

*Professor Dr. iur. Martin Burgi*

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht,  
Umwelt- und Sozialrecht

Leiter der Forschungsstelle für Vergaberecht und Verwaltungskooperationen

Juristische Fakultät der

Ludwig-Maximilians-Universität, München

7. Juni 2023

**Sachverständigengutachten zu den mit Beschluss Nr. 11  
des Untersuchungsausschusses „Zukunftsmuseum“  
(BayLT-Drs. 18/25774) übermittelten Fragen**

**Teil 2: Beihilfe- und Zuwendungsrecht (Fragen I, e – g)**

**Gliederung**

- A. Rechtstatsächliche Situation
  - I. Beteiligte
    - 1. Deutsches Museum
    - 2. Freistaat Bayern
    - 3. Alpha Gruppe
  - II. Finanzierungsvereinbarung
  - III. Zuwendungsbescheide
    - 1. Aufbau-/Konzeptphase
    - 2. Laufender Betrieb
  - IV. Vorliegende Aussagen zum Beihilfe- und Zuwendungsrecht
- B. Beihilferechtliche Beurteilung
  - I. Bedeutung des EU-Beihilferechts
  - II. Im Verhältnis zwischen dem Freistaat Bayern und dem Deutschen Museum AdöR
    - 1. Forschungseinrichtung als „Unternehmen“?

2. Kulturelle Einrichtung als „Unternehmen“?

III. Im Verhältnis zwischen dem Deutschen Museum AdöR und der Alpha Grundbesitz GmbH & Co. KG: Vorliegen einer Begünstigung?

C. Zuwendungsrechtliche Beurteilung

1. Maßgebliche Vorgaben
2. Zur Bedeutung der „Richtlinien zur Vergabe staatlicher Zuwendungen an nichtstaatliche Museen in Bayern“
3. Anwendbarkeit des Zuwendungsrechts
4. Jedenfalls erfolgte Anwendung der zuwendungsrechtlichen Vorgaben
5. Konsequenzen im Hinblick auf das Vergaberecht

Zusammenfassung zu Teil 2 (Beihilfe- und Zuwendungsrecht)

Dieser Teil behandelt die Fragen I. e), I. f) und I. g) des Beschlusses Nr. 11 des Untersuchungsausschusses „Zukunftsmuseum“ (BayLT-Drs. 18/25774) vom 09.02.2023.

## A. Rechtstatsächliche Situation

Die Untersuchung beruht auf den Angaben und Unterlagen, die dem *Verf.* zur Verfügung gestellt worden sind. Der Untersuchungszeitraum umfasst die Zeit vom 01.11.2013 bis zum 15.12.2022, „sofern nicht einzelne Fragen bezüglich anderer Zeiträume explizit ausgenommen wurden.“<sup>1</sup>

### I. Beteiligte

#### 1. Deutsches Museum

Zum Deutschen Museum s. Teil 1 A. I. 1.

#### 2. Freistaat Bayern

Der Freistaat Bayern als Rechtsträger wurde bzw. wird bei den Zuwendungen an das Deutsche Museum (s. sogleich II. und III.) durch das Bayerische Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat (BayStMFLH) (inzwischen: Bayerisches

---

<sup>1</sup> BayLT-Drs. 18/25774, S. 2.

Staatministerium der Finanzen und für Heimat [BayStMFH]) und das Bayerische Staatsministerium für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst (BayStMBW) (inzwischen: Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst [BayStMWK]) vertreten.

### 3. Alpha Gruppe

Zur Alpha Gruppe s. o. Teil 1 A. I. 2.

## II. Finanzierungsvereinbarung

Am 02.06.2017 (und damit am gleichen Tag wie der Mietvertrag vom 02.06.2017, s. Teil 1 A. IV.) wurde eine „Vereinbarung zur Errichtung und zum dauerhaften Betrieb der Zweigstelle Nürnberg des Deutschen Museums zwischen dem Deutschen Museum von Meisterwerken der Naturwissenschaft und Technik AdöR und dem Freistaat Bayern, vertreten durch das Bayerische Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat und das Bayerische Staatsministerium für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst“ geschlossen.<sup>2</sup> Die Finanzierungsvereinbarung ist als öffentlich-rechtlicher Vertrag i.S.v. Art. 54 S. 2 BayVwVfG, d.h. als subordinationsrechtlicher Vertrag zu qualifizieren.<sup>3</sup>

In der Präambel der Finanzierungsvereinbarung „verpflichten sich die Vertragsparteien mit dieser Vereinbarung alle Anstrengungen zu unternehmen, die Errichtung und den dauerhaften Betrieb der Zweigstelle des DM in Nürnberg zu sichern“. In Teil 1 A. I. 1. b wurden bereits § 3 Abs. 1 Finanzierungsvereinbarung zur Finanzierung während der Aufbauphase sowie § 7 Abs. 1 und 3 Finanzierungsvereinbarung zur Finanzierung des laufenden Betriebs zitiert. An dieser Stelle sind mit Blick auf die zuwendungsrechtlichen Fragstellungen die folgenden weiteren Vertragsinhalte hervorzuheben.

So regelt § 3 Finanzierungsvereinbarung für die Aufbauphase:

---

<sup>2</sup> Im Folgenden: Finanzierungsvereinbarung vom 02.06.2017.

<sup>3</sup> Subordinationsrechtliche Verträge können auch zwischen Verwaltungsträgern geschlossen werden; dazu allg. *Kämmerer*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 58. Edition (Stand: 01.07.2021), § 54 VwVfG Rn. 84. Dazu, dass es statthaft ist, in Zuwendungsverhältnissen nicht nur durch Verwaltungsakt (Zuwendungsbescheid), sondern auch durch öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag zu handeln vgl. nur *Rossi*, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, Art. 44 BHO Rn. 96, 112 ff.; speziell zum privatrechtlichen Vertrag BGH, NZBau 2012, 131.

§ 3 Abs. 2 Finanzierungsvereinbarung: Für die Bewilligung der Zuwendung gelten die haushaltsrechtlichen Regelungen des Freistaates Bayern.

§ 3 Abs. 3 Finanzierungsvereinbarung: Die Finanzierung erfolgt im Rahmen und nach Maßgabe der durch den bayerischen Haushaltsgesetzgeber bereit gestellten Mittel.

Für den laufenden Betrieb sieht § 7 Finanzierungsvereinbarung vor:

§ 7 Abs. 3 Finanzierungsvereinbarung: Die Finanzierung durch den Freistaat Bayern erfolgt durch jährliche Zuwendungsbescheide auf der Grundlage dieses Wirtschaftsplans sowie im Rahmen und nach Maßgabe der durch den bayerischen Haushaltsgesetzgeber bereit gestellten Mittel. Die Übernahme der Mietkosten durch den Freistaat wird für die gesamte Laufzeit des Mietvertrags zugesagt. Die Zuwendung des Freistaats dient dabei ausschließlich zur Finanzierung der in der Anlage zum jeweiligen Zuwendungsbescheid angegebenen Ausgaben (gemäß Kosten- und Finanzierungsplan).

### **III. Zuwendungsbescheide**

Das Deutsche Museum erhält Zuwendungen im Rahmen der sog. institutionellen Förderung<sup>4</sup> und projektbezogene Zuwendungen.

#### **1. Aufbau-/Konzeptphase**

Das Deutsche Museum AdöR erhielt vom Freistaat Bayern für das Projekt „Deutsches Museum Nürnberg“ in der Aufbauphase Zuwendungen im Rahmen der Projektförderung.

Der Aufbau des Deutschen Museums Nürnberg wurde durch folgende Zuwendungsbescheide gefördert:

- Für das Haushaltsjahr 2015: Zuwendungsbescheid vom 29.01.2015<sup>5</sup> i.H.v. bis zu 100.000,00 Euro (Wissenschaftlicher Mitarbeiter zur Vorbereitung des Projekts).

---

<sup>4</sup> So sieht beispielhaft der aktuelle Haushaltsplan 2022 (Einzelplan 15 für den Geschäftsbereich des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft und Kunst) allgemein „Zuwendungen im Rahmen der institutionellen Förderung“ an das Deutsche Museum München und die Deutsches Museum Zukunftsinitiative (Kapitel 15 03) vor.

<sup>5</sup> Bayerisches Staatsministerium für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst, Projekt „Deutsches Museum Nürnberg“. Zuwendung für einen wissenschaftlichen Mitarbeiter zur Vorbereitung des Projekts, Gz. IX.3-K4822.0/7/22, 29.01.2015.

- Für das Haushaltsjahr 2016: Zuwendungsbescheid v. 03.06.2016<sup>6</sup> i.H.v. bis zu 1.426.000,00 Euro (Bewilligung einer Zuwendung für die Konzeptphase des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2016).
- Für das Haushaltsjahr 2017: Zuwendungsbescheid v. 07.11.2017<sup>7</sup> i.H.v. bis zu 665.237,00 Euro (Bewilligung einer Zuwendung für die Konzeptphase des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2017).
- Für das Haushaltsjahr 2018: Zuwendungsbescheid v. 26.07.2018<sup>8</sup> i.H.v. bis zu 4.766.738,35 Euro (Zuwendung für die Konzeptphase des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2018).
- Für das Haushaltsjahr 2019: Zuwendungsbescheid v. 10.04.2019<sup>9</sup> i.H.v. bis zu 9.610.000 Euro (Zuwendung für die Konzeptphase des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2019).
- Für das Haushaltsjahr 2020: Zuwendungsbescheid v. 15.07.2020<sup>10</sup> i.H.v. bis zu 21.182.345,49 Euro, davon 18.382.345,49 Euro<sup>11</sup> für den Aufbau der Zweigstelle Nürnberg/die Bauherrichtung und – erstmals – 2.800.000,00 Euro für Mietzahlungen (Zuwendung für die Konzeptphase des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2020).

---

<sup>6</sup> Bayerisches Staatsministerium für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst, Deutsches Museum München (DM). Bewilligung einer Zuwendung des Freistaates für die Konzeptphase des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2016, Gz. IX.3-K4822.0/11/2, 03.06.2016.

<sup>7</sup> Bayerisches Staatsministerium für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst, Deutsches Museum München (DM). Bewilligung einer Zuwendung des Freistaates für die Konzeptphase des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2017, Gz. IX.3-K4822.0/15/7, 07.11.2017.

<sup>8</sup> Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst, Deutsches Museum München (DM). Zuwendung des Freistaates für die Konzeptphase des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2018, Gz. F.6-K4822.0/18/3, 26.07.2018.

<sup>9</sup> Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst, Deutsches Museum München (DM). Zuwendung des Freistaates für die Konzeptphase des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2019, Gz. F.3-K4822.0/21/5, 10.04.2019.

<sup>10</sup> Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst, Deutsches Museum Nürnberg, Zuwendung des Freistaates für die Konzeptphase des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2020, Gz. F.3-K4822.0.2/12/10, 15.07.2020.

<sup>11</sup> Hiervon wurden aber 4.600.725,17 Euro als Restbetrag aus dem Haushaltsjahr 2019 nicht ausbezahlt (= Auszahlung: 13.781.620,32 Euro).

- Für das Haushaltsjahr 2021: Zuwendungsbescheid v. 18.05.2021<sup>12</sup> i.H.v. bis zu 16.912.751,35 Euro<sup>13</sup> (Zuwendung für die Konzeptphase des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2021).
- Für das Haushaltsjahr 2022: Zuwendungsbescheid v. 08.07.2022<sup>14</sup> i.H.v. bis zu 7.574.263,37 Euro<sup>15</sup> (Zuwendung für die Konzeptphase des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2022).

Die Zuwendungsbescheide v. 15.07.2020, 18.05.2021 und 08.07.2022 verweisen ausdrücklich auf die Finanzierungsvereinbarung vom 02.06.2017 und den dort geregelten Betrag von 19.600.000,00 Euro für den Aufbau des Deutschen Museums Nürnberg in den Jahren 2016 – 2019 (§ 3 Abs. 1 Finanzierungsvereinbarung). Hinzu kommen 8.000.000,00 Euro für die Bauherrichtung. Der Gesamtbetrag von 27.600.000,00 Euro stelle die „absolute Budgetobergrenze“ dar.<sup>16</sup>

Der Zuwendungsbescheid v. 15.07.2020 enthält außerdem folgende Regelung: „Im Übrigen gelten die Bedingungen und Auflagen des allgemeinen Zuwendungsbescheides für das Programmbudget 2020 für die institutionelle Förderung entsprechend (WKMS Nr. F.3-K.4822.0.1/14/14 vom 16.04.2020).“

Der Zuwendungsbescheid v. 18.05.2021 enthält außerdem folgende Regelung: „Im Übrigen gelten die Bedingungen und Auflagen des allgemeinen Zuwendungsbescheides für das Programmbudget 2021 für die institutionelle Förderung entsprechend.“

Der Zuwendungsbescheid v. 08.07.2022 enthält außerdem folgende Regelung „Im Übrigen gelten die Bedingungen und Auflagen des allgemeinen Zuwendungsbescheides für das Programmbudget 2022 für die institutionelle Förderung entsprechend.“

---

<sup>12</sup> Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst, Deutsches Museum Nürnberg, Zuwendung des Freistaates für die Konzeptphase des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2021, Gz. F.3-K4822.0.3/4/20, 18.05.2021.

<sup>13</sup> Hiervon wurden aber 228.646,13 Euro als Restbetrag aus dem Haushaltsjahr 2020 nicht ausbezahlt (= Auszahlung: 16.684.105,22 Euro).

<sup>14</sup> Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst, Deutsches Museum Nürnberg, Zuwendung des Freistaates für die Konzeptphase des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2022, Gz. F.3-K4822.0.3/5/13, 08.07.2022.

<sup>15</sup> Hiervon wurden aber 2.551.564,93 Euro als Restbetrag aus dem Haushaltsjahr 2021 nicht ausbezahlt (= Auszahlung: 5.022.698,44 Euro).

<sup>16</sup> Ähnlich zuvor Zuwendungsbescheid v. 10.04.2019.

## 2. Laufender Betrieb

Seit dem Haushaltsjahr 2021 – das Deutsche Museum wurde am 17.09.2021 eröffnet<sup>17</sup> – gewährt der Freistaat Bayern dem Deutschen Museum auch Zuwendungen für den laufenden Betrieb des Deutschen Museums Nürnberg:

- Für das Haushaltsjahr 2021: Zuwendungsbescheid v. 25.08.2021<sup>18</sup> i.H.v. bis zu 4.800.000,00 Euro<sup>19</sup> (Zuwendung für den laufenden Betrieb des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2021).
- Für das Haushaltsjahr 2022: Zuwendungsbescheid v. 16.09.2022<sup>20</sup> i.H.v. bis zu 6.000.000,00 Euro (Zuwendung für den laufenden Betrieb des „Deutschen Museums Nürnberg“ im Haushaltsjahr 2022).

## IV. Vorliegende Aussagen zum Beihilfe- und Zuwendungsrecht

Ausweislich der Unterlagen, die dem *Verf.* zur Verfügung gestellt worden sind, wurden (anders als im Hinblick auf das Vergaberecht) beihilfe- und zuwendungsrechtliche Fragen (vor Einsetzung des Untersuchungsausschusses „Zukunftsmuseum“)<sup>21</sup> nicht adressiert.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> S. Teil 1 A. IV.

<sup>18</sup> Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst, Zuwendung des Freistaats Bayern für den laufenden Betrieb des „Deutsche Museums Nürnberg“ [sic] im Haushaltsjahr 2021, Gz. F.3.-K4822.0.3/4/36, 25.08.2021.

<sup>19</sup> Auf diese Gesamtbewilligung wurde ein Abschlag i.H.v. 1.000.000,00 Euro (Bescheid v. 05.03.2021, Gz. F.3.-K4822.0.3/4/6) angerechnet.

<sup>20</sup> Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst, Zuwendung des Freistaats Bayern für den laufenden Betrieb des „Deutsche Museums Nürnberg“ [sic] im Haushaltsjahr 2022, Gz. F.3.-K4822.0.3/5/18, 16.09.2022.

<sup>21</sup> Vgl. dort sodann den Einsetzungsbeschluss BayLT-Drs. 18/25774, S. 8 ff.

<sup>22</sup> Ausdrücklich sogar die initiale Prüfungsmittelung des Bayerischen Obersten Rechnungshofes (ORH), Deutsches Museum Nürnberg, Gz. X – 900.20 – 99 – 4 – 1, 21.06.2021, S. 6: „Im Rahmen dieser Prüfung wurden zuwendungsrechtliche, vergaberechtliche, mietvertragsrechtliche sowie baufachliche Fragen nicht geprüft.“ Anders als bei den vergaberechtlichen Fragen – s. o. Teil 1 A. V. 3. – wurden auch in den späteren Stellungnahmen von ORH, BayStMWK sowie den (externen) Gutachten beihilfe- und zuwendungsrechtliche Fragen weder gestellt noch beantwortet.

## B. Beihilferechtliche Beurteilung

Frage 1 e): Wurde gegen das EU-Beihilferecht verstoßen? Falls ja, welche Risiken ergeben sich hierdurch für die Vertragsgestaltung?

### I. Bedeutung des EU-Beihilferechts

Das EU-Beihilferecht ist niedergelegt in den Art. 107-109 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Es bildet zusammen mit den in Art. 101 ff. AEUV niedergelegten kartellrechtlichen Bestimmungen das europäische Wettbewerbsrecht und gehört somit zur zweiten Säule der europäischen Wirtschaftsverfassung, deren erste Säule die Grundfreiheiten des AEUV bilden (die wiederum u.a. im europäischen Vergaberecht konkretisiert worden sind). Sinn und Zweck des EU-Beihilferechts ist es, den staatlichen Protektionismus bei der Gewährung finanzieller Unterstützungen zu kontrollieren. Hingegen geht es nicht um die Kontrolle des mitgliedstaatlichen Haushaltsgebarens.<sup>23</sup>

Erfüllt eine bestimmte finanzwirksame Maßnahme eines Mitgliedstaats den Beihilfetatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV, dann muss diese Maßnahme vorab bei der Europäischen Kommission notifiziert werden und darf grundsätzlich erst nach Genehmigung seitens der Europäischen Kommission ausgezahlt werden. Beihilfen, die bereits vor erteilter Genehmigung ausgezahlt werden, sind rechtswidrig und müssen zurückgefordert werden (sog. Durchführungsverbot; vgl. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV).

Welche finanzwirksamen Maßnahmen der Mitgliedstaaten als Beihilfen einzustufen sind, regelt Art. 107 Abs. 1 AEUV. Er lautet im Wortlaut wie folgt:

„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, 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.“

Der Grundfall einer Beihilfe in diesem Sinne ist die Gewährung einer Subvention seitens eines Ministeriums an ein Wirtschaftsunternehmen im betreffenden Mitgliedstaat, so wie etwa jüngst im Beispiel der dem Unternehmen Lufthansa gewährten Unterstützungen während der Pandemie.

<sup>23</sup> Vgl. *Bartosch*, EU-Beihilferecht, 3. Aufl. 2020, Einleitung, Rn. 1 und 2.

Weitere Rechtsquellen des EU-Beihilferechts befinden sich im sog. Sekundärrecht. Besonders wichtig ist die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (EU) Nr. 651/2014, mit der die Europäische Kommission eine große Zahl von Beihilfegruppen mit dem Binnenmarkt für vereinbar erklärt hat. Daneben existieren eine Vielzahl für unterschiedliche Themenbereiche einschlägige sog. Unionsrahmen, Leitlinien und Mitteilungen. Hierbei handelt es sich um Rechtsdokumente, die in der Kommissionspraxis zur Präzisierung der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe (insbesondere auch denen des Art. 107 Abs. 1 AEUV) entwickelt und sodann eingesetzt werden. Sie können insoweit verglichen werden mit den aus dem nationalen Recht bekannten Verwaltungsvorschriften, Richtlinien oder Erlassen.

Im Zusammenspiel zwischen Art. 107 Abs. 1 AEUV, den soeben erwähnten Rechtstexten und der (soweit vorhanden) Rechtsprechung der europäischen Gerichte ergibt sich für die Rechtsanwendung in der mitgliedstaatlichen Praxis, ob bestimmte finanzwirksame Maßnahmen vor der Europäischen Kommission notifiziert werden müssen.

Ähnlich wie das Vergaberecht ist auch das EU-Beihilferecht als eine äußerst rechtsschutzintensive Materie anzusehen. Rechtsschutzbegehren werden oftmals von um die infrage stehenden finanziellen Mittel konkurrierenden Unternehmen initiiert. Auch die Europäische Kommission selbst geht vielfach im Wege von Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten vor bzw. fordert diese (noch zuvor) dazu auf, nach ihrer Auffassung rechtswidrige Beihilfen von den Empfängern zurückzufordern. Im vorliegenden Zusammenhang sind keinerlei Vorgänge in dieser Art bekannt.

## **II. Im Verhältnis zwischen dem Freistaat Bayern und dem Deutschen Museum AdöR**

Zunächst ist zu prüfen, ob im Verhältnis zwischen dem Freistaat Bayern und dem Deutschen Museum die diesem gewährten Zuwendungen als Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen sind. Fraglich ist dabei, ob das Deutsche Museum AdöR ein Unternehmen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV ist.

### **1. Forschungseinrichtung als „Unternehmen“?**

Das Deutsche Museum ist ein Forschungsmuseum der Wissenschaftsgemeinschaft Gottfried Wilhelm Leibniz e. V. (Leibniz-Gemeinschaft).<sup>24</sup> Alle Zuwendungsbescheide

---

<sup>24</sup> Für einen Überblick: Deutsches Museum, Das Deutsche Museum als Teil der Leibniz Gemeinschaft, <https://www.deutsches-museum.de/museum/ueber-uns/leibniz-gemeinschaft>.

für die Aufbauphase (s. A. III. 1.) enthalten die Aussage, dass für die Einrichtungen der Leibniz-Gemeinschaft der Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation v. 01.07.2014<sup>25</sup> gilt.

Nr. 2.1. Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation v. 01.07.2014 enthält folgende Regelung:

„Einrichtungen für Forschung und Wissensverbreitung („Forschungseinrichtungen“) und Forschungsinfrastrukturen sind Empfänger staatlicher Beihilfen, wenn ihre öffentliche Finanzierung alle Voraussetzungen des Artikels 107 Absatz 1 AEUV erfüllt. Wie in der Bekanntmachung der Kommission über den Begriff der staatlichen Beihilfe ausgeführt und im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss es sich bei dem Beihilfeempfänger um ein Unternehmen handeln, wobei der Unternehmenscharakter jedoch nicht von der Rechtsform (öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich) oder dem wirtschaftlichen Charakter (gewinnorientiert oder nicht) des Beihilfeempfängers abhängt, sondern davon, ob er eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, d. h., ob er auf einem bestimmten Markt Produkte oder Dienstleistungen anbietet.“

Dass es sich bei dem Deutschen Museum um eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts handelt, es mithin in einer öffentlich-rechtlichen Rechtsform organisiert ist, genügt demnach nicht, um den Unternehmenscharakter entfallen zu lassen. Entscheidend ist vielmehr, ob das Deutsche Museum eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ ausübt.

Konkretere Maßgaben zur Frage, wann bei Forschungseinrichtungen eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, lassen sich der „Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ vom 19.07.2016<sup>26</sup> (im Folgenden: Beihilfe-Bekanntmachung) entnehmen.

Nach Randnummer 31 der Beihilfe-Bekanntmachung fallen „bestimmte von [...] Forschungseinrichtungen ausgeübte Tätigkeiten nicht in den Anwendungsbereich der Beihilfenvorschriften [...]. Dies betrifft deren primäre Tätigkeiten, und zwar a) die Ausbildung von mehr oder besser qualifizierten Humanressourcen; b) die unabhängige Forschung und Entwicklung, auch im Verbund, zur Erweiterung des Wissens und des Verständnisses; c) die Verbreitung der Forschungsergebnisse.“

---

<sup>25</sup> Europäische Kommission, Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation (2014/C 198/01), ABl. EU C 198/1.

<sup>26</sup> ABl. EU C 262/1.

Das Deutsche Museum verfolgt nach § 2 Satzung des Deutschen Museums i.d.F. v. 05.05.2022 folgende Zwecke und Aufgaben:

(1) Das Deutsche Museum verfolgt den Zweck, die historische Entwicklung der Naturwissenschaft, der Technik und der Industrie zu erforschen, deren Wechselwirkung und kulturelle Bedeutung zu zeigen und ihre wichtigsten Stufen durch belehrende und anregende Darstellungen, insbesondere aber durch hervorragende und typische Meisterwerke, zu veranschaulichen und zu dokumentieren.

(3) Zweck des Deutschen Museums ist die Förderung der Bildung und der Wissenschaft und Forschung. Dem Zweck des Deutschen Museums dienen vor allem:

1. Sammlungen von wissenschaftlichen Instrumenten und Apparaten sowie von Originalen und Modellen hervorragender Werke der Technik, welche im Museum zur öffentlichen Besichtigung aufgestellt sind.

2. Eine öffentliche Präsenzbibliothek mit wissenschaftlichem und technischem Fachschrifttum, ergänzt durch Archive und Sondersammlungen aus den verschiedenen Gebieten der Naturwissenschaft, Technik und Industrie unter Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung.

3. Wissenschaftliche Arbeiten, Veröffentlichungen, Vorträge, insbesondere des Forschungsinstituts für Technik- und Wissenschaftsgeschichte.

4. Bildungsarbeit, wie z. B. Veranstaltung von Vorträgen, Führungen, Kursen, Symposien, Herstellung von Lehrmaterialien, unter anderem durch das Kerschensteiner Kolleg.

Diese Zwecke und Aufgaben erfüllen ohne Weiteres die Voraussetzungen von Randnummer 31 lit. b) und c) Beihilfe-Bekanntmachung, da die hier beschriebenen Tätigkeiten gerade der unabhängigen Forschung und Entwicklung, auch im Verbund, zur Erweiterung des Wissens und des Verständnisses und der Verbreitung der Forschungsergebnisse dienen (vgl. bereits Teil 1 B. Frage I c), erster Teil).

Schließlich stellt auch § 2 Abs. 4 Satzung des Deutschen Museums i.d.F. v. 05.05.2022 klar: „Das Deutsche Museum ist selbstlos tätig; es verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke“.

Außerdem wurde bereits in Teil 1 B. Frage I c), erster Teil gezeigt, dass es weder einen entwickelten Wettbewerb unter verschiedenen Museumsanbietern gibt noch das wirtschaftliche Risiko selbst getragen werden muss. Nur deshalb war das Deutsche Museum AdöR dort (d.h. im vergaberechtlichen Teil) als „öffentlicher“ Auftraggeber zu qualifizieren.

Da es sich bei dem Deutschen Museum also nicht um ein Unternehmen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt, liegt im Verhältnis zwischen dem Freistaat Bayern und dem Deutschen Museum keine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV vor.

## **2. Kulturelle Einrichtung als „Unternehmen“?**

Der Unternehmenscharakter ist für das Deutsche Museum überdies aus einem weiteren Grund zu verneinen.

Nach Randnummer 33 der oben (s. 1) zitierten Beihilfe-Bekanntmachung zählen Museen zum Bereich der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes.

Gemäß Randnummer 34 Beihilfe-Bekanntmachung „können diese Tätigkeiten auf nichtkommerzielle Art und Weise durchgeführt werden und sind daher nichtwirtschaftlicher Natur“.

Randnummer 34 der Bekanntmachung regelt schließlich:

„Unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale bestimmter Tätigkeiten im Bereich der Kultur, der Erhaltung des kulturellen Erbes und des Naturschutzes können diese Tätigkeiten auf nichtkommerzielle Art und Weise durchgeführt werden und sind daher nichtwirtschaftlicher Natur. Die öffentliche Finanzierung solcher Tätigkeiten stellt daher nicht notwendigerweise eine staatliche Beihilfe dar. Die Kommission ist der Auffassung, dass die öffentliche Finanzierung von kulturellen Aktivitäten und Aktivitäten zur Erhaltung des kulturellen Erbes, die der Öffentlichkeit kostenlos zugänglich gemacht werden, rein soziale und kulturelle Zwecke erfüllt, die nichtwirtschaftlicher Natur sind. Wenn von Besuchern einer kulturellen Einrichtung bzw. Teilnehmern einer kulturellen oder für die Erhaltung des kulturellen Erbes oder den Naturschutz bestimmten Aktivität, die der breiten Öffentlichkeit offensteht, ein finanzieller Beitrag erhoben wird, der nur einen Bruchteil der tatsächlichen Kosten deckt, so ändert dies nichts an der nichtwirtschaftlichen Natur dieser Aktivität, da das erhobene Entgelt nicht als echte Vergütung für die erbrachte Dienstleistung angesehen werden kann.“

Wie bereits in Teil 1 A. I. 1. a) gezeigt, wird das Deutsche Museum etwa im Jahr 2021 zu 74,48 % aus Haushaltsmitteln finanziert. Die von den Besucherinnen und Besuchern erhobenen Eintrittsgelder decken dagegen nur einen Bruchteil der anfallenden Kosten.<sup>27</sup> Die Tätigkeiten des Deutschen Museums AdöR (und auch des Deutschen Museums Nürnberg) sind damit nichtwirtschaftlicher Natur.

---

<sup>27</sup> Von den Gesamteinnahmen des Deutschen Museums im Jahr 2021 i.H.v. 177,9 Mio. Euro entfielen lediglich 7,0 Mio. Euro (= 3,93 %) auf „Umsatzerlöse, Erträge aus Verwaltungstätigkeit, sonstige betriebliche Erträge, Aufl. SoPo“; Deutsches Museum, Jahresbericht 2021, 2022,

Mit Blick auf die Sammlungs- und Archivierungsaufgaben des Deutschen Museums (§ 2 Abs. 1, 3 Nr. 1 und 2 seiner Satzung) ist zudem Randnummer 36 Beihilfe-Bekanntmachung zu beachten:

„Ferner sind viele kulturelle oder für die Erhaltung des kulturellen Erbes bestimmte Tätigkeiten objektiv nicht substituierbar (etwa das Führen öffentlicher Archive, die einzigartige Dokumente umfassen), so dass kein echter Markt bestehen kann. Nach Ansicht der Kommission sind solche Tätigkeiten ebenfalls nichtwirtschaftlicher Natur.“

Auch aus diesen Gründen handelt es bei dem Deutschen Museum nicht um ein Unternehmen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV. Es liegt keine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV im Verhältnis zwischen dem Freistaat Bayern und dem Deutschen Museum AdöR vor.

### **III. Im Verhältnis zwischen dem Deutschen Museum AdöR und der Alpha Grundbesitz GmbH & Co. KG: Vorliegen einer Begünstigung?**

Im Hinblick auf die Alpha-Gruppe steht die Eigenschaft als „Unternehmen“ außer Frage. Insoweit problematisch ist das Vorliegen einer „Begünstigung“. Im Unterschied zum Grundfall der klassischen Wirtschaftssubvention hat die Alpha-Gruppe nicht einfach Geld erhalten. Vielmehr hat sie sich durch den Mietvertrag zur Erbringung zahlreicher Gegenleistungen verpflichtet und kann dadurch während der Laufzeit dieses Vertrags keine anderen Dispositionen vornehmen. Konkret ist sie verpflichtet, ein Grundstück, einen Gebäudekomplex und weitere damit verbundenen Leistungen bereitzustellen. Das Deutsche Museum AdöR hat sich dabei im Rahmen einer wirtschaftlichen Transaktion und nicht einseitig-hoheitlich betätigt. Wirtschaftliche Transaktionen von öffentlichen Stellen verschaffen der Gegenseite aber grundsätzlich keinen Vorteil und stellen somit grundsätzlich keine Beihilfe dar.

---

S. 142. Nach dem zwischenzeitlichen erschienenen „Jahresbericht 2022“ des Deutschen Museums (2023, S. 158) stiegen die „Umsatzerlöse, Erträge aus Verwaltungstätigkeit, sonstige betriebliche Erträge, Aufl. SoPo“ auf 10,9 Mio, Euro, was einem Anteil von 6,8 % an den Gesamteinnahmen (160,4 Mio. Euro) entspricht. Konkret für das Deutsche Museum Nürnberg sollten die Erlöse aus Eintrittsgeldern nach den ursprünglichen Planungen 3,55 % (2021), 8,71 % (2022) und 8,2 % (2023) der Gesamteinnahmen ausmachen; s. Betrieb DM Nürnberg, Erlös- und Kostenplanung (Stand: 15.02.2021), zit. nach Bayerischer Oberster Rechnungshof (ORH), Deutsches Museum Nürnberg, Gz. X – 900.20 – 99 – 4 – 1, 21.06.2021, S. 58, Tab. 5; Teil 1 A. I. 1. b).

Europäische Kommission und EuGH haben für Situationen dieser Art das „Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten“ entwickelt.<sup>28</sup> Danach können wirtschaftliche Transaktionen ausnahmsweise als „Begünstigung“ anzusehen sein, wenn sie nicht zu normalen Marktbedingungen vorgenommen werden. Die Unionsgerichte und die Europäische Kommission prüfen anhand dieses Maßstabs konkret Kapitalzuführungen des Staates an seine eigenen Unternehmen („Private Investor Test“), Umschuldungsmaßnahmen von öffentlichen Gläubigern gegenüber privaten Schuldern („Private Creditor Test“) und Verkäufe von (vormals staatseigenen) Grundstücken und Unternehmensanteilen („Private Vendor Test“).

So wird im letzteren Zusammenhang geprüft, ob ein privater Verkäufer unter normalen Marktbedingungen denselben oder einen besseren Preis hätte erzielen können.<sup>29</sup> Unter Rn. 75 der Beihilfe-Bekanntmachung führt die Kommission insoweit aus, dass sie „auf das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten Bezug (nimmt), wenn es um die Methode für die Prüfung geht, ob wirtschaftliche Transaktionen von öffentlichen Stellen zu marktüblichen Bedingungen vorgenommen werden und ob der Gegenseite dadurch ein Vorteil entsteht.“

Wie soeben festgestellt, wird dieses Kriterium also angewendet auf Investitionsverträge mit eigenen öffentlichen Unternehmen, auf Kreditverträge und auf Grundstücksverkäufe. Letzteres beruhte früher auf der sog. Grundstücksmitteilung<sup>30</sup> der Europäischen Kommission, die mittlerweile in der Beihilfe-Bekanntmachung aufgegangen ist. In dieser als „Bibel“ von allen im Beihilferecht Tätigen konsultierten Bekanntmachung werden Verträge über die *Anmietung* von Grundstücken oder Gebäuden (durch den Staat) nicht genannt und auch im beihilferechtlichen Standardkommentar<sup>31</sup> wird diese Konstellation nicht thematisiert. Der Blick in die Praxis der Europäischen Kommission erweist auf eine Entscheidung vom 9. April 2002,<sup>32</sup> in der die „Grundstücksmitteilung“ in einem mietrechtlichen Verhältnis analog angewendet wurde. Dabei ging es aber um die *Vermietung* der betreffenden Grundstücke bzw. Gebäude durch die öffentliche Hand, nicht um die in unserem Zusammenhang in Frage stehende Anmietung. In einer

---

<sup>28</sup> Siehe Beihilfe-Bekanntmachung, Rn. 73 ff.

<sup>29</sup> Beihilfe-Bekanntmachung, Rn. 74.

<sup>30</sup> Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, 10.07.1997, Abl. EG C 209/3.

<sup>31</sup> *Bartosch*, EU-Beihilferecht, Art. 107 AEUV Rn. 59 ff.

<sup>32</sup> ABI. EU L 66/36, Rn. 30.

weiteren Entscheidung der Kommission vom (30.10.2001)<sup>33</sup> stand u.a. der Ankauf eines Grundstücks in Frage. Dieser erfolgte aber im Rahmen verschiedener weiterer finanzieller Zuwendungen an ein insolvenzbedrohtes privatwirtschaftliches Unternehmen, das hierdurch „gerettet“ werden sollte, stellte sich also als Transaktion innerhalb eines sowieso bereits bestehenden Vorteilsgewährungsverhältnisses dar. Um eine Anmietung ging es auch in diesem Fall nicht.

Die damit vorgezeichnete Linie entspricht schließlich der im europäischen Vergaberecht bestehenden Ausschreibungsfreiheit von Mietverträgen, die in § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB Niederschlag gefunden hat (siehe Teil 1 B).

Eine Anwendung des EU-Beihilferechts im hier zu beurteilenden Fall der Anmietung eines Grundstücks bzw. Gebäudes hätte daher außerhalb des bisherigen rechtlichen Horizonts beim Umgang mit Anmietungsverträgen gelegen. Da bereits der Beihilfetatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt war, bestand somit keine Notifizierungspflicht.

---

<sup>33</sup> Über die staatliche Beihilfe, die Deutschland zugunsten der Graf von Henneberg Porzellan GmbH in Ilmenau gewährt hat, 8.11.2002, Abl. EG L 307/1, Rn. 86.

### **C. Zuwendungsrechtliche Beurteilung,**

Frage I g): *Welche zuwendungsrechtlichen Konsequenzen würden sich aus den vorgenannten Tatbeständen ergeben?*

Im Zuwendungsrecht geht es um den nationalen Rechtsrahmen der finanziellen Unterstützung von Leistungserbringern oder Institutionen außerhalb der Staatsverwaltung. Empfänger sind typischerweise privatwirtschaftliche Unternehmen oder gemeinnützige Träger. Aufgrund ihrer verfassungsrechtlich begründeten Verselbstständigung können auch die Kommunen Zuwendungsempfänger sein. Nach Art. 23 und 44 der Bayerischen Haushaltsordnung (BayHO) sind Zuwendungen grundsätzlich statthaft. Da die Zuwendungsempfänger in teilweise erheblichem Umfang über Geld, das aus dem Landeshaushalt stammt, verfügen dürfen, werden ihnen zahlreiche letztlich im Haushaltsrecht wurzelnde Vorgaben gemacht.

Die Schnittstelle zwischen dem Zuwendungs- und dem Vergaberecht besteht darin, dass Zuwendungen regelmäßig mit der Verpflichtung zur Einhaltung vergaberechtlicher Bestimmungen verbunden werden, üblicherweise im Wege der Auflage nach Art. 36 Abs. 2 Nr. 4 Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz (BayVwVfG). Wird eine Auflage nicht erfüllt, kann gemäß Art. 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BayVwVfG der Zuwendungsbescheid widerrufen werden. Daran anknüpfend bestünde gemäß Art. 49a BayVwVfG die Pflicht zur Erstattung der bereits erbrachten finanziellen Leistungen. Der Widerruf steht grundsätzlich im Ermessen des Zuwendungsgebers und ist (wie bereits festgestellt) nur möglich, wenn ein Verstoß gegen das Vergaberecht vorliegen würde.

Anders als das Vergaberecht ist das Zuwendungsrecht als Bestandteil des Haushaltsrechts Innenrecht. Eine Vorschrift, die wie § 97 Abs. 6 GWB den etwaigenfalls konkurrierenden Zuwendungsempfängern oder Unternehmen, die Nachteile infolge eines nicht durchgeführten Vergabeverfahrens geltend machen, fehlt hier. Die Verantwortung für die Einhaltung der zuwendungsrechtlichen Vorschriften obliegt somit dem jeweiligen Zuwendungsgeber (hier: dem Freistaat Bayern). Ferner ist die Kontrollkompetenz des ORH eröffnet (vgl. jedenfalls Art. 91 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayHO).

Wie zu Recht in der dem Sachverständigen gestellten Frage I f) zugrunde gelegt, kann im folgenden Zusammenhang ein Zuwendungsrechtsverhältnis allenfalls zwischen dem Freistaat Bayern und dem Deutschen Museum AdöR bestehen. Im Verhältnis zwischen dem Deutschen Museum AdöR und der Alpha Gruppe wurden hingegen keine Zuwendungen gewährt. Vielmehr sind hier „Entgelte aufgrund von Verträgen, für

die gleichwertige Leistungen erbracht werden, wie z. B. ... Mietverträge“ entrichtet worden. Finanzwirksame Leistungen dieser Art sind gemäß Ziffer 1.2.4 der Verwaltungsvorschrift zu Art. 23 BayHO zum damals (wie heute: Ziffer 1.3.4) geltenden Rechtsstand nicht als Zuwendungen zu qualifizieren. Dies entspricht auch der bundesweit einhelligen Einschätzung zum Zuwendungsbegriff.<sup>34</sup>

Frage I f): *Welche Vorgaben hatte die Staatsregierung zu beachten, wenn sie dem Deutschen Museum AdöR als nichtstaatlichem Museum Zuwendungen gemacht hat? Sind Richtlinien zur Vergabe staatlicher Zuwendungen an nichtstaatliche Museen in Bayern zu beachten gewesen? Gibt es Vorschriften, wonach das Deutsche Museum AdöR vom Freistaat Bayern als Zuwendungsgeber für die Zweigstelle in Nürnberg zur Anwendung von Vergaberecht im Rahmen der Finanzierungsvereinbarungen und/oder der Fördermittelbescheide verpflichtet werden musste und ist diese Verpflichtung erfolgt? Welchen Einfluss hat der prozentuale Anteil des Freistaats an der Finanzierungssumme auf die Beantwortung dieser Frage (anteilige Finanzierung bis hin zu Vollfinanzierung)?*

## **1. Maßgebliche Vorgaben**

Die auf der (sehr dünnen) normativen Grundlage der Art. 23 und 44 BayHO dem Zuwendungsempfänger auferlegten Pflichten ergeben sich im Einzelnen aus den hieran anknüpfenden allgemeinen Verwaltungsvorschriften (VV-BayHO). Diese werden durch das StMFH erlassen. Die Regelungstechnik in Bezug auf die Ankernorm des Art. 44 BayHO sieht so aus, dass (ebenso wie auch auf der Bundesebene) als Anlage 1 bzw. Anlage 2 zu Art. 44 BayHO sog. „Allgemeine Nebenbestimmungen“ vorgegeben werden. Dies bedeutet für den jeweiligen Zuwendungsgeber, dass er Nebenbestimmungen diesen Inhalts in seinen jeweiligen Zuwendungsbescheid aufnehmen muss. Die Anlage 1 zu Art. 44 BayHO enthält dabei die „Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung (ANBest-I)“, während in der Anlage 2 zu Art. 44 BayHO die „Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P)“ enthalten sind.

---

<sup>34</sup> Vgl. nur Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. Rn. 190 m.w.N.; für Bayern Birkner/Haferkorn/Wolfrum, Bayerisches Haushaltsrecht, 93. AL (Okt. 2013), Art. 23 BayHO Erl. 2.3.3.

Die VV-BayHO wurden zuletzt am 22.11.2022 geändert (im Folgenden: VV-BayHO n.F.).<sup>35</sup> Diese Änderungen betreffen auch die in den jeweiligen Allgemeinen Nebenbestimmungen (hier: ANBest-P und ANBest-I) niedergelegten Anforderungen zur „Vergabe von Aufträgen“. Mit Blick auf die hier zu untersuchenden Sachverhalte und den genannten Untersuchungszeitraum im Allgemeinen und den Zeitpunkt des Abschlusses der Finanzierungsvereinbarung am 02.06.2017 und des Mietvertrags am 02.06.2017 im Besonderen sind die VV-BHO bzw. ANBestP und ANBest-I in den jeweils geltenden Fassungen heranzuziehen.

Im vorliegenden Zusammenhang war der prozentuale Anteil des Freistaats an den Zuwendungen, die das Deutsche Museum AdöR insgesamt erhalten hat, jedenfalls hoch genug, um die Anwendbarkeit der zuwendungsrechtlichen Vorschriften auszulösen – wenn denn die Voraussetzungen für die Anwendung des Zuwendungsrechts im Übrigen erfüllt wären.

## **2. Zur Bedeutung der „Richtlinien zur Vergabe staatlicher Zuwendungen an nichtstaatliche Museen in Bayern“**

Unter „nichtstaatlichen Museen“ werden in dieser Richtlinie Museen in kommunaler, kirchlicher oder privater Trägerschaft verstanden.<sup>36</sup> Museen, die als rechtsfähige Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts organisiert sind, gelten in diesem Sinne als staatliche Museen. Die von der „Landesstelle für die nichtstaatlichen Museen in Bayern“ dokumentierten und in der dem Sachverständigen gestellten Frage I f) erwähnten „Richtlinien zur Vergabe staatlicher Zuwendungen an staatliche Museen in Bayern“ wären demnach im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig. Sollten sie einschlägig sein, würde sich hieraus aber nichts anderes ergeben als aus dem Zuwendungsrecht der Art. 23 u. 44 BayHO sowie den darauf gestützten Verwaltungsvorschriften, weil in diesen Richtlinien im letzten Absatz unter der Überschrift „Zusatzbestimmungen“ ausdrücklich die Geltung all jener Vorschriften angeordnet wird.

---

<sup>35</sup> Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen über die Verwaltungsvorschriften zur Bayerischen Haushaltsordnung (VV-BayHO) vom 5. Juli 1973 (FMBl. S. 259), die zuletzt durch Bekanntmachung vom 22. November 2022 (BayMBl. Nr. 766) geändert worden ist.

<sup>36</sup> Vgl. allg. Möhle (Hrsg.), Handbuch des Museumsrechts 7: Öffentliches Recht, 1999, S. 19 f., 94, 96 f.

### 3. Anwendbarkeit des Zuwendungsrechts?

War die Staatsregierung dazu verpflichtet, die soeben skizzierten Vorschriften des Zuwendungsrechts zu beachten und folglich das Deutsche Museum AdöR namentlich zur Anwendung des Vergaberechts gegenüber Dritten qua ANBest zu verpflichten?

Nach Art. 23 BayHO sind Zuwendungen Ausgaben für Leistungen „an Stellen außerhalb der Staatsverwaltung“. Der Begriff der „Staatsverwaltung“ wird in diesem Zusammenhang nicht näher definiert. Unumstritten ist, dass Stellen der *unmittelbaren* Staatsverwaltung (d.h. die Ministerien und beispielsweise die Regierungen) keine Stellen außerhalb der Staatsverwaltung in diesem Sinne sind und damit auf sie das Zuwendungsrecht nicht anwendbar ist. Das Deutsche Museum AdöR ist keine Stelle der unmittelbaren Staatsverwaltung, sondern eine Stelle der sog. mittelbaren Staatsverwaltung. Hierzu gehören all diejenigen Verwaltungseinheiten, die selbst Verwaltungsträger sind und somit einem Hauptverwaltungsträger (hier: dem Freistaat Bayern) mittelbar zugerechnet werden. Wichtigste Erscheinungsformen sind Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Nach § 1 Abs. 2 S. 1 u. 2 der Satzung des Deutschen Museums ist dieses eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Im Sinne des allgemeinen Verwaltungsorganisationsrechts gehört sie damit zur mittelbaren Staatsverwaltung.<sup>37</sup>

(1) Nach deutlich überwiegender Auffassung im haushaltsrechtlichen Schrifttum (auch bundesweit) sind Anstalten und andere Teile der mittelbaren Staatsverwaltung *nicht* „als Stellen außerhalb der Staatsverwaltung“ i.S.d. Art. 23 BayHO zu verstehen.<sup>38</sup> Als Argumente hierfür werden angeführt der Wortlaut von Art. 23 BayHO, der lediglich den Oberbegriff „Staatsverwaltung“ verwendet, die in Art. 26 Abs. 3 Nr. 1 u. 2 BayHO zum Ausdruck kommende systematische Unterscheidung und der Blick auf Art. 105 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 BayHO, wonach u.a. für die Anstalten des öffentlichen Rechts bereits

<sup>37</sup> Näher zu den Kategorien *Burgi*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 8 Rn. 10 f.

<sup>38</sup> Dahingehend v. *Lewinski/Burbat*, Bundeshaushaltsordnung, 2013, Art. 23 BHO Rn. 23; *Dittrich*, Bundeshaushaltsordnung, 48. AL (Januar 2015), Art. 23 BHO Erl. 4.4; *Hugo/Sandfort*, in: Heuer/Scheller, Kommentar zum Haushaltsrecht, 62. EL. (August 2015), Art. 23 BHO Rn. 21; *Rossi*, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, Art. 23 BHO Rn. 13 ff. In diesem Sinne auch das Begriffsverständnis der Bundesregierung (siehe BT-Drs. 15/3980, S. 62).

unmittelbar durch das Gesetz die Geltung der wichtigsten haushaltsrechtlichen Bindungen angeordnet wird (dazu noch sogleich).<sup>39</sup>

Folgt man dieser – wie gesagt herrschenden Auffassung – sind Anstalten des öffentlichen Rechts also „Stellen innerhalb der Staatsverwaltung“, weswegen ihnen gegenüber das Zuwendungsrecht nicht anwendbar ist. Dies bedeutet aber keineswegs eine Freiheit von haushaltsrechtlichen Bindungen. Der Unterschied liegt allein darin, dass diese Bindungen sich nicht aus Nebenbestimmungen zu Zuwendungsbescheiden ergeben, sondern bereits unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich aus der bereits erwähnten Norm des Art. 105 Abs. 1 BayHO. Diese verpflichtet u.a. Anstalten des öffentlichen Rechts zur unmittelbaren Anwendung der Art. 106 bis 110 BayHO und zur „entsprechenden“ Anwendung der Art. 1 bis 87 BayHO.

(2) Teilweise wird im haushaltsrechtlichen Schrifttum vertreten, dass Anstalten des öffentlichen Rechts (und andere Teile der mittelbaren Staatsverwaltung), weil sie für die Erfüllung von Zwecken eines eigenen, von dem des Landes getrennten Aufgabekreises finanzielle Mittel erhielten, als im Sinne von Art. 23 BayHO „Stellen außerhalb der Staatsverwaltung“ und mithin als Zuwendungsempfänger anzusehen seien.<sup>40</sup> Folgte man diesem Verständnis, wäre das Zuwendungsrecht auf die Gewährung finanzwirksamer Leistungen an eine Anstalt des öffentlichen Rechts wie das Deutsche Museum AdöR anwendbar. Dies wiederum bedeutete, dass das Deutsche Museum AdöR infolge der ANBest und deren dann notwendigen Zugrundelegung in den Zuwendungsbescheiden zur Anwendbarkeit der haushaltsrechtlichen Vorgaben verpflichtet wäre.

#### **4. Jedenfalls erfolgte Anwendung der zuwendungsrechtlichen Vorgaben**

Im vorliegenden Zusammenhang kann der soeben beschriebene Meinungsstreit dahinstehen, da der Freistaat Bayern durch das Bayerische Staatsministerium für (zunächst: Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst, später für Wissenschaft und Kunst) von sich aus das Zuwendungsrecht angewendet hat. Nicht geklärt werden

<sup>39</sup> Hierzu *Birkner/Haferkorn/Wolfrum*, Bayerisches Haushaltsrecht, 68. AL (November 2003), Art. 105 BayHO Erl. 1.

<sup>40</sup> Dafür *Müller/Richter/Ziekow*, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A Rn. 211 m.w.N.; unklar, aber möglicherweise mit ähnlicher Tendenz *Birkner/Haferkorn/Wolfrum*, Bayerisches Haushaltsrecht, a.a.O., Art. 23 BayHO, Erl. 5.2 (ohne nähere Begründung).

kann, ob es hierbei die Auffassung unter (2) zugrunde gelegt hat oder der zu (1) beschriebenen herrschenden Meinung folgend gleichsam überobligatorisch gehandelt hat. Jedenfalls enthalten alle Zuwendungsbescheide für die Aufbau-/Konzeptphase, und zwar seit dem Haushaltsjahr 2015 (siehe oben A. III. 1.), folgende Regelung:

*„Der Bewilligung liegen die beiliegenden Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P) zugrunde.“*

Eine entsprechende Bestimmung enthalten von Anfang an die Zuwendungsbescheide für den laufenden Betrieb. Darin heißt es:

*„Der Bewilligung liegen die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung (ANBest-I) zugrunde.“*

## **5. Konsequenzen im Hinblick auf das Vergaberecht**

Stellvertretend seien insoweit die ANBest in der Fassung vom 2.1.2017 zitiert:

- Anlage 2 zu Art. 44 BayHO (ANBest-P) i.d.F.v. 2.1.2017:

### *„3. Vergabe von Aufträgen*

*Bei der Vergabe von Aufträgen zur Erfüllung des Zuwendungszwecks sind folgende Vorschriften zu beachten:*

*3.1 Bei der Vergabe von Aufträgen für Bauleistungen die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) Abschnitt 1.*

*3.2 Bei der Vergabe von Aufträgen für Lieferungen und Leistungen die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A) Abschnitt 1.*

*3.3. Weitergehende Bestimmungen, die den Zuwendungsempfänger zur Anwendung von Vergabevorschriften verpflichten (z.B. die §§ 97 ff. GWB in Verbindung mit der Vergabeverordnung bzw. der Sektorenverordnung in ihren jeweils geltenden Fassungen und dem Abschnitt 2 der VOB/A).“*

Sachlich entsprechende Formulierungen finden sich in der Anlage 2 zu Art. 44 BayHO (ANBest-I Institutionelle Förderung) in der hierfür maßgeblichen Fassung vom 1.3.2021 (dort Nr. 3.1 bis 3.3).

Dies bedeutet für die Zuwendungsempfänger, dass sie jeweils einen vergaberechtlichen Mindeststandard beachten müssen. Dieser Standard ist dann erhöht (und ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 97 ff. GWB), wenn der Zuwendungsempfänger selbst öffentlicher Auftraggeber ist und daher durch die Vorschriften des GWB unmittelbar

zur Anwendung des (deutlich strengeren) europäischen Vergaberechts verpflichtet ist. Im Teil 1 des erstatteten Gutachtens wurde im Abschnitt B zu Frage I c), erster Teil festgestellt, dass das Deutsche Museum AdöR ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 GWB ist.

Ebenfalls wurde dort aber festgestellt, dass der hier infrage stehende Mietvertrag zwischen dem Deutschen Museum AdöR und der Alpha Grundbesitz GmbH & Co. KG vom 02.06.2017 nicht als ein vergaberechtspflichtiger öffentlicher Auftrag im Sinne von § 103 GWB anzusehen war. Da das Zuwendungsrecht und insbesondere auch die ANBest selbst keine Definition dessen, was „öffentliche Aufträge“ sind, enthalten, ist davon auszugehen, dass dort die Begriffsbestimmungen des GWB-Vergaberechts maßgeblich sind, und zwar sowohl im Hinblick auf die in Bezug genommenen GWB-Vorschriften selbst als auch im Hinblick auf die in Bezug genommenen Vorschriften aus VOB/A, VOL/A, Vergabeverordnung etc., d.h. ober- und unterhalb der Schwellenwerte.<sup>41</sup>

Danach war das Deutsche Museum AdöR zwar grundsätzlich zur Anwendbarkeit des Vergaberechts qua Zuwendungsbescheid verpflichtet. Konkret der im Mittelpunkt der Untersuchung stehende Mietvertrag vom 2.6.2017 war aber vergaberechtsfrei. Dass vor dem Abschluss dieses Vertrages die vergaberechtlichen Vorschriften nicht angewendet worden sind, stellte somit auch keinen Verstoß gegen die Auflagen in den Zuwendungsbescheiden dar.

---

<sup>41</sup> *Dittrich*, Bundeshaushaltsordnung, 41. AL (Juni 2010), Art. 55 BHO Erl. 10; *Groß*, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/LHO, Art. 55 BHO Rn. 62 ff.

## **Zusammenfassung zu Teil 2 (Beihilfe- und Zuwendungsrecht)**

1. Das in Art. 107 f. AEUV niedergelegte EU-Beihilferecht war im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig. Da es sich bei dem Deutschen Museum AdöR nicht um ein Unternehmen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt, lag im Verhältnis zwischen dem Freistaat Bayern und dem Deutschen Museum AdöR keine Beihilfe vor. Dies ergibt sich letzten Endes aus dem Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation sowie der Beihilfe-Bekanntmachung der Europäischen Kommission, soweit kulturelle Tätigkeiten infrage stehen.

Im Verhältnis zwischen dem Deutschen Museum AdöR und der Alpha Grundbesitz GmbH & Co. KG fehlte es am Beihilfemerkmale der „Begünstigung“. Eine etwaige Anwendung des EU-Beihilferechts im hier zu beurteilenden Fall der Anmietung eines Grundstücks bzw. Gebäudes hätte außerhalb des bisherigen rechtlichen Beurteilungshorizonts für Transaktionen gelegen, in deren Rahmen sich die Empfängerseite zur Erbringung zahlreicher Gegenleistungen verpflichtet.

2. Obwohl die im haushaltsrechtlichen Schrifttum überwiegend geteilten Argumente gegen eine Anwendbarkeit des Zuwendungsrechts auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Freistaat Bayern und dem Deutschen Museum als Anstalt des öffentlichen Rechts gesprochen hätten, hat der Freistaat Bayern in allen relevanten Zuwendungsbescheiden die sich aus den Art. 23 und 44 BayHO sowie den darauf gestützten Verwaltungsvorschriften ergebenden zuwendungsrechtlichen Verpflichtungen dem Deutschen Museum AdöR gegenüber umgesetzt. Dazu gehört namentlich die Verpflichtung zur Beachtung des Vergaberechts bei der Erteilung von Aufträgen an Dritte (hier: ggf. die Alpha Gruppe). Voraussetzung hierfür ist aber wiederum das Vorliegen eines „öffentlichen Auftrages“. Wie ausführlich im Teil 1 des erstatteten Gutachtens ausgeführt, waren die hier zu beurteilenden Vorgänge aber vergaberechtsfrei.



*Professor Dr. iur. Martin Burgi*