

## Der gläserne Steuerbürger

Wirtschaftlicher Eigentümer von Ges – wer?

Kapitalabfluss-Melde-Gesetz

Liechtensteinische Stiftung im Steuerabkommen Ö

Sitzverlegung ohne wirtschaftlichen Zuzug

EuGH *Polbud*: Würfelspiel der Rechtsformen

Geschlechterparität

Im Aufsichtsrat

Datenmissbrauch m Kartellrecht

Der Fall *Facebook*

Neues Schiedsrecht

Gesellschafterstreit in Liechtenstein

Begriffslogik zur Digitalisierung

Künstliche Intelligenz als juristisches Thema

Schutzzweck der Norm

Haftungsbefreiung

# Beihilfenrechtssichere Finanzierung von Tourismusorganisationen

*Tourismusorganisationen oder Betriebsansiedlungsgesellschaften erhalten von ihren öffentlichen Eigentümern häufig Geldmittel, damit sie ihre Tätigkeiten finanzieren bzw Verluste abdecken können. Bis vor Kurzem war unklar, ob dies beihilfenrechtlich zulässig ist. Nun gibt es „Licht am Ende des Tunnels“.*

---

MARTIN WIEDENBAUER

## A. Finanzierung von Tourismusorganisationen

In der Vergangenheit herrschte erhebliche Rechtsunsicherheit iZm der beihilfenrechtlichen Einordnung und Zulässigkeit der Finanzierung von staatsnahen Tourismusorganisationen<sup>1)</sup> oder Betriebsansiedlungsgesellschaften<sup>2)</sup> (derartige Tätigkeiten sind fallweise auch in allgemeine Wirtschaftsförderungsgesellschaften „eingebettet“).<sup>3)</sup>

In der Regel erhalten solche Gesellschaften (im Folgenden als „Destinationsmarketinggesellschaften“ und abgekürzt „DMGs“ bezeichnet) von ihren Gesellschaftern Geldmittel (etwa in Form von Gesellschafterzuschüssen), um ihre Tätigkeiten zu finanzieren. Diese Geldmittel stammen regelmäßig aus dem öffentlichen Haushalt, weil die Gesellschafter der DMGs (mittelbar) der „öffentlichen Hand“ zuzurechnen sind. Damit stellt sich (oberhalb der De-minimis-Schwelle)<sup>4)</sup> die Frage der beihilfenrechtlichen Zulässigkeit solcher Finanzierungsmaßnahmen.

## B. Neutralität des Beihilfenrechts

Grundsätzlich ist es dem öffentlichen Sektor nicht verwehrt, sich unternehmerisch zu betätigen (Grundsatz

der Neutralität des Beihilfenrechts gegenüber dem öffentlichen Eigentum).<sup>5)</sup> Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) unterwirft unternehmerisches Handeln der öffentlichen Hand einer ständigen Prüfung hinsichtlich der Frage, ob sich ein privater Finanzierer (der umsichtige marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber) in einer hypothetischen

---

Dr. *Martin Wiedenbauer* ist Rechtsanwalt und Partner der Wiedenbauer Mutz Winkler & Partner Rechtsanwälte GmbH – act legal Austria.

- 1) Gesellschaften oder sonstige Organisationen (zB öffentliche Anstalten) im Eigentum der öffentlichen Hand, welche als offizielle Tourismusportale dienen (zB die Österreichwerbung als nationale Tourismusorganisation, aber auch Länderorganisationen wie bspw Wien-Tourismus, Steiermark Tourismus oder Kärnten Werbung sowie Stadtmarketinggesellschaften wie etwa Innsbruck Marketing GmbH).
- 2) Bspw die Austrian Business Agency – Österreichische Industrieansiedlungs- und WirtschaftswerbungsgmbH oder die Standort Agentur Salzburg GmbH.
- 3) Siehe etwa ecoplus. Niederösterreichs Wirtschaftsagentur GmbH, Standort & Service.
- 4) € 200.000,- innerhalb von drei Steuerjahren gem Art 3 Abs 2 VO (EU) 1407/2013 der Kommission v 18. 12. 2013 über die Anwendung der Art 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen.
- 5) *Dreher/Lübbig/Wolf-Posch*, Praxis des EU-Beihilfenrechts in Österreich (2017) Rz 205.

Vergleichssituation im Wesentlichen ebenso verhalten hätte wie die öffentliche Hand.<sup>6)</sup> Bei Kapitalzuschüssen in ein öffentliches Unternehmen kommt es (vereinfacht dargestellt) darauf an, ob die öffentliche Hand als Investor (wenn auch langfristig) eine Ertragsperspektive hat. Umgekehrt sind Kapitalzuschüsse eines dem öffentlichen Sektor zuzurechnenden Kapitalgebers jedenfalls dann als Beihilfe anzusehen, wenn es selbst langfristig an einer Aussicht auf Rentabilität fehlt und die gewährten Zuschüsse die Kosten einer Liquidation übersteigen.<sup>7)</sup>

Sofern bei DMGs solche Ertragsaussichten fehlen (bzw nicht plausibel geplant werden können), liegt eine „staatliche Beihilfe“ vor.

Nach stRsp des EuGH verlangt die Qualifizierung als „staatliche Beihilfe“ iSv Art 107 Abs 1 AEUV, dass alle in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt sind. So muss es sich erstens um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln. Zweitens muss sie geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Drittens muss dem Begünstigten durch sie ein selektiver Vorteil gewährt werden. Viertens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.<sup>8)</sup>

### C. Wirtschaftliche und nicht-wirtschaftliche Tätigkeit

Adressaten des Wettbewerbsrechts der Union (zu dem das Beihilfenrecht zählt) sind Unternehmen. Damit also eine Maßnahme beihilfenrechtlich relevant wird, muss es sich bei der DMG um ein „Unternehmen“ handeln, welches eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ ausübt.

Der EuGH hat dazu in seiner Rsp folgende Leitlinien herausgearbeitet.<sup>9)</sup>

Der Begriff des Unternehmens im Kontext des Wettbewerbsrechts der Union umfasst jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.<sup>10)</sup> Um zu klären, ob es sich bei den fraglichen Tätigkeiten um solche eines „Unternehmens“ iS des Wettbewerbsrechts der Union handelt, ist zu untersuchen, welcher Art diese Tätigkeiten sind, wobei die Qualifikation als „wirtschaftliche Tätigkeit“ für jede einzelne der verschiedenen Tätigkeiten einer bestimmten Einheit zu prüfen ist.<sup>11)</sup> Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.<sup>12)</sup> Dass Güter oder Dienstleistungen ohne Gewinnerzielungsabsicht angeboten werden, steht der Einstufung der Einheit, die diese Tätigkeiten auf dem Markt ausübt, als Unternehmen nicht entgegen, wenn ihr Angebot mit dem anderer Wirtschaftsteilnehmer konkurriert, die einen Erwerbzweck verfolgen.<sup>13)</sup>

Als „wirtschaftliche Tätigkeiten“ können Dienstleistungen qualifiziert werden, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Das Wesensmerkmal des Entgelts besteht darin, dass es die wirtschaftliche Gegenleistung für die erbrachte Leistung darstellt.<sup>14)</sup> In diesem Kontext ist es nicht ausgeschlossen, dass eine Einrichtung mehrere Tätigkeiten sowohl wirtschaftlicher als auch nicht wirtschaftlicher Art ausüben kann. Dies wäre beihilfenrechtlich unbedenklich, sofern sie

über eine getrennte Buchführung für die verschiedenen erhaltenen Finanzmittel verfügt, sodass jede Gefahr einer Quersubventionierung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeiten mit den öffentlichen Geldern, die sie für ihre nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten erhält, ausgeschlossen ist (Trennungsrechnung).<sup>15)</sup>

Die DMGs beabsichtigen in der Regel regionales (oder nationales) Standortmarketing und Betriebsansiedlungsservices. IZm allgemeinen Wirtschaftsförderungs- und Betriebsansiedlungsgesellschaften sowie Tourismusorganisationen der öffentlichen Hand hat es im Zuge der jüngsten Änderungen der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (sog „kleine AGVO-Reform“) Konsultationen mit der EU-Kommission im Hinblick auf die beihilfenrechtliche Wertung der Tätigkeiten solcher Gesellschaften gegeben. Die Kommission hat dabei die Ansicht vertreten, dass allgemeines Destinationsmarketing als nicht-wirtschaftliche Tätigkeit zu zählen ist bzw solche Tätigkeiten in der Regel keine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels oder Wettbewerbs entfalten und sich (was natürlich vom konkreten Einzelfall abhängt) als nur „lokaler Sachverhalt“ darstellt.<sup>16)</sup> Die Kommission hat diese Ansicht bisher in zwei E bestätigt.<sup>17)</sup>

### D. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)

Gleichzeitig hat die Kommission ihre aktuelle Meinung zur Frage, ob derartige Tätigkeiten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) darstellen und nach den DAWI-Regeln freistellungsfähig wären, dahingehend konkretisiert, dass grundsätzlich Finanzierungen von DMGs auf Grundlage der

6) EuGH 28. 1. 2003, C-334/99, *Kommission/Deutschland*, Rz 133.

7) EuGH 28. 1. 2003, C-334/99, *Kommission/Deutschland*, Rz 136 ff.

8) EuGH 21. 12. 2016, C-524/14 P, *Kommission/Hansestadt Lübeck*, ECLI:EU:C:2016:971, Rz 40, und 21. 12. 2016, C-20/15 P und C-21/15 P, *Kommission/World Duty Free Group ua*, ECLI:EU:C:2016:981, Rz 53.

9) Siehe die Zusammenfassung der aktuellen Rsp dazu in EuGH 27. 6. 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, ECLI:EU:C:2017:496.

10) EuGH 10. 1. 2006, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze ua*, ECLI:EU:C:2006:8, Rz 107.

11) EuGH 24. 10. 2002, C-82/01 P, *Aéroports de Paris/Kommission*, ECLI:EU:C:2002:617, Rz 75, und 1. 7. 2008, C-49/07, *MOTOE*, ECLI:EU:C:2008:376, Rz 25.

12) EuGH 10. 1. 2006, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze u a*, ECLI:EU:C:2006:8, Rz 108.

13) EuGH 1. 7. 2008, C-49/07, *MOTOE*, ECLI:EU:C:2008:376, Rz 27.

14) EuGH 11. 9. 2007, C-76/05, *Schwarz und Gootjes-Schwarz*, ECLI:EU:C:2007:492, Rz 37 und 38 sowie die dort angeführte Rsp.

15) EuGH 27. 6. 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, ECLI:EU:C:2017:496, Rz 51.

16) Siehe das Rundschreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie der Bundesrepublik Deutschland v 18. 5. 2017, Finanzierung öffentlicher Tourismusorganisationen und EU-Beihilferecht, AZ: 83102/008#001.

17) SA.41158 – Erfurt Tourismus und Marketing GmbH; SA.412273 – Zweckverband Tourismuszentrale Holsteinische Schweiz (bei beiden Beschlüssen der Kommission handelt es sich um Zurückweisungsbeschlüsse, welche in Verfahren ergangen sind, die durch Beschwerden von Konkurrenten eingeleitet wurden, weshalb sie nicht veröffentlicht sind).

DAWI-Regelungen denkbar sind, wenngleich in engen Grenzen, und dies jeweils im Einzelfall zu prüfen ist.

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse liegen vor, wenn

- die wirtschaftliche Tätigkeit dem Allgemeinwohl dient und
- ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universeller Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden (kurz gesagt: es liegt Marktversagen vor).

Ob diese Voraussetzungen für DAWI bei jenen Tätigkeiten, welche DMGs durchführen sollen, erfüllt sind, könnte im Einzelfall unsicher sein (fraglich könnte bspw sein, ob die Tätigkeit dem Allgemeinwohl dient). Es wäre allenfalls im Einzelfall trotzdem zusätzlich ein Betrauungsakt nach den DAWI-Regeln zu überlegen, weil zum einen die Mitgliedstaaten bei der Entscheidung, welche Tätigkeiten als DAWI anzusehen sind, einen weiten Ermessensspielraum haben<sup>18)</sup> und andererseits aktuell – soweit ersichtlich – keine gegenteiligen Entscheidungen des EuGH oder keine gegenteilige Spruchpraxis der Kommission vorliegt, weshalb bei der Einordnung als DAWI nach wie vor von einer vertretbaren Rechtsansicht ausgegangen werden kann.

18) Siehe Art 1 Spiegelstrich 1 des Protokolls Nr 26 zum Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl 26. 10. 2012, C-326/308): „Zu den gemeinsamen Werten der Union in Bezug auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Artikels 14 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zählen insbesondere: — die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind; (...).“

### Praxistipp

Bei staatsnahen DMGs sind daher (abgestimmt auf den konkreten Einzelfall) folgende Maßnahmen zu überlegen, um ihre Finanzierung durch öffentliche Mittel beihilfenrechtsneutral zu gestalten:

- Konkretisierung des Unternehmensgegenstands durch Fokussierung auf allgemeines Destinationsmarketing;
- (interne) Einteilung der Tätigkeiten der DMG in Cluster (etwa: allgemeines Destinationsmarketing; allgemeine Dienstleistungen iZm Betriebsansiedlungen in der Region; konkrete Leistungen für einzelne Interessenten, welche allenfalls auch von anderen erbracht werden könnten [zB Liegenschaftsvermittlung, Beratungsleistungen etc]);
- Einführung einer Trennungsrechnung bei der DMG, um wirtschaftliche Tätigkeiten von nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten zu trennen und beihilfenrechtsproblematische Quersubventionierungen vermeiden zu können;
- und allenfalls zusätzlich Schaffung eines Betrauungsakts nach den DAWI-Regeln.

### SCHLUSSTRICH

*Tourismusorganisationen oder Betriebsansiedlungsgesellschaften werden nicht-wirtschaftlich iS des Beihilfenrechts tätig, sofern sie allgemeines Destinationsmanagement betreiben. Die Finanzierung dieser Tätigkeit durch staatliche Mittel ist beihilfenneutral.*