiten und das gesellschaftliche Leben von Amateursportlern einschließlich von Jugendlichen in Vereinen, deren Mitglieder sich auf freiwilliger Basis engagieren, gefördert werden. . . . Außerdem sind die DAV-Sektionen nicht gewinnorientiert und fest in der deutschen Gesellschaft verankert; jeglicher Gewinn wird in den Sport und in Bildungs- und Ausbildungsmaßnahmen investiert." Die Beihilfemaßnahmen, so fährt die Kommission fort, seien ein „erforderliches und geeignetes Instrument", da sie der öffentlichen Kofinanzierung und der Behebung eines Marktversagens dienten. Die Kommission räumte ein, dass die Eröffnung eines DAV-Kletterzentrums zu Einkommenseinbußen bei bereits bestehenden gewerblichen Betreibern führen könne. „Es ist allerdings unwahrscheinlich, dass der gewerbliche Betreiber der gemeinnützigen Aufgabe gerecht wird, Kletteranlagen zu erschwinglichen Eintrittspreisen anzubieten." Die Bestimmungen des nationalen Rechts könnten einen Interessenausgleich gewährleisten.

Das Europäische Gericht Erster Instanz (EuG) hat die hiergegen gerichtete Klage abgewiesen. Die Verfolgung eines Ziels des Allgemeininteresses – hier: die Förderung der europäischen Dimension des Sports i.S.v. Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV – könne die Beihilfe nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV rechtfertigen. Nach der Entscheidung der Kommission weise „die Förderung des Breitensports über gemeinnützige Vereine pädagogische und soziale Vorteile auf" und bringe „positive Nebeneffekte mit sich, u.a. dadurch, dass sie die Durchführung zusätzlicher Aktivitäten ermöglicht, wie die Benutzung der Anlagen durch Schulen und andere öffentliche Einrichtungen". Die Förderung sei daher auch europarechtlich zulässig.

4. Förderung von Outdoor-Sportanlagen in Tschechien – Entscheidung der EU-Kommission v. 11.06.2014

Ein gewerbliches Unternehmen, das Sportdienstleistungen – vor allem die Vermietung von Sportanlagen (Tennis-, Squash-, Volleyballhallen) und Zusatzleistungen – im Bereich des Freizeitsports anbietet, hatte sich bei der EU-Kommission über die staatliche und kommunale Förderung des Baus, des Betriebs, der Unterhaltung, der Modernisierung und Entwicklung von Sportanlagen beschwert. Zuwendungsempfänger waren Non-profit-Organisationen – Vereine und Verbände mit dem Status von *associations serving to a public interest* zur Förderung des Breiten- und Amateursports, die in erster Linie für ihre Mitglieder Sportdienstleistungen erbringen. Es ging um ein Fördervolumen von insgesamt 110 Mio. € (2013) für ca. 17 300 Sportvereine. Die Förderung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe („*commercial activities*") ist durch die Förderbedingungen ausgeschlossen. Die tschechische Regierung hatte u.a. vorgetragen, die geförderten Vereine seien die Pfeiler des Breitensports und der Talentförderung. Die Leistungen der Vereine seien nicht gewinnbringend („*profitgenerating*"). Die EU-Kommission bejahte den Tatbestand der Beihilfe i.S. von Art. 107 Abs. 1 AEUV. Sie hat aber auf der Ermächtigungsgrundlage des Art. 107 Abs. 3 AEUV die Sportförderung genehmigt, weil deren Vorteile die Nachteile durch den Eingriff in den Wettbewerb überwögen. Das EuG hat dies gebilligt: Die öffentliche Kofinanzierung wirke einem Marktversagen entgegen. Denn ohne die staatlichen Subventionen gäbe es die Sportanlagen der Vereine nicht. Die Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und auf den Wettbewerb liefen nicht dem gemeinsamen europäischen Interesse zuwider, zumal es nicht um kommerziellen Sport gehe, sondern um Amateursport für die breite Öffentlichkeit, für Schulen und Behinderte. Im Übrigen betreffe die geprüfte Beihilfe schwerpunktmäßig ein lokales und regionales Marktgeschehen und sei daher kein europäisches Problem.

5. Entscheidung der Kommission v. 09.08.2016 „BLSV-Sportcamp Nordbayern" des Bayerischen Landes-Sportverbandes

In dieser Entscheidung der EU-Kommission (hierzu Fischer, npoR 2017, 140 ff.) ging es um die staatliche Förderung des vom gemeinnützigen BLSV Nordbayern gebauten und betriebenen Campus mit Sporteinrichtungen, der in erster Linie von Sportvereinen und Schulen genutzt werden soll. Der Campus war ausgestattet u.a. mit einer Dreifeldsporthalle, Kunstrasenspielfeld, Fitnessraum, Innen- und Außenkletterwand, Beach-Volleyballfeld und mit Übernachtungs-Infrastruktur. In dieser Entscheidung ging die EU-Kommission einen Schritt weiter als im Fall der DAV-Kletterhalle. Es heißt nunmehr eindeutig: „Sportvereine werden nur dann als Unternehmen angesehen, wenn sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Die Ausübung von Amateursport in einem gemeinnützigen Verein ist keine wirtschaftliche Tätigkeit." In diesem Fall, so die Kommission, könnte nur die Bereitstellung eines Trainingscamps für Individualreisende eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen. Auch hier seien die Tätigkeiten des Sportcamps und des BLSV wegen der Ausrichtung auf einen lokalen Markt nicht geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die Kommission gelangte daher zu dem

Ergebnis, dass es sich bei der in Rede stehenden Maßnahme nicht um eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt.

6. Einschränkung des Beihilfebegriffs bei „Vorhaben von lokaler Bedeutung"

Sieben Entscheidungen der EU-Kommission vom 29.04.2015 zur „Förderung rein lokaler Vorhaben", bei denen nicht mit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten zu rechnen ist, waren dieser eine zusammenfassende Pressemitteilung wert: „Die Kommission gibt Orientierungshilfe zur Zulässigkeit der Gewährung lokaler staatlicher Fördermaßnahmen ohne vorherige Genehmigung der Kommission." „Vorhaben mit rein lokalen Auswirkungen" wirken sich nicht auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten aus, wenn der Beihilfeempfänger Güter bzw. Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem einzigen Mitgliedstaat anbietet und somit wahrscheinlich keine Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anzieht. Eine der Entscheidungen betraf die Glenmore Lodge - National Outdoor Training Centre in Schottland – ein weiterer „UK member-owned golf club". Das National Training Centre Glenmore Lodge und der Golfclub agieren nach britischem Recht in einem Rechtsrahmen, der im Wesentlichen mit dem deutschen Gemeinnützigkeitsrecht vergleichbar ist.

III. Art. 55 AGVO – Beihilfen für Sportinfrastrukturen

Nach Einschätzung der Kommission ergänzen die Beschlüsse der EU-Kommission v. 29.04.2015 die im Jahre 2014 erlassene geänderte Allgemeine Gruppenfreistellungs-Verordnung Nr. 651/2014 (AGVO), durch die der Anwendungsbereich der Freistellungen von der Pflicht zur vorherigen Genehmigung durch die EU-Kommission erheblich ausgeweitet wurde. Die AGVO regelt umfängliche „allgemeine" Bedingungen für Beihilfen sowie besondere Anforderungen für einzelne Beihilfekategorien (Kapitel 3 der Verordnung). Sie beschreibt die politische Zielrichtung der Entscheidungen wie folgt: „Damit wird das allgemeine Ziel verfolgt, den Verwaltungsaufwand für Behörden und Unternehmen weiter zu verringern und die Ressourcen der Kommission auf die Durchsetzung der Beihilfevorschriften in den Fällen mit der größten Auswirkung auf den Binnenmarkt zu konzentrieren." Art. 55 der AGVO betrifft den Bau oder die Modernisierung von „Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitstrukturen". Beispiele für Sportinfrastrukturen sind: Turnhallen, Schwimmbäder, Kletterhallen, Kunsteisbahnen, Reithallen, Begegnungszentren.

Allerdings ist die AGVO nicht auf den „normalen" Sportverein bzw. Sportverband zugeschnitten, sondern auf die Konstellation, dass staatlich geförderte Sportanlagen wie Stadien und Multifunktionsarenen dem Profisport und zugleich dem Breitensport zur Nutzung zur Verfügung gestellt werden. Die Sportinfrastruktur darf nach der AGVO mit Investitionsbeihilfen bis 30 Mio. € oder bei Gesamtkosten bis 100 Mio. € pro Vorhaben gefördert werden; dies sind die Werte in der Fassung der VO (EU) 2017/1084. Für die EU war maßgebend, dass Beihilfen für Sportinfrastrukturen begrenzte negative Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Wettbewerb haben. Die Infrastruktur darf nicht ausschließlich von einem einzigen Profisportnutzer genutzt werden. Auf die Nut-

zung der Sportinfrastruktur durch andere Profi- oder Amateursportnutzer müssen jährlich mindestens 20 % der verfügbaren Nutzungszeiten entfallen. Wird die Infrastruktur von mehreren Nutzern gleichzeitig genutzt, so sind die entsprechenden Anteile an den verfügbaren Nutzungszeiten zu berechnen. Unternehmen, die mindestens 30 % der Investitionskosten der Infrastruktur finanziert haben, können einen bevorzugten Zugang zu günstigeren Bedingungen erhalten. Die Nutzungspreise und –bedingungen müssen öffentlich bekannt gemacht werden. Umfängliche Überwachungsmaßnahmen werden nunmehr von der EU auf die Ebene der Mitgliedstaaten verlagert.

IV. Vergaberecht

Zum Vergaberecht das folgende Beispiel aus der Praxis. Eine Stadt unterhält in Wahrnehmung ihrer kommunalen Pflichtaufgaben ein Hallenbad. Sie will einen Betreibervertrag mit einem gemeinnützigen Sportverband abschließen. Die vergaberechtliche Frage ist: Geht dies „freihändig" oder muss dieser Vertrag, wenn er einen bestimmten Schwellenwert überschreitet, europaweit ausgeschrieben werden? Das OLG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 13.12.2017 entschieden: Auch unterhalb der Schwellenwerte und unterhalb einer Binnenmarktrelevanz ist ein Vertrag über Überlassung eines Grundstücks zwecks Betriebs von Sport- und Freizeitanlagen in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben. Es ging darum, dass die öffentliche Hand einem gemeinnützigen Verein eine in ihrem Eigentum stehende Teilfläche des ehemaligen Freibadgeländes von etwa 10.500 qm überlassen wollte. Der Verein soll die auf dem Gelände vorhandenen Freizeitanlagen ausbauen und unterhalten und der Öffentlichkeit im Wesentlichen unentgeltlich zur Verfügung stellen. Ein Antrag einer – angeblichen – Konkurrentin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hatte keinen Erfolg, weil diese nicht hinreichend glaubhaft gemacht hatte, ein eigenes Interesse am Vertragsschluss zu haben. Der Fall wirft gleichwohl Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf.

Das im Jahre 2014 modernisierte EU-Vergaberecht (Richtlinie 2014/24/EG) erlaubt, bei der Vergabe „strategische", u.a. umweltbezogene und soziale Aspekte zu berücksichtigten, sofern diese in Bezug zum Vertragsgegenstand sowie im Verhältnis zu den Vertragsanforderungen stehen und die Grundsätze eines angemessenen Preis-Leistungs-Verhältnisses und des freien Zugangs für alle EU-Lieferanten gewahrt sind. Diese sog. strategische Vergabe, die einen Beitrag leistet zur sozialen Inklusion und zur wirtschaftlichen und ökologischen Nachhaltigkeit, ist durch § 97 Abs. 3 GWB in deutsches Recht umgesetzt worden. Derzeit wird die Frage diskutiert, ob auf dieser Grundlage berücksichtigt werden kann, dass ein Sportverein als zivilgesellschaftlicher Anbieter in besonderem Maße sachkundige, engagierte und mit den örtlichen Verhältnissen vertraute Ehrenamtler einsetzt. In Deutschland ist dieses Problem noch nicht wahrgenommen worden.

Diese Frage ist m.E. zu bejahen. Dies wird bestätigt durch die Haushaltsordnung der EU, die freilich nur für die durch sie selbst vergebenen Aufträge gilt. Das EU-Haushaltsrecht gibt hierzu eine klare Antwort: Der öffentliche Auftraggeber kann das Verhandlungsverfahren (*negotiated procedure*) auf der Grundlage eines einzigen An-

gebots unter den Voraussetzungen in Anspruch nehmen, dass die Leistungen von öffentlichen Einrichtungen, gemeinnützigen Einrichtungen oder Idealvereinen erbracht werden sollen.

V. Umsatzsteuer

Die entgeltliche Überlassung von Sportinfrastruktur vor allem durch Kommunen, insbesondere von Sporthallen birgt besondere umsatzsteuerrechtliche Probleme. Im Falle des BFH-Urteils v. 15.12.2016 - V R 44/15 hatte eine Gemeinde ein Sportzentrum bestehend aus einer Dreifeldturnhalle, einem Verbindungsbau und einem Freizeitbad gebaut. Sie vermietete die Halle mit Gastronomiekomplex an eine GmbH. Ferner übertrug sie der GmbH den Betrieb des Sportzentrums und des Sportbads auf eigene Rechnung. Die Gemeinde verpflichtete sich, den gesamten handelsrechtlichen Verlust der GmbH auszugleichen. Die GmbH zahlte an die Gemeinde eine Miete von monatlich ca. 6.000 €. Die Gemeinde ihrerseits leistete Verlustausgleichszahlungen zwischen 350.400 € und 663.582,69 € jährlich. Zwischen der Gemeinde und dem Finanzamt kam es zum Streit darüber, ob die dauerdefizitäre Vermietung eine „wirtschaftliche Tätigkeit" ist und daher in den Anwendungsbereich des UStG fällt. Sollte dies zu verneinen sein, hätte die Gemeinde keinen Anspruch auf Erstattung der ihr von den Bauunternehmern in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer in Höhe von insgesamt 1,8 Mio. € (sog. Vorsteuer). Der BFH hat den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückverwiesen, die nunmehr zu prüfen hat, ob die Gemeinde „unternehmerisch" tätig ist. Zwischenzeitlich war ein Urteil des EuGH ergangen, nach welchem es an der für die Unternehmereigenschaft erforderlichen Grundvoraussetzung der wirtschaftlichen (unternehmerischen) Tätigkeit fehlt, wenn eine Gemeinde mit den von ihr vereinnahmten Mieterträgen nur einen kleinen Teil ihrer Kosten deckt. Werden die Kosten nur zu einem geringen Teil aus Einnahmen und im Übrigen mit öffentlichen Mitteln finanziert, deutet diese Asymmetrie zwischen den Betriebskosten und den als Gegenleistung erhaltenen Beträgen darauf hin, dass kein Leistungsentgelt und auch keine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen. Dies zeigt: Derartige Fälle führen in die hochkomplexen Grundlagen des Umsatzsteuerrechts. Im Zweifel wird die Kommune bei der Planung von Sportinfrastruktur kompetenten steuerlichen Rechtsrat einholen müssen.

VI. Fazit

Das deutsche und – auf der Grundlage des Art. 165 Abs. 2 AEUV (s. oben II. 3.) – das europäische Recht sind sportfreundlich. Beim Bau und Betrieb von Sportinfrastruktur für den Amateur- und Breitensport sind die beihilferechtlichen Probleme zum Vorteil der Sportvereine und –verbände gelöst worden. Der Staat begünstigt nicht die kommerziell erbrachten Sportdienstleistungen und den Profisport. Im Vergabe- und im Umsatzsteuerrecht gibt es noch ungelöste Probleme.

Prof. Dr. Peter Fischer*

Zur Beihilfesache BLSV-Sportcamp Nordbayern – entsteht eine Bereichsausnahme für gemeinnützige Vereine?

I. Sachverhalt und Gründe der Entscheidung der EU-Kommission

Deutschland hatte einen staatlichen Zuschuss für den Bau eines Sportcamps aus Gründen der Rechtssicherheit bei der Kommission zur Genehmigung angemeldet. Begünstigter der Maßnahme und Betreiber des Sportcamps ist der gemeinnützige Bayerische Landes-Sportverband eV (BLSV), der seine Mitglieder – einzelne Sportvereine und Sportfachverbände – im Rahmen einer umfassenden satzungsmäßigen Förderung des Sports gegenüber Staat und Gesellschaft vertritt. Der BLSV betreibt drei weitere Sportcamps in Bayern. Die Kommission ist zu dem Ergebnis gelangt, dass es sich bei der geprüften Maßnahme nicht um eine staatliche Beihilfe iSd Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt.

Das Land Bayern und die Stadt Bischofsgrün haben den Bau des nahe Bayreuth gelegenen „Sportcamp Nordbayern" mit 20,76 Mio. Euro aus ihren Haushalten bezuschusst. Gefördert wurden unter anderem die folgenden Einrichtungen: Dreifeldsporthalle, Kunstrasenspielfeld, Fitnessraum, Innen- und Außenkletterwand, Beach-Volleyballfeld, multifunktionaler Gymnastikraum, Regenerationsbereich mit Sauna und Massageraum und Sitzungs-/Seminarraum, die Übernachtungsinfrastruktur mit 110 Zimmern und 299 Betten, die auch eine Versorgung mit Vollpension umfasst. Die einfache Ausstattung der Räume orientiert sich am Standard einer Jugendherberge. Bei der Planung wurde mit folgender Nutzerstruktur gerechnet (in % der Übernachtungen): 30 % Schulen, 28 % gemeinnützige Sportvereine, 14 % Übungsleiterausbildungen, ferner 28 % sonstige Nutzer, die aus kirchlichen und sozialen Trägern kommend das Camp für Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen nutzen. Maximal 4 % der Übernachtungen entfallen auf ausländische Besucher im Rahmen von nicht auf Gewinnerzielung gerichteten internationalen Sportveranstaltungen und Studentenaustauschprogrammen. Die Übernachtungsinfrastruktur ist nicht auf Individualreisende ausgerichtet und wird nicht als Hotel/Pension genutzt. Freie Plätze können Individualreisenden kurzfristig und ohne Möglichkeit der Vorbuchung angeboten werden. Eine „private" Nutzung der Einrichtungen wird weder gefördert noch beworben.

Die deutschen Behörden haben gegenüber der Kommission umfänglich vorgetragen, dass sich die Bezuschussung nicht derart auf den Handel auswirkt, dass der Wettbewerb zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird.

In der Würdigung der Maßnahmen nach Art. 107 AEUV führt die Kommission zum Tatbestandsmerkmal „wirtschaftliche Tätigkeit" kurz und bündig aus:[1] „Sportvereine werden nur dann als Unternehmen angesehen, wenn sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Die Ausübung von Amateursport in einem gemeinnützigen Verein ist keine wirtschaftliche Tätigkeit. In diesem Fall könnte nur die Bereitstellung eines Trainingscamps für Individualreisende eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen, da sich alle übrigen Tätigkeiten auf die schulische Bildung und die Ausübung von Amateursport in einem gemeinnützigen Verein beschränken. [...] Die einzige wirtschaftliche Tätigkeit in diesem Fall ist [...] die gelegentliche kurzfristige Vermietung freier Zimmer an Individualreisende". Dieser „privaten Nutzung" seien organisatorisch und durch die Rechtsvorschriften über gemeinnützige Vereine (§ 21 BGB, §§ 51 ff. AO) „enge Grenzen gesetzt".

Trotz der geographischen Lage am Rande der Republik kommt die Kommission zu dem Ergebnis: Wegen „des sehr geringen Umfangs der wirtschaftlichen Tätigkeit", der Ausrichtung des Sportcamps auf einen lokalen Markt und angesichts der gemeinnützigkeitsrechtlichen Restriktionen für wirtschaftliche Geschäftsbetriebe ist die Tätigkeit des Sportcamps „weder geeignet, es durch Beibehaltung oder Ausweitung des örtlichen Angebots für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten schwieriger zu machen, in den Markt einzutreten oder von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen, noch geeignet, mehr private Nutzer aus dem Ausland anzuziehen". Die Maßnahme, soweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit betrifft, wird nicht „mehr als allenfalls marginale Auswirkungen auf die Bedingungen für grenzüberschreitende Investitionen oder die grenzüberschreitende Niederlassung haben". Auch dem BLSV als Gruppe, so die Kommission, werde kein Wettbewerbsvorteil verschafft, da alle ihre Sportcamps denselben Vorschriften und gesetzlichen Grenzen für gewerbliche Einnahmen aus wirtschaftlichen Tätigkeiten [unterliegen], die für den BLSV als Ganzes gelten".

Die EU-Kommission hat die Anmeldung auf der Grundlage des Art. 4 Abs. 1 der VO (EU) 2015/1589 geprüft. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass die beurteilte Fördermaßnahme keine staatliche Beihilfe iSd Art. 107 Abs. 1 AEUV ist; dies hat sie durch Beschluss nach Art. 4 Abs. 2 der VO (EU) 2015/1589 festgestellt.

II. Gemeinnützige Dienstleistungen und Wettbewerbsordnung – Fallbeispiele

Die EU-Kommission setzt einen Schlusspunkt unter eine Entwicklung, mit der die zweckbetrieblichen Sportdienstleistungen aus dem „europäischen Zugwind" (*W. Rainer Walz*) des Beihilferechts genommen werden.

Die Kommission bezieht sich auf ihre Entscheidung zu der Kletterhalle des gemeinnützigen Deutschen Alpenvereins (DAV) Sektion Berlin.[2] Der Verband der gewerblichen Klet-

* Prof. Dr. *Peter Fischer* ist Vorsitzender Richter am BFH a. D., Honorarprofessor an der Universität Bielefeld und Rechtsanwalt in Düsseldorf.

1 Rn. 24 f. und 29 f., unter Berufung auf die EU-Kommission v. 14.12.2011 – C(2011) 7287 final – SA.31722 – Ungarn – Steuervergünstigungen zur Förderung des ungarischen Sportsektors, Erwägungsgrund 74; sowie EU-Kommission v. 5.12.2012 – C(2012) 8761 final – SA.33952 (2012/NN – Deutschland – „Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins") Rn. 47.

2 EU-Kommission v. 5.12.2012 – C(2012) 8761 final – SA.33952 (2012/NN – Deutschland – „Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins"); hierzu *P. Fischer*, npoR 2013, 58 sowie *P. Fischer*, jurisPR-SteuerR 21/2013 Anm. 1.

terhallen hatte sich über den DAV wegen seiner durch das Sportförderprogramm des Landes Berlin subventionierten Kletterhalle beschwert. In der in Bezug genommenen Begründungserwägung hatte die Kommission ausgeführt, Deutschland habe keinen Beweis dafür vorgelegt, dass ausschließlich DAV-Mitglieder oder Mitgliedschaftsanwärter der betreffenden Sektion Zugang zu DAV-Kletterzentren haben. Aus diesem Grunde sei nicht auszuschließen, dass die Nutzung von DAV-Kletterzentren „durch die breite Öffentlichkeit gegen ein Eintrittsgeld unter den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit falle". Ferner hatte die Kommission den Dachverband des DAV und dessen Sektionen „als eine einzige Gruppe" und in dieser Konstellation als Unternehmen iSd Art. 107 Abs. 1 AEUV beurteilt. Sie verfüge über keine Informationen, dass die sonstige gewerbliche Tätigkeit der DAV-Gruppe – Kletter- und Skikurse, Hotel- und Gaststättenbetrieb in Berghütten, Reiseveranstaltung – klar vom Betrieb der Kletterhallen für die Mitglieder getrennt sei. Die Kommission hat die unternehmerische Tätigkeit auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen. Es sei insoweit ein Marktversagen festzustellen, als Sportvereine in der Regel nicht in der Lage seien, ohne öffentliche Mitfinanzierung nur mit ihren eigenen Mitteln die Kosten der Sportanlagen zu finanzieren. Die Beihilfe für den DAV sei ein erforderliches und geeignetes Instrument, um das Vorhandensein angemessener Anlagen für den Amateursport in Deutschland sicherzustellen. Die staatlichen Maßnahmen dienten eindeutig der Förderung des Amateur- und Breitensports und dem Zugang zu den entsprechenden Angeboten. Dies entspreche dem in Art. 165 Abs. 1 S. 2 AEUV formulierten Unionsziel. Die DAV-Sektionen seien „nicht gewinnorientiert und fest in der deutschen Gesellschaft verankert; jeglicher Gewinn (werde) in den Sport und in Bildungs- und Ausbildungsmaßnahmen investiert."

Das EuG hat die Ausübung des Ermessens durch die EU-Kommission als rechtens bestätigt.[3] Die Förderung der europäischen Dimension des Sports iSd Art. 165 Abs. 1 S. 2 AEUV könne die Beihilfe nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV rechtfertigen. Die Klägerin erkenne das Unionsziel letztlich nicht an, wenn sie vortrage, auch sie verwirkliche mit strikt identischen Aktivitäten dieses Ziel. Sie biete Sportdienstleistungen mit Gewinnorientierung „und von anderer Art" an.

Auf dieser Linie liegt ein weiterer Fall aus dem Bereich des Sports. Gewerbliche Sportstättenbetreiber hatten bei der Kommission Beschwerde geführt gegen ein Förderprogramm der Tschechischen Republik zugunsten der Tennis- und Volleyballplätze im Eigentum gemeinnütziger Sportvereine.[4] Auch in diesem Falle wurde die Tschechische Sport-Union (CUS) als Unternehmen iSd Art. 107 Abs. 1 AEUV, das möglicherweise weitere wirtschaftliche Aktivitäten betrieb, in den Blick genommen. Die Kommission hat die Sportförderung als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen (Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV). Zur Begründung folgt sie im Wesentlichen der Argumentation ihrer Entscheidung zur Kletterhalle des DAV Sektion Berlin. Das EuG hat die hiergegen gerichtete Klage abgewiesen.[5]

Ein weiterer Fall spielte im schottischen Hochland: Gewerbliche Funsport-Veranstalter machten Front gegen staatlicherseits gewährte Privilegien für die gewinnzweckfrei tätige „National Outdoor Training Centre Glenmore Lodge", die Lehrgänge in „mountain skills, mountain biking, Bergwandern und Orientierung" anbietet. Die Kommission hat entschieden, dass die Glenmore Lodge mit ihren Sportdienstleistungen nicht zu einer grenzüberschreitenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt.[6]

Und zuletzt: Die A & O Hotels and Hostels Holding AG hatten sich bei der EU-Kommission darüber beschwert, dass das Deutsche Jugendherbergswerk (DJH) auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene staatliche Zuwendungen für Investitionen in hotelähnliche Leistungen erhält und zusätzlich von der Körperschaft- und der Umsatzsteuer befreit ist. Die Beschwerde hatte keinen Erfolg. Die EU-Kommission hat aufgrund von rechtsgeschichtlichen Recherchen festgestellt, dass die Steuerbegünstigung des Zweckbetriebs „Jugendherberge" (§ 68 Nr. 1 Buchst. b AO) eine bestehende Beihilfe iSd Art. 1 der VO (EG) Nr. 659/1999 ist (jetzt: Verordnung (EU) 2015/1589 – Beihilfeverfahrensordnung).[7]

In allen genannten Fällen hatten die Beschwerdeführer vorgetragen, die privilegierten Mitbewerber nähmen ihnen die Kunden weg und – salopp ausgedrückt – flüchteten sich darüber hinaus „in die Steueroase der Gemeinnützigkeit". Begünstigt waren jeweils gemeinnützige Körperschaften oder solche Organisationen, die nach dem Recht des Sitzstaates einen vergleichbaren Status hatten.

III. Die rechtlichen Stellschrauben

1. Zum Rechtsbegriff „Unternehmen" iSv Art. 107 Abs. 1 AEUV

Das EuGH-Urteil in der Rechtssache Kennemer Golf& Country Club hat der deutschen Fachwelt die Augen dafür geöffnet, dass ein Sportverein, der seinen Mitgliedern gegen Mitgliedsbeiträge – vor allem hochwertige – Sportanlagen zur Nutzung überlässt, unternehmerisch tätig ist. Diese Perspektive ist umsatzsteuerrechtlich und wirtschaftlich richtig. Ein gemeinnütziger Sportverein, der in seinem Vereinscenter für seine Mitglieder Fitnessgeräte, Kletterwände oder sonstige Sportinfrastruktur bereithält, bietet diesen wirtschaftliche Leistungen an, die zum Kerngeschäft auch gewerblicher Anbieter gehören. Bereits angesichts dieser Wettbewerbssituation trifft die Annahme zu, dass sich die Vereine am Markt der Sportdienstleistungen betätigen und deswegen Unternehmer sind. Sie unterhalten wirtschaftliche Geschäftsbetriebe (§ 64 Abs. 1 AO), die, wenn die Leistungen den Mitgliedern erbracht werden, als Zweckbetriebe privilegiert sind (§ 65 AO).

Lange Zeit schien es unausweichlich, dass damit zwangsläufig auch das Tatbestandsmerkmal „Unternehmen" iSd Art. 107 Abs. 1 erfüllt ist. Denn „wirtschaftliche Tätigkeit" ist jegliches Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt, unabhängig davon, ob die Einrichtung mit dem Ziel der Erwirtschaftung von Gewinnen betrieben wird.[8] Der bloße Umstand, dass eine Maßnahme ein „soziales Ziel" oder eine pia causa – auch im Sinne von „ideell" – verfolgt, reicht nicht aus, um eine staatliche För-

3 EuG Urt. v. 9.6.2016 – T-162/13, BeckRS 2016, 81246; Anm. *P. Fischer*, jurisPR-SteuerR 34/2016 Anm. 2.

4 EU-Kommission v. 11.6.2014 – C(2014) 3602 final – SA.33575 (2013/NN) – Czech Republic – Support from central government to non-profit sport facilities.

5 EuG Urt. v. 12.5.2016 – T-693/14, BeckEuRS 2016, 473111.

6 EU-Kommission v. 29.4.2015 – C(2015) 2799 final – SA.37963 – Schottland – mutmaßliche Beihilfe Glenmore Lodge – National Outdoor Training Centre.

7 EU-Kommission v. 26.10.2015 – SA.33206 (2015/NN) – C(2015) 7225 final – Deutschland – mutmaßliche rechtswidrige staatliche Beihilfe zugunsten des Deutschen Jugendherbergswerks.

8 EU-Kommission „DAWI-Mitteilung" v. 11.1.2012 – 2012/C 8/02, ABl. EU C 8/4, Rn. 6 ff.; Erwägungsgrund Nr. 4 zu De-minimis-VO (EU) Nr. 1407/2013.

derung von vornherein von der Einordnung als Beihilfe auszunehmen.[9] Auch gemeinnützige Organisationen sind Unternehmer, wenn und soweit sie mit ihren zweckbetrieblichen Leistungen (§§ 65 ff. AO) mit Wirtschaftsteilnehmern konkurrieren, „die einen Erwerbszweck verfolgen".[10]

Die Praxis der Kommission zu Leistungen im sogenannten inneren Markt der Non-Profit-Organisationen war zögerlich.[11] In der Begründungserwägung Nr. 74 zur AVGO heißt es: „Im Sportsektor stellen einige Maßnahmen der Mitgliedstaaten möglicherweise keine staatlichen Beihilfen dar, etwa weil der Begünstigte keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder keine Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten vorliegen. Dies könnte unter bestimmten Umständen bei Beihilfemaßnahmen der Fall sein, die einen rein lokalen Charakter haben oder [!] im Bereich des Amateursports gewährt werden [...]". In dem Prüfverfahren „Kletterhalle des DAV" war dies nicht zu entscheiden, weil die DAV-Gruppe Deutschland ebenso wie die nationale Sportunion in Tschechien insgesamt als Unternehmen im Rechtssinne beurteilt wurde. Eine andere rechtliche Beurteilung, so die Kommission, wäre möglich gewesen, wenn Deutschland bewiesen hätte, „dass ausschließlich DAV-Mitglieder oder anerkannte Mitgliedschaftsanwärter Zugang zu DAV-Kletterzentren hätten". Weiter heißt es: Werden die Vergünstigungen durch „ausschließlich auf Ortsebene tätige" Sportvereine in Anspruch genommen, liege keine Beihilfe vor, „wenn die Begünstigten keinen gewerblichen Tätigkeiten nachgehen oder es keine Auswirkungen auf Wettbewerb oder Handel gibt." Dies konnte nur dahin verstanden werden, dass das ideelle „Kerngeschäft" des Vereins – also die Überlassung von Sportanlagen an die Mitglieder gegen Beitragszahlung – abweichend von der umsatzsteuerlichen Betrachtung nicht „unternehmerisch" im Sinne des Beihilferechts ist.

Diese Tendenz hat sich auch in der Entscheidung zur Sportförderung in Tschechien fortgesetzt. Die Entscheidung der Kommission vom 20.4.2015[12] zu den britischen Community Amateur Sports Clubs (CASC) – am Beispiel eines „Golfclub im Eigentum der Mitglieder" – ist insofern bemerkenswert, weil die Kommission ein Leistungsverhältnis zwischen den Clubs und seinen Mitgliedern nicht in den Blick nimmt und deswegen das unzweifelhaft anzunehmende Wettbewerbsverhältnis zwischen den CASCs und den auf Gewinnerzielung gerichteten – gewerblichen – Clubs für ihre Entscheidung keine Rolle spielt.

Mit ihrer Entscheidung zum Sportcamp Nordbayern schafft die Kommission endgültige Klarheit: Die gemeinnützigen Vereine werden gegenüber ihren Mitgliedern nicht als „Unternehmen" tätig.

2. Keine Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen Mitgliedstaaten

Ferner ist die Kommission der Auffassung, dass die Tätigkeiten des Sportcamps und des BLSV nicht geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Damit setzt die EU-Kommission ihre Entscheidungslinie zur Verneinung des grenzüberschreitenden Wettbewerbs fort, die in sieben richtungweisenden Entscheidungen vom 29.4.2015 zur Präzisierung des den Beihilfebegriff einschränkenden Merkmals „Vorhaben von lokaler Bedeutung" begonnen wurde. Nach der hierzu veröffentlichten Presseerklärung der Kommission[13] ergänzen die Beschlüsse die im Mai 2014 erlassene geänderte AGVO 651/2014. Die Kommission will den Verwaltungsaufwand für Behörden und Unternehmen weiter verringern und die Ressourcen der Kommission auf die Durchsetzung der Beihilfevorschriften in den Fällen mit der größten Auswirkung auf den Binnenmarkt konzentrieren. Weitere Beispiele für Fälle, in denen die Kommission angesichts der besonderen Umstände des Einzelfalls davon ausging, dass die staatliche Förderung nicht geeignet war, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinflussen, sind in der Bekanntmachung der Kommission vom 19.7.2016[14] zum Begriff der staatlichen Beihilfe iSd Art. 107 Abs. 1 AEUV aufgelistet.

3. Altbeihilfen

Die Feststellung der Kommission, dass die Begünstigung des DJH eine „bestehende Beihilfe" (Altbeihilfe) iSd Art. 108 Abs. 1 S. 1 AEUV ist, stimmt inhaltlich überein mit den Entscheidungen des BFH vom 27.11.2013[15] zu § 66 AO und vom 10.8.2016[16] zur Steuersatzermäßigung für Jugendherbergen gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 8 Buchst. a S. 1 und S. 2 UStG iVm §§ 64, 68 Nr. 1 Buchst. b AO. Bei bestehenden Beihilfen gibt es weder eine Verpflichtung zur Notifizierung noch ein Durchführungsverbot. Es besteht keine Vermutung, dass nationale Maßnahmen nach Art. 107 AEUV unzulässig sind oder dass ein nationales Gericht tätig werden muss, damit sie nicht angewandt werden. Auch das nationale Gericht kann die Beihilferegelung anwenden, solange die Kommission keine Entscheidung gemäß Art. 15 Abs. 1 VO (EU) 2015/1589 erlassen hat. Art. 108 Abs. 1 AEUV überträgt der Kommission die Feststellung – vorbehaltlich der Kontrolle durch den Gerichtshof – der Unvereinbarkeit einer bestehenden Beihilfe mit dem Binnenmarkt in einem Verfahren, das in den Art. 17 bis 19 der VO (EG) Nr. 659/1999 sowie Art. 21 bis 23 VO (EU) 2015/1589 geregelt ist. Die Initiative zur Kontrolle solcher Beihilfen geht allein von der Kommission aus, die bestehende Beihilfen in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten fortlaufend zu überprüfen hat (Art. 21 VO (EU) 2015/1589).[17]

IV. Fazit

Es wird die Tendenz der europäischen Institutionen erkennbar, gemeinnützige Rechtsträger und ihre zweckbetrieblichen Leistungen der Daseinsvorsorge[18] aus dem Beihilferegime herauszunehmen. Die neue de facto-Bereichsausnahme wird dem Subsidiaritätsprinzip nach Maßgabe des Protokolls Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit und – fallbezogen – dem nicht kodifizierten Grundsatz „de minimis non curat praetor" gerecht. Problematisch sind noch die Tätigkeiten vor allem von Dachverbänden gemeinnütziger Organisationen, die neben ihrer ideellen Zweckverfolgung steuerpflichtige wirtschaftliche Geschäftsbetriebe unterhalten. In letzterer Hinsicht bestehen die Notwendigkeit und die Möglichkeit einer vorsorgenden Gestaltung. ■

9 Zum NABU EuGH npoR 2013, 248.
10 EuGH EuZW 2008, 605.
11 Zum Beispiel Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe iSd Art. 107 Abs. 1 AEUV v. 19.7.2016 – 2016/C 262/01, ABl. EU C 262/1, Tz. 8: Verband oder Sportverein ist „möglicherweise ein Unternehmen".
12 EU-Kommission v. 29.4.2015 – C(2015) 2795 final – SA.3796 – United Kingdom – Member-owned Golf Clubs.
13 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4889_de.htm (letzter Abruf am 23.5.2017); hierzu *P. Fischer*, jurisPR-SteuerR 47/2015 Anm. 1.
14 EU-Kommission v. 19.7.2016 – 2016/C 262/01, ABL EU C 262/1.
15 BFH npoR 2014, 257; Anm. *P. Fischer*, jurisPR-SteuerR 24/2014 Anm. 1.
16 DStRE 2017, 160; Anm. *P. Fischer*, jurisPR-SteuerR 9/2017 Anm. 2; *Herberts*, MwStR 2017, 135; *Löding-Hasenkamp*, ZStV 2016, 201.
17 Instruktiv zum Verfahren Schlussanträge der Generalanwältin *Eleanor Sharpston* v. 7.2.2013 in der EuGH-Rs. C-6/12.
18 Allgemein *P. Fischer*, Gemeinnützige Daseinsvorsorge und Wettbewerbsordnung, 2016.