

Wohnungsbau: Juristischer Werkzeugkasten für die öffentliche Hand

Teil 1: Der Blickwinkel des Unions - Beihilfen- und Vergaberechts

Executive Summary

- > Städte und Gemeinden dürfen den **Begriff des sozialen Wohnungsbaus** als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) weit fassen. Dies ermöglicht, in großem Umfang Aufgaben ihrer Wohnungsbaugesellschaften im Bereich des sozialen Wohnungsbaus im Einklang mit dem Beihilfenrecht öffentlich teilzufinanzieren.
- > Ob **öffentliche Wohnungsbaugesellschaften als öffentliche Auftraggeber** das Vergaberecht anwenden müssen, bleibt eine Frage des Einzelfalls. In der Tendenz gilt: Je mehr Städte und Gemeinden ihre Wohnungsbaugesellschaften in die Pflicht nehmen, sozialen Wohnungsbau zu betreiben, desto eher werden sie als öffentlicher Auftraggeber einzuordnen sein.
- > Noch ist ungeklärt, ob die **Praxis bei der Veräußerung von öffentlichen Grundstücken durch Konzeptvergaben beihilfenrechtlichen Anforderungen** Genüge tut. Hier wird es zum Schwur kommen, wenn nationale Gerichte oder die Europäische Kommission (KOM) nach Wettbewerbsklagen oder -beschwerden Farbe bekennen müssen.

I. Einleitung

Zwischen Daseinsvorsorge und Goldrausch: Das Thema bezahlbarer Wohnraum beschäftigt alle wachsenden Städte in Deutschland. In Berlin beherrscht die Initiative „Deutsche Wohnen & Co enteignen“ die Diskussion. Muss das sein? Gibt es andere Instrumente, mit denen Städte Beiträge dazu leisten können, dass Wohnraum entsteht und für viele Menschen bezahlbar ist? Welche rechtlichen

Grenzen bestehen? Wo gibt das Recht Gestaltungsmöglichkeiten?

In einer Reihe von GSK Updates betrachten wir das Thema aus dem Blickwinkel des Beihilfen- und Vergaberechts, des Städtebau - und Immobilienrechts.



In Ihren Händen halten Sie unseren unionsrechtlich geprägten Eingangsbeitrag. Wir befassen uns nachfolgend

- damit, welche Reichweite der Begriff des sozialen Wohnungsbaus nach dem europäischen Beihilfenrecht hat (unten II),
 - mit der nach wie vor aktuellen Frage, ob und in welchen Fällen öffentliche Wohnungsbaunehmen das Vergaberecht anwenden müssen, wenn sie Aufträge vergeben (unten III)
- und
- schließlich damit, was den vergabe- und beihilferechtlichen Rahmen ausmacht, wenn Städte und Gemeinden öffentliche Grundstücke im Wege der Konzeptvergabe veräußern und damit zugleich einen Beitrag leisten wollen, Wohnraum zu schaffen (unten IV).

II. Öffentliche Finanzierung von sozialem Wohnungsbau durch kommunale Gesellschaften

Intensiv wird aktuell darüber diskutiert, wie die Städte und Gemeinden im Einklang mit dem Beihilfenrecht ihre Wohnungsbaugesellschaften unterstützen können, damit diese mehr Wohnungen und vor allem auch sozialen Wohnraum schaffen können. Sozial bedeutet dabei vor allem, dass die Wohnungsbaugesellschaften Mieten unterhalb des Marktpreises deckeln und Umlagen für Modernisierungen nicht im gesetzlich zulässigen Rahmen auf die Mieten umlegen. Im Gegenzug erhalten die Wohnungsbaugesellschaften Mittel ihres kommunalen Gesellschafters in Form von Zuschüssen oder aber Grundstücken. Beihilfenrechtlich lassen sich diese Begünstigungen der Wohnungsbaugesellschaften in der Regel nicht anhand des Kriteriums des marktwirtschaftlichen Wirtschaftsteilnehmers begründen. Denn die Städte nehmen die Begünstigungen gerade vor, damit die Wohnungsbaugesellschaften anders handeln und auch anders handeln können als ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer. Dieser würde – so die Ausgangsichtweise des Beihilfenrechts – nämlich Mieten zu Marktpreisen und Modernisierungsumlagen im Rahmen des gesetzlich Zulässigen erheben. Eine Lösung für eine beihilfenkonforme Finanzierung bietet die Betrauung der Wohnungsbaugesellschaft nach dem DAWI-Beschluss¹ mit der Aufgabe des sozialen Wohnungsbaus. Dabei erkennt der DAWI-Beschluss an, dass es sich beim sozialen Wohnungsbau um eine DAWI handelt. Dies belegt Art. 2 Abs. 1 lit. c) DAWI-Beschluss, der den sozialen Wohnungsbau als eine Kategorie von DAWI ausdrücklich nennt und zugleich den Schwellenwert der nach dem DAWI-Beschluss grundsätzlich geltenden Grenze von EUR 15 Millionen an jährlichen Ausgleichsleistungen aufhebt.

Das System ist damit klar. Diskussionen wirft aber eine sehr grundlegende Frage auf. Welche Reichweite hat der soziale Wohnungsbau als DAWI? Das europäische Beihilfenrecht selbst trifft hierzu keine Aussage.

¹ Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, ABl. L7/3.

1. Grundlage zur Definition einer DAWI

Zuletzt hat die KOM im Verfahren zur Prüfung der öffentlichen Finanzierung der Wirtschaftsförderung² deutlich gemacht, welche Kernelemente für sie eine DAWI ausmachen. Dabei erkennt die KOM an, dass der Begriff der DAWI sich beständig weiterentwickelt und u.a. von den Bedürfnissen der Bürgerinnen und Bürger, den Marktentwicklungen und den sozialen und politischen Präferenzen im betreffenden Mitgliedstaat abhängt. Dies vorausgesetzt

- weist eine DAWI erstens im Vergleich zu anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten besondere Merkmale auf,
- betrifft zweitens Dienstleistungen, die ein Wirtschaftsteilnehmer, der in seinem eigenen kaufmännischen Interesse handelt, nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen hätte,
- wird drittens nicht von im Einklang mit den Marktregeln handelnden Unternehmen zu normalen Marktbedingungen zufriedenstellend erbracht

und

- zeichnet sich viertens dadurch aus, dass die Dienstleistungen zum Wohle der Bürger oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes erbracht werden.

Dabei kommt den Mitgliedstaaten die Kompetenz zu, bestimmte Dienstleistungen als „im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegend“ einzustufen. Das leuchtet sofort ein, wenn man daran denkt, dass Umfang und Aufbau einer DAWI bzw. – nach deutschen Begrifflichkeiten einer Daseinsvorsorgeleistung - von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat und auch innerhalb der Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestaltet sein können. Dementsprechend überprüft die KOM den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Definition von DAWI nur auf offenkundige Beurteilungsfehler.

2. Reichweite der DAWI sozialer Wohnungsbau

Aus unserer Sicht folgen aus der Kompetenz der Mitgliedstaaten, DAWI zu bestimmen und dabei aktuellen Entwicklungen sowie politischen Präferenzen

² KOM, Mitteilung an die Bundesrepublik Deutschland vom 31. Januar 2019, SA.44264 (2016/MX) – Überwachung von unter den DAWI-Beschluss fallenden Beihilferegeln – Beihilfen im Bereich der Wirtschaftsförderung.

zen Rechnung tragen zu dürfen, dass diese im Bereich des sozialen Wohnungsbaus großzügig Leistungen als DAWI einstufen dürfen.

So sehen wir keinen offenkundigen Beurteilungsfehler, wenn in den wachsenden deutschen Städten der soziale Wohnungsbau als ausgleichsfähige DAWI nicht ausschließlich darauf beschränkt wird, Personen Wohnraum zu Verfügung zu stellen, die Wohnberechtigungsscheine haben oder jedenfalls deren Bewilligungsvoraussetzungen erfüllen. Vielmehr halten wir es für gut vertretbar, es als eine DAWI im sozialen Wohnungsbau anzusehen, wenn Wohnraum auch Personen bereitgestellt wird, die keinen Anspruch auf einen Wohnberechtigungsschein haben, deren Einkommen aber eine für die jeweilige Stadt sinnvoll definierte Einkommensgrenze nicht überschreitet.

3. Präzedenzfall: Sozialer Wohnungsbau in den Niederlande

Prüfungen der KOM zur Definition des sozialen Wohnungsbaus als DAWI in den Niederlanden und erste europäische Rechtsprechung von November 2018 bestätigen unsere Linie, dass die Mitgliedstaaten den Begriff des sozialen Wohnungsbaus weit fassen dürfen. Für uns handelt es sich bei der Einordnung des sozialen Wohnungsbaus als DAWI in den Niederlanden um einen Präzedenzfall, den sich die deutsche Praxis zum Vorbild nehmen kann. Zum Präzedenzfall Niederlande im Einzelnen:

Am 15. Dezember 2009 bestätigte die KOM Beihilfen der Niederlande für den sozialen Wohnungsbau zugunsten einiger Wohnungsbauunternehmen als zulässige DAWI³. Dabei hatte die KOM zunächst der Definition des sozialen Wohnungsbaus durch die Niederlande widersprochen, weil diese keine Einkommensgrenze vorgesehen hatten.

Die Niederlande besserten daraufhin nach und definierten eine Reihe von Voraussetzungen, die erfüllt sein mussten, damit sie die Bereitstellung der Wohnungen durch die Wohnungsbauunternehmen als DAWI für den sozialen Wohnungsbau einordneten. Die wohl wichtigste Voraussetzung war, dass als Berechtigte für Wohnungen des sozialen Wohnungsbaus grundsätzlich nur Personen mit einem

Durchschnittseinkommen von EUR 33.000 jährlich in Betracht kamen. Diese Summe lag im Jahr 2009 unter dem Durchschnittseinkommen in den Niederlanden von EUR 38.000 und erfasste damit 43 % ihrer Bevölkerung. Die Niederlande indexierten die Einkommensgrenze.



Ferner stellte sich das Thema, dass die Niederlande eine soziale Durchmischung bestehender Quartiere erreichen wollten. Daher sollten auch Mieter Wohnungen in Anspruch nehmen können bzw. weiter nutzen können, die die definierte Einkommensgrenze überschritten. Vor diesem Hintergrund legten die Niederlande der KOM ein Konzept vor, das folgende Eckpunkte vorsah:

- 90 % der Wohnungen sollten an Mieter vermietet werden, die die Einkommensgrenze nicht überschreiten. 10 % der Mieter durften die Einkommensgrenze überschreiten, um eine soziale Ausgewogenheit sicherzustellen. Für diese 10 % der Wohnungen waren für die Vergabe sodann andere soziale Kriterien zu definieren, nach denen sie vorrangig vergeben werden sollten (etwa kinderreiche Familien).
- Soweit eine Wohnungsbaugesellschaft die 10 % Grenze nicht einhalten konnte, konnten ausnahmsweise auch weitere 10 % der Wohnungen an Personen vermietet werden, die die Einkommensgrenze überschreiten. Dann mussten die Wohnungsbaugesellschaften aber darauf hinwirken, die 10 % Grenze so schnell wie möglich, spätestens aber in vier Jahren, zu erreichen.
- Für den Fall, dass eine Wohnungsbaugesellschaft die 10 % Grenze (oder aber ausnahmsweise die 20 % Grenze) überschritt, forderte

³ Entscheidung der KOM in der Rechtssache C 2009/9963 final vom 15. Dezember 2009 – nicht in deutscher Sprache veröffentlicht.

der Beihilfengeber eine etwaige Überkompensation von der Wohnungsgesellschaft zurück.

Dabei möchten wir besonders hervorheben, dass die KOM in ihrer Entscheidung den Gedanken der sozialen Ausgewogenheit der Wohnquartiere und der Verhinderung einer sozialen Segregation ausdrücklich billigte. Dieser Gedanke war wesentlicher Grund dafür, in dem Begriff des sozialen Wohnungsbaus als DAWI auch einen Anteil von Wohnungen für Personen vorzusehen, deren Einkommen nicht unterhalb der von den Niederlanden definierten Einkommensgrenze lag.



Gegen die Entscheidung der KOM, mit der diese das Vorgehen der Niederlande und ihre Definition der DAWI sozialer Wohnungsbau letztendlich bestätigt hatte, wendeten sich private Wohnungsunternehmen, vertreten durch den niederländischen Wohnungsbauverband AEDES. Sie machten zusammengefasst geltend, dass es rechtswidrig sei, wie die KOM ihre Befugnis ausübte, die Definition von DAWI im sozialen Wohnungsbau durch die Niederlande zu überprüfen. Die KOM hätte – so der Verband – insbesondere feststellen müssen, dass eine DAWI im Bereich des sozialen Wohnungsbaus nur dann vorliegen könne, wenn Wohnungen ausschließlich an bedürftige Personen vermietet werden. Dem widersprach das Europäische Gericht in seinem Urteil vom 15. November 2018⁴.

Die KOM habe – so das Gericht – ihre Befugnis zur Überprüfung der niederländischen Definition der DAWI vielmehr rechtmäßig ausgeübt. Eine ausschließliche Vermietung an bedürftige Personen habe die KOM nicht verlangen müssen. Die Nieder-

lande hätten ursprünglich nicht die Gruppe der bedürftigen Personen definiert, die in den Genuss von Sozialwohnungen kommen. In diesem Punkt habe die KOM ihre Prüfungskompetenz zutreffend ausgeübt, weil sie von den Niederlanden eine Definition der bedürftigen Personen verlangte. Umgekehrt bedeutet dies: Die Mitgliedstaaten überschreiten ihre Kompetenz, wenn sie den sozialen Wohnungsbau ohne Einkommensgrenzen für diejenigen definieren, die als Mieter Leistungen des sozialen Wohnungsbaus in Anspruch nehmen dürfen. Darüber hinaus widersprach das Europäische Gericht aber weder

- der Definition des sozialen Wohnungsbaus durch die Niederlande und der von den Niederlanden definierten Einkommensgrenze
- noch der Überprüfung der Definition durch die KOM
- noch dem Ergebnis der Niederlande und der KOM, dass die DAWI des sozialen Wohnungsbaus auch umfassen kann, einen untergeordneter Anteil an Wohnungen an Personen zu vermieten, die nicht bedürftig sind und dadurch einen Beitrag zur sozialen Ausgeglichenheit („*mixité sociale*“ oder „*social mix and social cohesion*“) zu leisten.

III. Aktuelle Diskussion um die Auftraggebereigenschaft öffentlicher Wohnungsbaugesellschaften: Anwendung des Vergaberechts?

In der Vergangenheit hat die Rechtsprechung die öffentliche Auftraggebereigenschaft kommunaler Wohnungsbaugesellschaften, die im Bereich des sozialen Wohnungsbaus tätig sind, bejaht.

Eine neuere Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgericht⁵ sorgt nun für Aufruhr: Eine der Hamburger Wohnungsbaugesellschaften sei kein öffentlicher Auftraggeber, da sie gewerblich handle. Zur Begründung führt das OLG an, die Hamburger Wohnungsbaugesellschaft

- sei dem Wettbewerb auf dem Markt ausgesetzt, da sie von der Hansestadt Hamburg nicht bevorzugt behandelt werde,
- habe Gewinnerzielungsabsicht, da sie Ausschüttungen beabsichtige,
- übernehme die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Risiken, zumal sich die Hansestadt Hamburg

⁴ EuG, Urteil vom 15. November 2019, T-202/10 RENV II und T 203/10 REV II - bislang weder in deutscher noch in englischer Sprache veröffentlicht.

⁵ Hanseatisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 11. Februar 2019 - Az. 1 Verg 3/15.

nicht einem Verlustausgleich verpflichtet habe und

- erhalte keine Finanzierung aus öffentlichen Mitteln.

Allerdings weist das OLG selbst darauf hin, dass es sich um eine Einzelfallentscheidung handle, die kein grundsätzliches Abrücken von der bisherigen Rechtsprechung darstelle. Das ist richtig, denn tatsächlich ist die Entscheidung in einigen Punkten nicht auf alle Wohnungsbaugesellschaften übertragbar:

Wohnungsbaugesellschaften unterliegen oftmals Mietpreis- und Belegungsbindungen. Für die betroffenen Wohnungen gibt es aufgrund der Regulierung keinen freien Markt. In diesem Fall fehlt es daher an einer Tätigkeit im Wettbewerb auf dem Markt. Im Übrigen ist stets zu prüfen, ob die Kommune der Wohnungsbaugesellschaft finanzielle Zuwendungen gewährt.

Bezüglich der Gewinnerzielungsabsicht erklärt das OLG zur Abgrenzung, eine Vollthesaurierung sei „für ein gewinnorientiertes Unternehmen sehr ungewöhnlich“. Es besteht daher eine gewisse Tendenz, dass vollthesaurierende Wohnungsbaugesellschaften keine Gewinnerzielungsabsicht i.S.d. Vergaberichts haben.

Schließlich ist zweifelhaft, ob eine Kommune ihrer Wohnungsbaugesellschaft tatsächlich einen Verlustausgleich bis in die Insolvenz versagen würde. Oftmals liegt ein positives Bekenntnis für den Erhalt der Leistungsfähigkeit durch Eigenkapitalzuführung vor, so dass keine Risikotragung anzunehmen ist.

Im Ergebnis bietet die Entscheidung des OLG also keine Veranlassung, von der bisherigen Einschätzung, nach der Wohnungsbaugesellschaften als öffentliche Auftraggeber anzusehen sind, grundsätzlich abzurücken.

IV. Veräußerungen öffentlicher Grundstücke – Konzeptvergaben

Städte und Gemeinden sind große Grundstückseigentümer, die schon immer Grundstücke gekauft und verkauft haben, um ihre öffentlichen Aufgaben zu erfüllen. Seit etwa dem Jahr 2010 hat die Praxis mit der Konzeptvergabe ein Instrument entwickelt, mit dem Städte und Gemeinden beim Verkauf von Grundstücken noch einen Beitrag zum Wohnungsbau leisten wollen.

1. Grundlagen der Konzeptvergabe

Städte und Gemeinden veräußern Grundstücke in Bieterverfahren oder direkt auf der Grundlage eines Wertgutachtens. Neben diesen beiden herkömmlichen Verfahren ist die Konzeptvergabe als Verfahren zur Veräußerung kommunaler Grundstücke getreten. Dabei bestehen für die Konzeptvergabe zahlreiche unterschiedliche, lokal entwickelte Ausprägungen. Gemeinsam haben alle Konzeptvergaben, dass Städte und Gemeinden die Entscheidung darüber, an wen sie ein kommunales Grundstück verkaufen, nicht allein anhand des Preises treffen. Vielmehr spielt bei der Auswahl des Käufers eine Rolle, ob dieser ein gutes Konzept für die Nutzung des Grundstücks nach Erwerb vorlegt. Dabei sind in der Praxis wiederum zwei Varianten festzustellen, die sich dadurch unterscheiden, welche Rolle der Preis bei der Auswahlentscheidung spielt.

- In einer Variante der Konzeptvergabe spielt der Preis bei der Auswahl des Erwerbers keine Rolle. Vielmehr setzt die Kommune den Preis für das Grundstück auf der Grundlage eines Wertgutachtens fest und veräußert dieses schlicht an den Bieter, der das beste Konzept eingereicht hat.
- In einer anderen Variante setzt die Kommune den vom Gutachter genannten Preis als Mindestkaufpreis fest, wertet aber das Angebot sowohl nach der Qualität des Konzepts als auch danach, ob die Bieter einen Preis oberhalb des Mindestkaufpreises bieten. Verbreitet ist dabei Konzept/Preis mit einer Gewichtung von 70/30 oder einer Gewichtung 50/50 zu werten. Um die Qualität des Konzepts zu werten, geben die Städte und Kommunen Kriterien vor, die sich grob in die Kategorien Wohnungsbau, Städtebau, Architektur, und Ökologie/Verkehr unterteilen lassen. Kommt es einer Stadt oder Gemeinde auf die Förderung des Wohnungsbaus an, wird sie vor allem oder sogar ausschließlich zu dem Kriterium Wohnungsbau ein Konzept der Bieter verlangen. Unterkriterien, zu denen die Bieter im Konzept ausführen müssen, wie sie zum Wohnungsbau beitragen sind dabei etwa: Mietpreisbindung, Begrenzung von Mietanpassungen und Umlagen, Begünstigung bestimmter Zielgruppen nach sozialen Kriterien, Begrenzung/Ausschluss der Umwandlung in Wohnungseigentum. Das Konzept des obsiegenden Bieters wird dann Bestandteil des Kaufvertrags. Abgesichert wird seine Umsetzung im

Regelfall durch Vertragsstrafen und/oder ein vertragliches Rücktrittsrecht.

2. Vergaberechtliche Anforderungen

Bei Konzeptvergaben handelt es sich letztlich um Grundstückstransaktionen. Diese sind für sich betrachtet vom Vergaberecht ausgenommen, § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Vergaberechtlich relevant können Konzeptvergaben erst dadurch werden, dass die Grundstückstransaktion mit einer Bau- und Nutzungsverpflichtung verbunden wird. Beispielsweise kann sich der Grundstückserwerber zur Errichtung oder Sanierung von Gebäuden und einer anschließenden anteiligen Vermietung als Sozialwohnungen verpflichten. Aber auch verbindliche Belegungsrechte zu Gunsten der Kommune sowie detaillierte Regelungen der zulässigen Nutzungsberechtigten samt Deckelung der maximalen Entgelte werden oft vorgegeben.

Eine solche Bauverpflichtung führt gemäß § 103 Abs. 3 S. 2 GWB zur vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht, wenn die Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen zu erbringen ist, der Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat und zudem die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt.

Eine solche Bauleistung liegt zum Beispiel dann vor, wenn der Auftraggeber die zu errichtenden Gebäude in ihrer Beschaffenheit und Ausstattung genau beschreibt. Nicht ausreichend ist nach der Rechtsprechung hingegen die Vorgabe, lediglich den Bebauungsplan einzuhalten. Letztlich läuft die Frage, ob eine Bauverpflichtung im Sinne des Vergaberechts vorliegt, auf eine Einzelfallprüfung hinaus.

Darüber hinaus muss die Leistung des Erwerbers einklagbar sein. Der Auftraggeber muss verlangen können, dass die Bauleistung realisiert wird und dies im Klagewege geltend machen können. Nicht ausreichend ist ein Rücktrittsrecht für den Fall der Nichterbringung der Bauleistung, da hierin gerade keine Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistung enthalten ist.

Schließlich muss die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen. Das ist nach der Rechtsprechung dann erfüllt, wenn der Auftraggeber Eigentümer der Bauleistung wird, ihm ein Rechtstitel die Verfügbarkeit der Bauwerke sichert, der Auftraggeber wirtschaftliche Vorteile aus dem Bauwerk ziehen kann, er an der Erstellung des

Bauwerks finanziell beteiligt ist oder er das Risiko eines Fehlschlagens der Bauleistung trägt. Aber auch, wenn der Auftraggeber von eigenen öffentlichen Aufgaben im Umfang des Vertrages entlastet wird, wird von einem öffentlichen Auftrag ausgegangen.

Ist nach alledem auf die konkret ausgestaltete Konzeptvergabe das Vergaberecht anwendbar, empfiehlt es sich, die Konzeptvergabe im Wege des Verhandlungsverfahrens oder des wettbewerblichen Dialogs durchzuführen. Als Wertungskriterien kommen insbesondere der Preis, die Planung und das Nutzungskonzept in Betracht.

Sollte Vergaberecht nicht anwendbar sein, bleibt in der Regel das Haushaltsrecht mit seinen Verpflichtungen zu Gleichbehandlung und einem transparenten, wettbewerblichen Bieterverfahren. Im Zweifel empfiehlt es sich zudem, eine freiwillige ex ante-Bekanntmachung nach § 135 Abs. 3 GWB zu veröffentlichen, um schnell Rechtssicherheit über den abzuschließenden Vertrag zu erlangen.

3. Beihilfenrechtliche Anforderungen

Das Beihilfenrecht verbietet es, dass staatliche Stellen Unternehmen Begünstigungen gewähren, die den grenzüberschreitenden Wettbewerb in der Europäischen Union beeinträchtigen. Überträgt eine öffentliche Stelle ein Grundstück an ein Unternehmen, ist dies aber nur dann eine Begünstigung, wenn das Unternehmen keine angemessene Gegenleistung dafür entrichtet. Zahlt also ein Käufer an den öffentlichen Verkäufer einen angemessenen Preis, liegt keine Beihilfe vor. Prüfungsmaßstab der Europäischen Gerichte ist dabei das *Kriterium des privaten Verkäufers*. Hierzu wird geprüft, ob ein privater Verkäufer unter normalen Marktbedingungen denselben oder einen besseren Preis hätte erzielen können. Kommt die Prüfung zu dem Ergebnis, dass ein Privater einen besseren Preis erzielt hätte, ist der Verkaufserlös des öffentlichen Verkäufers zu gering und begünstigt damit den Erwerber. Dabei gibt die Kommissionspraxis, die wiederum wesentlich auf der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte beruht, vor, wie ein öffentlicher Verkäufer sicherstellen kann, dass er bei seiner Grundstücksveräußerung einen angemessenen Preis erzielen kann, der dem Kriterium des privaten Verkäufers entspricht.

Angemessen ist der Preis eines Grundstückes, wenn dieses in einem bedingungsfreien Bieterverfahren

veräußert wird. Statt einer Veräußerung in einem Bieterverfahren kann die öffentliche Stelle auch direkt an ein Unternehmen veräußern, wenn der Preis dem Wert des Grundstücks entspricht, den vor der Veräußerung ein unabhängiger Sachverständiger ermittelt hat.

So einfach die Grundsätze, indes stellen sich für die Veräußerung öffentlicher Grundstücke im Wege der Konzeptvergabe ergänzende Fragen, die beihilfenrechtlich aus unserer Sicht noch nicht hinreichend betrachtet wurden.

- Erstens stellt sich die Frage, ob der öffentliche Verkäufer zum Preis eines Wertgutachtens veräußern darf, wenn er doch mit der Konzeptvergabe eine Art Bieterverfahren durchführt. Diese Frage stellt sich vor allem dann, wenn die Kommune wegen eines besseren Konzepts eines anderen Bieters nicht an einen Höchstbietenden verkauft, der einen höheren Preis als den durch Wertgutachten festgestellten geboten hat. So hat der EuGH bereits entschieden, dass bei einer Veräußerung von Unternehmensanteilen durch den Staat dieser nicht zum Gutachterpreis veräußern darf, wenn in einem Bieterverfahren ein höherer Preis geboten wird.⁶
- Zweitens ist daran zu erinnern, dass die Veräußerung bedingungsfrei erfolgen muss. Eine Ausschreibung für den Verkauf von Vermögenswerten ist dabei nach der Definition der KOM bedingungsfrei, wenn es potenziellen Käufern unabhängig davon, ob sie bestimmte Unternehmen betreiben, grundsätzlich freisteht, die zum Verkauf stehenden Vermögenswerte, Waren oder Dienstleistungen zu erwerben und für ihre eigenen Zwecke zu nutzen. Umgekehrt ist eine Ausschreibung nicht bedingungsfrei, wenn zur Bedingung gemacht wird, dass der Käufer zugunsten der Behörden oder im allgemeinen öffentlichen Interesse besondere Verpflichtungen eingeht, die ein privater Verkäufer nicht verlangt hätte und die sich nicht aus dem allgemeinen nationalen Recht oder aus Entscheidungen der Planungsbehörden ergeben.⁷

⁶ EuGH, Urteil vom 24. Oktober 2013, Rs. C-214/12, 215/12 und 223/12- Bank Burgenland. Siehe hierzu auch Fußnote 153 der Mitteilung zum Begriff der staatlichen Beihilfe: „Wird der Marktpreis im Wege von *Pari-passu*-Transaktionen oder Ausschreibungen festgesetzt, so kann das Ergebnis nicht durch andere Bewertungsmethoden, z. B. unabhängige Gutachten, in Frage gestellt werden.“

⁷ Mitteilung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, Rn. 94.

Dementsprechend hat die KOM bei Unternehmensveräußerungen immer wieder entschieden, dass der Staat sich nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer verhält, wenn er zum Beispiel in Unternehmenstransaktionen den Erwerber (auch) danach aussucht, ob dieser Garantien zum Erhalt von Standorten, Arbeitsplätzen oder zu von ihm beabsichtigten Investitionen erklärt. Ist es nun tatsächlich eine andere Situation, wenn ein Grundstückskäufer mit seinem Konzept anbieten muss, wie er selbst die Nutzung für den Mietwohnungsbau wirtschaftlich begrenzt, indem er sich verpflichtet, Mieten unter Marktpreis anzubieten und gesetzlich zulässige Mietzinserhöhungen oder Modernisierungsumlagen nicht zu erheben? Würde ein privater Grundstücksveräußerer seinem Käufer solche Pflichten auferlegen und dadurch auch nur riskieren wollen, dass der Bieter sein Preisangebot nicht in maximaler Höhe abgibt?

Bisher sind diese Fragen nach unserem Eindruck weder vertieft erörtert noch von Gerichten oder der KOM geklärt worden. Dazu muss es gegebenenfalls auch gar nicht kommen. Denn uns erscheint es durchaus rechtlich möglich, den Grundstückserwerber mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach dem Freistellungsbeschluss im Bereich des sozialen Wohnungsbaus zu betrauen und deren Finanzierung dann transparent durch einen Kaufpreinsnachlass öffentlich teilzufinanzieren. Entsprechende Überlegungen wurden immer wieder angestellt.⁸ Auf Betrauungsakte, die im Rahmen von Konzeptvergaben vom kommunalen Grundstücksverkäufer gegenüber den obsiegenden Bietern erlassen wurden, sind wir in der Praxis indes noch nicht gestoßen.

V. Fazit

Wollen Städte und Gemeinden sich für den sozialen Wohnungsbau engagieren, sind die hinreichende Ausstattung ihrer Wohnungsbaugesellschaften mit öffentlichen Mitteln und die Veräußerung von Grundstücken im Wege der Konzeptvergabe mögliche Instrumente. Diese werden in besonderer Weise durch europarechtliche Vorgaben des Beihilfen- und Vergaberechts geprägt. Das Vergabe- und das Beihilfenrecht stellen dabei aus unserer Sicht keine

⁸ Siehe Hessisches Ministerium für Umweltschutz, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Grundstücksvergaben nach der Qualität von Konzepten, 2017, Seite 21.

Hindernisse auf, die einem Engagement der Städte und Gemeinden durch diese Instrumente entgegenstehen. Indes müssen Städte und Gemeinden die Anforderungen des Beihilfen - und Vergaberechts kennen und einhalten. Dies ist umso wichtiger, je mehr öffentliche und private Akteure sich im Wohnungs- und Grundstücksmarkt Wettbewerb liefern.

Dr. Arne Gniechwitz

Rechtsanwalt
Standort Hamburg
arne.gniechwitz@gsk.de

Dr. Jenny Mehlitz

Rechtsanwältin
Fachanwältin für Vergaberecht
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
Standort Berlin
jenny.mehlitz@gsk.de

Dr. Wolfgang Würfel

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Standort München
wolfgang.wuerfel@gsk.de

Urheberrecht

GSK Stockmann – Alle Rechte vorbehalten. Die Wiedergabe, Vervielfältigung, Verbreitung und/oder Bearbeitung sämtlicher Inhalte und Darstellungen des Beitrages sowie jegliche sonstige Nutzung ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung von GSK Stockmann gestattet.

Haftungsausschluss

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot auf Beratung oder Auskunft dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko.

GSK Stockmann und auch die in dieser Mandanteninformation namentlich genannten Partner oder Mitarbeiter übernehmen keinerlei Garantie oder Gewährleistung, noch haftet GSK Stockmann und einzelne Partner oder Mitarbeiter in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grund empfehlen wir, in jedem Fall eine persönliche Beratung einzuholen.

www.gsk.de

GSK STOCKMANN

BERLIN

Mohrenstraße 42
10117 Berlin
Tel +49 30 203907-0
Fax +49 30 203907-44
berlin@gsk.de

FRANKFURT/M.

Taunusanlage 21
60325 Frankfurt
Tel +49 69 710003-0
Fax +49 69 710003-144
frankfurt@gsk.de

HAMBURG

Neuer Wall 69
20354 Hamburg
Tel +49 40 369703-0
Fax +49 40 369703-44
hamburg@gsk.de

HEIDELBERG

Mittermaierstraße 31
69115 Heidelberg
Tel +49 6221 4566-0
Fax +49 6221 4566-44
heidelberg@gsk.de

MÜNCHEN

Karl-Scharnagl-Ring 8
80539 München
Tel +49 89 288174-0
Fax +49 89 288174-44
muenchen@gsk.de

LUXEMBURG

GSK Luxembourg SA
44, Avenue John F. Kennedy
L-1855 Luxembourg
Tel +352 2718 0200
Fax +352 2718 0211
luxembourg@gsk-lux.com