

**vbw Verband baden-württembergischer
Wohnungs- und Immobilienunternehmen e. V.
Herdweg 52/54, 70174 Stuttgart**

**Rechtliche Prüfung und Bewertung
der Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme in Thesen
vom 9. Mai 2016
der Kanzlei Dolde Mayen & Partner**

Ausfertigung: 24.06.2016

Inhaltsverzeichnis

I. Auftragsumfang	1
II. Rechtliche Prüfung und Bewertung der einzelnen Thesen der Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme vom 09.05.2016 der Kanzlei Dolde Mayen & Partner.....	2
1. These 1 – Grundstücksverkauf unter Verkehrswert.....	2
2. These 2 – Anwendbarkeit des § 102 Abs. 1 GemO.....	3
3. These 3 – Bestandsschutz	5
4. These 4 – Wesentliche Erweiterung	6
5. These 5 – Daseinsvorsorge	7
6. These 6 – Schadensersatzansprüche	10
7. These 7 – Beihilfetatbestand	12
8. These 8 – DAWI / Betrauungsakt	15
9. These 9 – Notifizierungspflicht	18
III. Zusammenfassung	19
1. Kommunalrechtliche Beurteilung.....	19
2. Beihilferechtliche Beurteilung	20

I. Auftragsumfang

Die Wohnungsbau Ludwigsburg GmbH (im Folgenden: WBL) hat den vbw Verband baden-württembergischer Wohnungs- und Immobilienunternehmen e. V. mit der rechtlichen Bewertung der Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme in Thesen vom 09. Mai 2016 der Kanzlei Dolde Mayen & Partner beauftragt. Das Thesenpapier enthält die wesentlichen Ergebnisse der im Auftrag der Interessengemeinschaft Ludwigsburger Bauträger durch die Kanzlei Dolde Mayen & Partner erstellten gutachterlichen Stellungnahme zur beabsichtigten Ausweitung der Tätigkeit der WBL im Zusammenhang mit der sog. „Baulandoffensive“ der Stadt Ludwigsburg. Das ausführliche Gutachten der Kanzlei Dolde Mayen & Partner – dieses liegt uns ebenfalls vor – setzt sich mit den geplanten Tätigkeiten der WBL unter kommunal- und beihilferechtlichen Gesichtspunkten auseinander und kommt zu dem Ergebnis, dass diese Tätigkeiten sowohl kommunal- als auch beihilferechtlich unzulässig sind.

Im Folgenden werden von uns die einzelnen Thesen der Zusammenfassung des Gutachtens einer kommunal- und beihilferechtlichen Prüfung und Bewertung unterzogen.

Wir haben den Auftrag auf Grundlage der als Anlage beigefügten Allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, herausgegeben vom Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V., in der Fassung vom 01.01.2002, zur Ausführung angenommen. Diese sind für die Durchführung und unsere Verantwortlichkeit auch im Verhältnis zu Dritten maßgeblich.

II. Rechtliche Prüfung und Bewertung der einzelnen Thesen der Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme vom 09.05.2016 der Kanzlei Dolde Mayen & Partner

1. These 1 – Grundstücksverkauf unter Verkehrswert

These 1 der Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme der Kanzlei Dolde Mayen & Partner lautet wie folgt:

„Der Gemeinderat der Stadt Ludwigsburg hat am 18.03.2015 beschlossen, ca. 30 % der Gesamtnettobaulandfläche für Geschosswohnungsbauvorhaben in acht im Zeitraum von 2015 bis 2023 zu entwickelnden Wohnbaugebieten zur Errichtung von preiswertem Wohnraum entsprechend dem Modell Fair Wohnen an die Wohnungsbau Ludwigsburg GmbH (WBL) zu verkaufen. Zum Ausgleich der damit verbundenen Belastungen sollen die Grundstücke von der Stadt unter dem Verkehrswert an die WBL verkauft werden.

Darüber hinaus plant die WBL weitere große Baumaßnahmen. Im Bereich der Jägerhofkaserne sollen z. B. mindestens 150 Wohneinheiten errichtet werden. Im Gebiet Sonnenberg-Südwest verfügt die WBL über Eigentumsflächen, auf denen mindestens 60 Wohneinheiten geplant sind. Schließlich verfügt die WBL über Flächen in Grünbühl, die von der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (BImA) erworben wurden und auf denen ca. 400 Wohneinheiten geplant sind.“

Der im Hinblick auf die WBL relevante Beschlusstext vom 18.03.2015 lautet wie folgt:

„[...]

2. Ca. 30 % der Gesamtnettobaulandfläche für Geschosswohnungsbauvorhaben werden zur Errichtung von preiswertem Wohnraum entsprechend dem Modell „Fair Wohnen“ an die Wohnungsbau Ludwigsburg GmbH (WBL) verkauft.

[...]“

Dem Wortlaut des Beschlusstextes lässt sich nicht entnehmen, dass die Grundstücke von der Stadt als Ausgleich unter dem Verkehrswert an die WBL verkauft werden sollen. Lediglich der Begründung der Beschlussvorlage vom 25.02.2015 (VORL.NR. 073/15) ist der Vorschlag zu entnehmen, dass die WBL mit der Errichtung der Wohnungen für das Fair Wohnen-Modell beauftragt werde. Danach solle das Fair Wohnen-Modell durch einen Kaufpreinsnachlass mitfinanziert werden, da in dem geplanten Rahmen die Mietpreisvergünstigungen nicht allein durch den Renditeverzicht der WLB aufgefangen werden könnten. Die Beschlussfassung über die Grundstückssubvention sei der Rechtsaufsichtsbehörde vorzulegen. Die Veräußerung an die WBL und die Höhe der Grundstückssubvention sind dem Gemeinderat jeweils zur Beschlussfassung vorzulegen. Der Begründung der Beschlussvorlage vom 25.02.2015 ist demgemäß zu entnehmen, dass bei einer etwaigen Realisierung des geplanten „Ausgleichs“ weitere verbindliche Beschlüsse gefasst werden müssten. Insofern wurde der WBL keine bindende Zusage der Stadt im Hinblick auf den Verkauf von verbilligten Grundstücken erteilt. Unabhängig davon, wurde nach unseren Informationen von diesen Überlegungen seitens der Stadt Ludwigsburg Abstand genommen.

Fazit:

These 1 entspricht nicht dem tatsächlichen Sachverhalt.

2. These 2 – Anwendbarkeit des § 102 Abs. 1 GemO

These 2 der Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme der Kanzlei Dolde Mayen & Partner lautet wie folgt:

„Die Bautätigkeit der WBL ist am Maßstab des § 102 Abs. 1 der Gemeindeordnung (GemO) zu überprüfen. Danach darf die Gemeinde ungeachtet der Rechtsform wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder erfüllt werden kann (§ 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO). Diese durch das Gesetz vom 01.12.2005 eingeführte „qualifizierte Subsidiaritätsklausel“ ist eine Schutznorm für Konkurrenten gegen die Betätigung kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen.“

These 2 geht von der Prämisse aus, dass die geplanten Tätigkeiten eine „Ausweitung“ der bisherigen Tätigkeit der WBL darstellen, der Anwendungsbereich des § 102 Abs. 1 Gemeindeordnung Baden-Württemberg (GemO) mithin eröffnet ist. Denn nach § 102 Abs. 1 GemO ist nicht nur die Neuerrichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens an der Schrankentrias des § 102 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 GemO zu messen, sondern auch die wesentliche Erweiterung eines bestehenden wirtschaftlichen Unternehmens.

Laut § 102 Abs. 1 GemO darf die Gemeinde ungeachtet der Rechtsform wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
3. bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Gesellschafter der WBL sind die Stadt Ludwigsburg (99,996 %) und die Kreissparkasse Ludwigsburg (0,004 %). Bei Gründung bzw. Errichtung der Gesellschaft waren somit die Vorgaben des § 102 Abs. 1 GemO zu beachten. Der Gesellschaftsvertrag ist dementsprechend ausgestaltet. Nach § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags ist Gegenstand und Zweck des Unternehmens die nachhaltige Erfüllung der folgenden kommunalen Aufgaben:

- vorrangig eine soziale und ökologische verantwortbare Wohnungsversorgung für breite Schichten der Bevölkerung sicherzustellen,
- die kommunale Siedlungspolitik und Maßnahmen der Infrastruktur zu unterstützen,
- städtebauliche Entwicklungs- und Sanierungsmaßnahmen durchzuführen.

Der Gesellschaftsvertrag bietet der WBL damit die Möglichkeit der Wohnungsverwaltung, des Neubaus von Mietwohnungen und freifinanziertem Wohnraum, dem Bau von Eigentumswohnungen, des Bauträgergeschäfts, des Erwerbs und der Sanierung von Wohnraum zur Einflussnahme auf Sozialstrukturen und schließlich der Entwicklung und Realisierung städtebaulicher Lösungen im Interesse der Stadt.

Der Begriff „öffentlicher Zweck“ im Sinne des § 102 Abs. 1 Nr. 1 GemO ist zwar nicht exakt definiert. Sicher ist jedoch, dass die Betätigung des Unternehmens dem Gemeinwohl dienen muss. Es muss sich also grundsätzlich um eine Leistung handeln, die einen Bedarf befriedigt

und damit im öffentlichen Interesse der Einwohner geboten ist. Dabei muss die Leistung unmittelbar einen „öffentlichen Zweck“ verfolgen, d.h. eine Zielsetzung, die zumindest durch die allgemeine Verpflichtung der Gemeinde, das gemeinsame Wohl ihrer Einwohnerschaft zu fördern, gedeckt wird.

Die WBL betätigt sich auf dem Gebiet der Stadtplanung und der Stadtentwicklung und der Erschließungsmaßnahmen bzw. die WBL ist im Rahmen der Sicherstellung einer sozial verantwortbaren Wohnungsversorgung für breite Schichten der Bevölkerung (durch Wohnungsneubau) tätig. Darin liegt eine allgemeine Verpflichtung der Gemeinde zum allgemeinen Wohle der Einwohnerschaft Ludwigsburg. Denn unter die Definition des „öffentlichen Zwecks“ fällt auch der Begriff der Daseinsvorsorge.

Die seit der am 01.01.2006 in Kraft getretenen Novellierung des kommunalen Wirtschaftsrechts im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden geregelte „verschärfte“ Subsidiarität im Sinne des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW ist in diesem Kontext zu beachten. Danach ist die unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde grundsätzlich nur dann zulässig, wenn bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Dies bedeutet: Ist der Anwendungsbereich des § 102 Abs. 1 GemO eröffnet, greift die verschärfte Subsidiaritätsklausel dann nicht, wenn es sich um eine wirtschaftliche Betätigung im Bereich der Daseinsvorsorge handelt. Dem traditionellen Begriff der Daseinsvorsorge sind die Felder zuzuordnen, welche die existentielle oder soziale Angewiesenheit des Einzelnen oder der Gemeinschaft mit zivilisatorischen Leistungen zu sozial angemessenen Bedingungen voraussetzen. Anerkanntermaßen fallen unter den klassischen Bereich der Daseinsvorsorge die auf den örtlichen Wirkungskreis bezogenen Aufgaben der Stadtplanung und Stadtentwicklung sowie die kommunale Wirtschaftsförderung in Form der Bereitstellung der Infrastruktur.

Fazit:

Liegt keine „wesentliche Erweiterung“ der Tätigkeit der WBL im Sinne von § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO vor, sind die geplanten Tätigkeiten auch nicht am Maßstab der qualifizierten Subsidiaritätsklausel zu prüfen. Der Anwendungsbereich des Abs. 1 GemO ist in diesem Falle erst gar nicht eröffnet. Insofern ist in einem ersten Schritt zunächst festzustellen, welche Vorgaben die GemO im Hinblick auf die Ausweitung der Tätigkeit einer kommunalen Gesellschaft enthält und wie der Tätigkeitsbereich der WBL laut Gesellschaftsvertrag definiert ist. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die geplante Betätigung vom Bestandsschutz umfasst ist bzw. ob es sich bei dieser um eine „Ausweitung“ handelt (siehe Thesen 3 und 4).

3. These 3 – Bestandsschutz

These 3 der Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme der Kanzlei Dolde Mayen & Partner lautet wie folgt:

„Eine Ausweitung der Bautätigkeit der WBL ist nicht vom Bestandsschutz gedeckt und deshalb an der qualifizierten Subsidiaritätsklausel des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO zu messen. Auf Bestandsschutz können sich kommunale Unternehmen nur berufen, wenn und soweit sie die konkrete Tätigkeit zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes vom 01.12.2005 am 01.01.2006 bereits tatsächlich ausgeführt haben. Die WBL hat bis Ende 2005 durchschnittlich rund 20 Eigentumswohnungen pro Jahr als Bauträger errichtet und vertrieben. Nur insoweit besteht Bestandsschutz.“

Wird ein wirtschaftliches Unternehmen der Gemeinde wesentlich erweitert, führt dies – wie unter Punkt 2 bereits erläutert – zur Anwendbarkeit des § 102 Abs. 1 GemO. Die Frage der „wesentlichen Erweiterung“ (siehe These 4) hängt eng mit der Frage zusammen, ob die geänderte qualifizierte Subsidiaritätsklausel des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO für die Ausweitung der Tätigkeit gilt oder ob das kommunale Unternehmen insoweit Bestandsschutz genießt.

Die verschärfte Subsidiaritätsklausel gilt für ein kommunales Unternehmen dann nicht, wenn es bereits bei Inkrafttreten der Neuregelung am 01.01.2006 tätig war. Für diese Unternehmen besteht Bestandsschutz. Soweit das Unternehmen diesen „Status-quo-Zustand“ nicht verändert, wird es von der Neuregelung zunächst nicht tangiert.

In formaljuristischer Hinsicht ist die Errichtung von Wohnungen im Zusammenhang mit der Ludwigsburger „Baulandoffensive“ von dem Gesellschaftszweck gemäß § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags der WBL gedeckt. Und auch in tatsächlicher Hinsicht ist anzumerken, dass die WBL bereits vor dem 01.01.2006 – wenn auch nur in geringem Umfang – als Bauträger tätig war. Damit gehört auch das Betätigungsfeld des Bauträgersgeschäfts grundsätzlich zu dem von dem Bestandsschutz erfassten Tätigkeitsbereich der WBL. Dass eine bisher lediglich in geringem Umfang ausgeführte Bauträgereigentätigkeit der WBL ihren diesbezüglichen Bestandsschutz „aufzuweichen“ vermag, ist der gerichtlichen Entscheidungspraxis und Literatur zum Thema Bestandsschutz nicht zu entnehmen und vermag daher nicht überzeugen.

Fazit:

Die geplante Betätigung der WBL ist vom Bestandsschutz umfasst, sodass die verschärfte Subsidiaritätsklausel vorliegend keine Anwendung findet.

4. These 4 – Wesentliche Erweiterung

These 4 der Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme der Kanzlei Dolde Mayen & Partner lautet wie folgt:

„Eine Ausweitung der Tätigkeit im Bauträgersgeschäft ist eine wesentliche Erweiterung, die nach § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO unzulässig ist. Eine wesentliche Erweiterung liegt vor, wenn ein Unternehmensbereich um mehr als 15 % vergrößert wird. Ausgehend von der bestandsgeschützten Bautätigkeit von 20 Wohnungen jährlich liegt eine wesentliche Erweiterung vor, wenn mehr als 23 Eigentumswohneinheiten pro Jahr gebaut werden. Diese Grenze wird durch den mit Beschluss vom 18.03.2015 beabsichtigten Verkauf überschritten, wenn jedenfalls teilweise Eigentumswohnungen errichtet und vertrieben werden. Hinzu kommt, dass die Bautätigkeit der WBL auch über den Beschluss des Gemeinderats vom 18.03.2015 ausgeweitet werden soll, z. B. im Bereich der Jägerhofkaserne, in Sonnenberg-Südwest und auf dem BlmA-Gelände in Grünbühl. Wenn diese Wohneinheiten in den nächsten Jahren errichtet und vertrieben werden, liegt im Hinblick auf den nur geringen Bestandsschutz der WBL eine wesentliche Erweiterung der Bauträgereigentätigkeit vor, die am Subsidiaritätsgrundsatz des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO zu messen ist.“

Eine Erweiterung liegt dann vor, wenn Maßnahmen vorgenommen werden, die dazu dienen, den Umfang und die Leistung des Unternehmens auszuweiten oder zu verbessern (quantitative oder qualitative Ausdehnung wie investive oder personelle Expansion, neue Geschäftsfelder usw.). Was wesentlich ist, kann nicht allgemein festgelegt werden, sondern ist Tatfrage im Einzelfall. Grundsätzlich sind das Ausmaß und damit die Wesentlichkeit bestimmt durch das Verhältnis der Vergrößerung der Betriebsanlagen zu deren bisherigem Bestand, aber auch zur Leistungsfähigkeit der Kommune. Mitentscheidend ist, ob durch die neuen Maßnahmen die Größe und die finanzielle Situation des Unternehmens in einem erheblicheren Umfang gesteigert werden (vgl. Kunze/Bronner/Katz, § 102 Rn. 29). Eine wesentliche Erweiterung ist auch zu bejahen, wenn das Unternehmen einen neuen, andersartigen Geschäftszweig zusätzlich übernimmt und darin nicht schon eine Errichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens zu sehen ist. Der Ansatz eines gewissen Prozentsatzes als Richtwert für eine wesentliche Erweiterung ist der gerichtlichen Entscheidungspraxis nicht zu entnehmen. Zur Beantwortung der Frage, ob eine wesentliche Erweiterung vorliegt oder nicht, ist denklogisch eine Gegenüberstellung der bereits propagierten Tätigkeiten im Rahmen des vorhandenen Tätigkeitenkataloges und den zukünftigen bzw. neuen Tätigkeiten, die von dem Unternehmen nach der fraglichen wesentlichen Erweiterung erbracht werden sollen, erforderlich.

Für die geplanten Bauvorhaben der WBL im Zusammenhang mit der „Baulandoffensive“ der Stadt Ludwigsburg bedeutet dies: Die WBL übernimmt kein neues Geschäftsfeld. Laut Gesellschaftsvertrag bestand seit jeher die Berechtigung zur Ausführung von Bauträgereigentätigkeiten. Die WBL hat in der Vergangenheit auch rein faktisch – in geringem Umfang – von dieser Berechtigung Gebrauch gemacht. Damit könnte vorliegend allenfalls eine wesentliche Erweiterung in Form einer **„quantitativen“ Ausdehnung** der künftigen, gegenüber der bisherigen Geschäftstätigkeit der WBL, in Betracht kommen. Dies bedürfte unseres Erachtens einer betriebswirtschaftlichen Hochrechnung. Eine wesentliche Erweiterung der Geschäftstätigkeit der WBL wäre sodann an diesen Vergleichswerten zu messen.

Fazit:

Eine abschließende Beurteilung der Frage, ob eine wesentliche Erweiterung der Geschäftstätigkeit der WBL in Form einer „quantitativen“ Ausdehnung vorliegt, ist daher derzeit nicht möglich.

5. These 5 – Daseinsvorsorge

These 5 der Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme der Kanzlei Dolde Mayen & Partner lautet wie folgt:

„Die beabsichtigte Ausweitung der Tätigkeit der WBL verstößt gegen die Subsidiaritätsklausel des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO.

Sie findet außerhalb der Daseinsvorsorge statt. Nach der Rechtsprechung des VGH Mannheim kann eine Bauträgertätigkeit nur dann der Daseinsvorsorge zugeordnet werden, wenn die Art der Bebauung Zwecken der Daseinsvorsorge dient. Unterscheidet sich die Bautätigkeit nicht von der Tätigkeit eines beliebigen privaten Bauträgers, handelt es sich auch nicht um Daseinsvorsorge.

Demnach gilt die Subsidiaritätsklausel für die Bauträgertätigkeit der WBL, weil sie außerhalb der Daseinsvorsorge erfolgt. Beim Modell Fair Wohnen handelt es sich im Hinblick auf die Bautätigkeit ebenfalls nicht um Daseinsvorsorge. Es findet keine objektbezogene Förderung und Bindung des Wohnraums statt, die Förderung erfolgt vielmehr rein subjektbezogen für den Mieter. Die Bautätigkeit, die die WBL durchführt, unterscheidet sich damit durch nichts von der Bautätigkeit eines normalen Bauträgers. Sie ist auch dann nicht der kommunalen Daseinsvorsorge zuzuordnen, wenn bei der Vermietung der errichteten Wohnungen – ganz oder teilweise – eine subjektbezogene Förderung der Mieter im Fair Wohnen-Modell erfolgt.“

§ 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO sieht vor, dass bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Auf die in dieser Bestimmung enthaltene Voraussetzung der Subsidiarität kommt es dann nicht an, wenn das beabsichtigte Tätigwerden der Gesellschaft den Kriterien der kommunalen Daseinsvorsorge entspricht.

Der Begriff der kommunalen Daseinsvorsorge ist gesetzlich nicht definiert. Es besteht aber Einhelligkeit, dass er weit zu verstehen ist und nicht nur klassische Versorgungs- und Entsorgungsbereiche wie Wasser- und Energieversorgung oder Abfallentsorgung umfasst. Unstreitig gehören auch Tätigkeiten im Rahmen der Stadtplanung und Stadtentwicklung, der soziale Wohnungsbau, die kommunale Wirtschaftsförderung in Form der Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur sowie der öffentliche Personennahverkehr zum Begriff der Daseinsvorsorge. Maßgeblich ist dabei, auf welchem Gebiet der Schwerpunkt der Tätigkeit des Unternehmens liegt.

Wie ist Daseinsvorsorge im Kontext von Bauträgertätigkeiten näher zu definieren?

Antworten auf diese Frage können zwei gerichtliche Entscheidungen geben, welche Aussagen zur Zulässigkeit eines kommunalen Beteiligungsunternehmens im Bereich der Bauträgertätigkeit enthalten: **Der Beschluss des VGH Baden-Württemberg vom 29.12.2012** im Eilverfahren (Az.: 1 S 1258/12) sowie das anschließende **Urteil des VGH Baden-Württemberg vom 05.11.2014** im Hauptsacheverfahren (Az.: 1 S 2333/13). Die beiden Entscheidungen betreffen die Bauträgertätigkeit einer Gesellschaft der Stadt Baden-Baden im gehobenen Segment.

Kernaussagen der Entscheidungen sind, dass der Schwerpunkt eines Unternehmens, der im Bereich des Baus von Wohnungen für den **gehobenen** Wohnbedarf liegt und dessen Zielgruppe Personen sind, deren Wohnbedürfnisse typischerweise durch die Privatwirtschaft adäquat befriedigt werden können, nicht mehr der Daseinsvorsorge zuzurechnen ist. Insoweit stellt der VGH klar, dass eine erwerbswirtschaftliche Betätigung, „die sich in nichts von der eines beliebigen privaten Bauträgers unterscheidet“, grundsätzlich nicht Gegenstand der kommunalen Daseinsvorsorge ist. Eine Bauträgertätigkeit kann nur dann der Daseinsvorsorge zugeordnet werden, wenn „die Art der Bebauung Zwecken der Daseinsvorsorge“ dient. Dies ist

etwa der Fall, wenn auf Grundstücken öffentliche Einrichtungen oder Einrichtungen der Wasser- und Energieversorgung errichtet werden sollen. Auch eine Bebauung mit Sozialwohnungen oder die Schaffung von Wohnraum für Personengruppen mit besonderem Wohnbedarf (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 8 BauGB), die auf dem freien Wohnungsmarkt besondere Schwierigkeiten haben, kann nach Auffassung des VGH unter den Begriff der Daseinsvorsorge subsumiert werden. In dem streitgegenständlichen Fall ging es jedoch um den Bau von Wohnungen für den gehobenen Wohnbedarf. Zielgruppe auf Käuferseite waren Personen, deren Wohnbedürfnisse typischerweise durch die Privatwirtschaft adäquat befriedigt werden konnten. Diese Konstellation unterfällt laut VGH nicht der Daseinsvorsorge.

Damit kann in einem Umkehrschluss eine Einordnung in die Daseinsvorsorge bejaht werden, wenn der Schwerpunkt des Unternehmens in der Bebauung mit Wohnungen oder der Schaffung von Wohnraum für Personengruppen mit Wohnbedarf liegt, der nicht gehoben ist **oder** dem sozialen Wohnungsbau zugerechnet werden kann. Zwar vermögen die beiden Entscheidungen des VGH einen Richtwert im Hinblick auf die Definition der Daseinsvorsorge im Bereich Bauträgertätigkeit schaffen, jedoch ist bei den Entscheidungen im Hinterkopf zu behalten, dass es sich bei dem zugrundeliegenden Sachverhalt um Bauträgergeschäfte im gehobenen Wohnungsbau handelte. Insofern liefern die beiden Entscheidungen **keine abschließende Begriffsdefinition** der Daseinsvorsorge, sondern stellen konkretisierende Aussagen bezüglich des Begriffes Daseinsvorsorge **im Kontext von Bauträgertätigkeit für den gehobenen Wohnbedarf** dar.

Handelt es sich bei der Bauträgertätigkeit der WBL bzw. dem Fair Wohnen-Modell um eine Form des sozialen Wohnungsbaus im Rahmen der Daseinsvorsorge?

Nach unserer Auffassung, ja. Fällt die Begrifflichkeit „sozialer Wohnungsbau“, so ist automatisch an die „klassische“ staatliche Förderung, d.h. den staatlich geförderten Bau von Wohnungen, insbesondere für soziale Gruppen, die ihren Wohnungsbedarf nicht am freien Wohnungsmarkt decken können, zu denken. In Baden-Württemberg wurde mit dem Gesetz zur Förderung von Wohnraum und Stabilisierung von Quartierstrukturen in der Fassung vom 11.12.2007 (Landeswohnraumförderungsgesetz – LWoFG BW) die rechtliche Grundlage für die Wohnraumförderung in Baden-Württemberg geschaffen. Ziel des Gesetzes ist es, Fördermaßnahmen für alle Formen des Wohnens zu ermöglichen. Die Förderung umfasst Familien, sonstige Haushalte mit Kindern, Alleinstehende, Schwangere, junge kinderlose Haushalte, Senioren, behinderte Menschen, Haushalte mit geringem Einkommen und Haushalte mit besonderen Schwierigkeiten bei der Wohnraumversorgung. Die Zielgruppe der Mietraumförderung besteht ausschließlich aus Haushalten, die sich am Markt nicht angemessen mit Wohnraum versorgen können und auf Unterstützung angewiesen sind (soziale Wohnraumförderung).

Ziel des Fair Wohnen-Modells der WBL ist wiederum die Schaffung vergünstigten Wohnraums in allgemeinen Wohngebieten. Das Fair Wohnen-Modell der WBL ist so konzipiert, dass durch den Verzicht auf Rendite Wohnungen zu vergünstigten Konditionen an Mieter mit eigenem, aber doch geringerem Einkommen und Wohnungsberechtigungsschein überlassen werden. Die Höhe der Miete richtet sich nach der Höhe des Einkommens. Die Mietpreisreduzierung erfolgt für zwei Jahre. Nach Ablauf dieses Vergünstigungszeitraums haben die Mieter die Einhaltung der Einkommensgrenzen erneut nachzuweisen. In den Wohngebäuden sind die Wohnungen des Fair Wohnen-Modells und die des freien Marktes gemischt. Dadurch soll eine gute „soziale Durchmischung“ gewährleistet werden. Das Programm knüpft an die Einkommensverhältnisse der potenziellen Mieter an. Durch die teilweise Vermietung zu vergünstigten Konditionen soll die Wohnungsnot für bestimmte, einkommensschwächere Bevölkerungsgruppen bekämpft, eine stigmatisierte Quartierentstehung vermieden und das Ziel einer stärkeren Durchmischung gefördert werden.

Sowohl das LWoFG BW als auch das Fair Wohnen-Modell verfolgen damit denselben Sinn und Zweck: Die Zurverfügungstellung von preiswertem Wohnraum an Haushalte, die auf Unterstützung angewiesen sind. Der Begriff des „sozialen Wohnungsbaus“ ist nicht nur für die klassische Wohnraumförderung im Sinne des LWoFG BW „reserviert“, nach unserer Auffassung können darunter auch andere Formen, z.B. eigenfinanzierte Förderungen wie das Fair Wohnen-Modell, subsumiert werden, sofern sich die Parameter dieser Programme mit den Leitgedanken des LWoFG BW decken. Genau dies tut das Fair-Wohnen Modell. Insbesondere knüpft sich die Förderung an den Erhalt eines Wohnungsberechtigungsscheines des Mieters an. Das Modell ist ebenso wie das LWoFG bedarfsorientiert. Eine Verengung des Begriffs des „sozialen Wohnungsbaus“ auf den staatlich geförderten Wohnungsbau im Rahmen des LWoFG BW ist rechtlich nicht vorgegeben und auch nicht zwingend. Das Fair Wohnen-Modell stellt nach unserer Auffassung vielmehr eine „andere Form“ des sozialen Wohnungsbaus dar.

Fazit:

Die Tätigkeit der WBL hält sich mit dem Fair Wohnen-Modell innerhalb der Grenzen der Daseinsvorsorge. Insbesondere liegt der Schwerpunkt der unternehmerischen Tätigkeit nicht im Bau, der Vermarktung und Vermietung von Wohnungen für den gehobenen Wohnbedarf. Auf die (verschärfte) Subsidiarität kommt es damit nicht an.

6. These 6 – Schadensersatzansprüche

These 6 der Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme der Kanzlei Dolde Mayen & Partner lautet wie folgt:

„Bei Verstößen gegen die Subsidiaritätsklausel des § 102 Abs. 1 GemO kann jeder private Konkurrent Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO gegen die Stadt geltend machen, weil die qualifizierte Subsidiaritätsklausel ein Schutzgesetz im Sinne dieser Bestimmung ist.“

Nach der Rechtsprechung zu den vor dem 01.01.2006 geltenden Fassungen der Subsidiaritätsklausel des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO begründete die Subsidiaritätsklausel keinen subjektiven Schutzanspruch für den einzelnen privaten Konkurrenten. Mit Wiedereinführung der qualifizierten, verschärften Subsidiaritätsklausel in § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO im Rahmen der Novelle 2005 wurde die Drittschutzwirkung der Norm für private Anbieter zwar nicht im Gesetzestext, aber in der Gesetzesbegründung festgelegt. Danach entfaltet die Neuregelung des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO entsprechend ihrer Intention, einer übermäßigen Ausweitung erwerbswirtschaftlicher Betätigungen der Gemeinden entgegenzuwirken und die Privatwirtschaft auf grundsätzlich ihr vorbehaltenen Geschäftsfeldern vor kommunaler Konkurrenzbetätigung zu schützen, Drittschutzwirkung für private Anbieter. Betroffene Unternehmen sollen daher im Hinblick auf die Einhaltung der neuen Subsidiaritätsregelung die Verwaltungsgerichte anrufen können.

Ob § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO auch ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist, lässt sich der Gesetzesbegründung jedoch nicht eindeutig entnehmen. Ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn der Schutz zumindest auch auf bestimmte Rechtsgüter oder Interessen des Einzelnen zielt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist darüber hinaus erforderlich, dass die in Frage stehende Norm in der Weise einem gezielten Individualschutz gegen eine näher bestimmte Art der Schädigung dienen soll, dass an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht der Schädiger geknüpft wird. Dieses vom BGH aufgestellte Kriterium ist nicht gleichzusetzen mit einem Drittschutz der Norm; über diesen hinaus muss vielmehr gerade eine deliktische Einstandspflicht bestehen. Zwar mögen die Fragen, ob eine Norm Schutznorm im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB und ob sie drittschützend im Sinne des Verwaltungsrechts ist, zusammenhängen, jedoch sind sie nicht deckungsgleich. Die erste Frage bemisst sich danach, ob die Norm den Schutz eines anderen in der Form bezweckt, dass er im Falle einer Verletzung zivilrechtlichen Schadenersatz verlangen kann, während die zweite Frage sich danach bemisst, ob die Norm einen Anspruch eines begünstigten Dritten gegen den Hoheitsträger auf Einhaltung dieser Norm schafft.

Die Vorschrift des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO beschränkt die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden deshalb, weil sich diese zu Lasten der Privatwirtschaft auswirken kann. Insofern soll die Schaffung des Drittschutzes auch den Interessen einzelner Wettbewerber dienen. Anders macht ein Drittschutz wenig Sinn; die Rechtsschutzlücke, die der Gesetzgeber hatte schließen wollen, bestünde sonst fort. Deshalb wird man in § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO auch den Zweck sehen müssen, den einzelnen privaten Unternehmer, der in einem Wettbewerbsverhältnis mit dem kommunalen Unternehmen steht, vor dem Wettbewerb durch gemeindliche Unternehmen zu schützen.

Zu beachten ist jedoch, dass sich der Wortlaut des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO als Normadressat ausdrücklich auf die Gemeinde bezieht. Demnach kann sich ein Schadensersatzanspruch auch nur gegen die Gemeinde richten. Wenn allerdings von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft Schadensersatz wegen einer Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift verlangt wird, dann kann dies nur nach einem Anspruch erfolgen, der ebenfalls öffentlich-rechtlicher Natur ist.

Fazit:

Zivilrechtliche Schadensersatzansprüche gemäß § 823 Abs. 2 BGB scheiden vorliegend aus. Inwiefern öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche – unterstellt, ein Verstoß gegen § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO läge entgegen unserer Auffassung vor – greifen, bedürfte einer gesonderten Prüfung.

7. These 7 – Beihilfetatbestand

These 7 der Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme der Kanzlei Dolde Mayen & Partner lautet wie folgt:

„Die beabsichtigte verbilligte Grundstücksabgabe an die WBL verstößt gegen das Beihilfenverbot aus Art. 107 Abs. 1 AEUV. Sie erfolgt aus dem kommunalen Vermögen der Stadt Ludwigsburg an ein Unternehmen im Sinne des Beihilfenrechts ohne volle marktmäßige Gegenleistung der WBL. Die Beihilfe lässt sich nicht damit rechtfertigen, dass mit der Leistung ausschließlich die Erbringung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch die WBL ausgeglichen werden soll. Die insoweit vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Kriterien werden von der Stadt Ludwigsburg nicht erfüllt. Die Stadt beabsichtigt insbesondere nicht, den Verkauf der Grundstücke öffentlich auszuschreiben. Der verbilligte Grundstücksverkauf ist auch geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.“

Eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt vor bei Maßnahmen zugunsten eines Unternehmens, die aus öffentlichen Mitteln finanziert werden und begünstigende Wirkung für das Unternehmen haben. Dabei muss es sich um eine selektive Maßnahme handeln, die die Gefahr der Verfälschung des Wettbewerbs sowie eine Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handels hervorruft.

Sind die im Folgenden näher erläuterten Kriterien erfüllt – wobei die Kriterien kumulativ vorliegen müssen – und kann sich das begünstigte Unternehmen nicht auf eine Ausnahmerebestimmung berufen, bedarf die Beihilfe der vorherigen Notifizierung durch die EU-Kommission.

Zu den Tatbestandsmerkmalen einer Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV im Einzelnen:

- **Staatliche Mittel**

Staatliche Mittel im Sinne des Beihilferechts sind Mittel der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Untergliederungen in Ländern und Gemeinden.

- **Begünstigung**

Von einer Begünstigung ist dann auszugehen, wenn mit der Gewährung der Mittel ein geldwerter Vorteil oder eine Belastungsminderung einhergeht. Die Frage, ob eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt, entscheidet sich häufig anhand des Merkmals der Begünstigung. Eine Begünstigung liegt nicht nur in Form einer positiven Leistung vor, sondern sie liegt bei jeder Maßnahme vor, die – gleich in welcher Form – die Belastungen verringert, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat. Dabei kommt es weder auf die Form noch auf die Zielsetzung der Maßnahme an, sondern lediglich auf die begünstigende Wirkung. Sofern keine angemessene bzw. marktübliche Gegenleistung seitens des Empfängers der Mittel vorliegt, wird dieser durch die Maßnahme begünstigt. Im Falle einer möglichen Veräußerung von Grundstücken durch die Stadt Ludwigsburg an die WBL zu vergünstigten Konditionen (unter Verkehrswert) läge demnach eine Begünstigung vor.

- **Selektivität**

Ein weiteres Merkmal einer Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV ist die sogenannte „Selektivität“. Nur solche Maßnahmen, die bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen, werden von dem Begriff im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst. Das Merkmal der Selektivität soll mithin in „materieller“ Hinsicht allgemeine, wirtschaftspolitische Maßnahmen von solchen Maßnahmen abgrenzen, die nur bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen. Neben der "materiellen" Selektivität gibt es auch die "territoriale" Selektivität. Diese lässt sich negativ dahingehend bestimmen, dass eine Maßnahme dann nicht territorial selektiv ist, wenn sie innerhalb des gesamten Gebietes eines Mitgliedstaates zur Anwendung gelangt. Ein

Vergleich mit der Situation in anderen Mitgliedstaaten ist dagegen unzulässig. Sobald eine Maßnahme „materiell“ oder „territorial“ selektiv ist, liegt eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV vor; vorausgesetzt, alle anderen Merkmale sind erfüllt.

Im Rahmen der Prüfung der Selektivität gilt es ferner zu beachten, dass die Maßnahme entweder Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen muss. Der Begriff des Unternehmens erfasst dabei unabhängig von der Rechtsform und der Art der Finanzierung jede selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit in der Erzeugung oder Verteilung wirtschaftlicher Güter und gewerblicher Leistungen unter Ausschluss des privaten Verbrauchs. Der Begriff der Produktionszweige wird weit ausgelegt und erfasst neben dem produzierenden Gewerbe auch Dienstleistungs- und Handelsunternehmen sowie alle sonstigen Gewerbebereiche und auch die freien Berufe.

Nach dem Kontext ist vorliegend davon auszugehen, dass es der Stadt Ludwigsburg entscheidend darauf ankommt, konkret der WBL die vergünstigten Grundstücke zu verkaufen. Dies schließt das Kriterium der Selektivität nicht aus.

- **Drohende Wettbewerbsverfälschung / Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels**

Die EU-Kommission kam in mehreren Entscheidungen zu dem Ergebnis, dass Tätigkeiten durchaus rein lokaler Natur sein können und damit den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen. Zulässig waren bislang Beihilfen für Schwimmbäder, die überwiegend von den örtlichen Einwohnern genutzt wurden, für örtliche Krankenhäuser, die ausschließlich für die örtliche Bevölkerung bestimmt waren oder für örtliche Museen, die keine grenzüberschreitenden Besucher anzogen. Allerdings hat der EuGH in seiner Rechtsprechung auch hervorgehoben, dass die Frage der drohenden Wettbewerbsverfälschung und der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht ausschließlich von der Höhe der Zuwendung abhängig gemacht werden darf, da sich grenzüberschreitende Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Handel schon bei geringfügigen Zuwendungen ergeben können.

Grundsätzlich spricht die Vermutung dafür, dass sich Beihilfemaßnahmen auf den Handel auswirken. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn das begünstigte Unternehmen nicht selbst an grenzüberschreitenden Tätigkeiten beteiligt ist. In diesen Fällen kann die Beihilfe dazu führen, dass das inländische Angebot beibehalten oder erhöht wird, mit der Folge, dass sich die Möglichkeiten für in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Unternehmen verringern, ihre Dienstleistungen in dem betreffenden Mitgliedstaat anzubieten.

Eine lokale Begrenzung kann auch für die Wohnungswirtschaft nicht ohne weiteres angenommen werden, da die Märkte weitgehend verflochten sind. Der IDW-Prüfungsstandard PS 700 (Tz. 19) nennt jedoch neben der mangelnden geographischen Grenznähe der Tätigkeitsausübung als Ausnahmetatbestand ein weiteres Kriterium. Dieses liegt dann vor, wenn aufgrund geringer wirtschaftlicher Bedeutung des begünstigten Unternehmens keine grenzüberschreitende Wirkung besteht. Sofern seitens der WBL geltend gemacht wird, dass der verbilligte Grundstücksverkauf durch die Stadt Ludwigsburg nicht geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen, muss dies nach der Rechtsprechung des EuGH durch hinreichend fundierte Argumente gestützt werden. Ein pauschaler Verweis auf die behauptete geringe Größe eines Unternehmens reicht nicht aus, ebenso wenig ein pauschaler Verweis auf den behaupteten regionalen Charakter der Vergünstigung.

Da vorliegend die regionale Nähe zu Frankreich nicht außer Betracht gelassen werden darf, können die Kriterien der drohenden Wettbewerbsverfälschung bzw. der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht ohne weiteres, sondern allenfalls – wie dargelegt – mit dem Argument der geringen wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens verneint werden. Gelingt dies, kann –, **wenn auch nicht risikofrei** – vorgebracht werden, dass in Ermangelung einer Auswirkung auf den Wettbewerb und den zwischenstaatlichen Handel keine Beihilfe vorliegt.

Fazit:

Die Tatbestandsmerkmale „Staatliche Mittel“, „Selektivität“ und „Begünstigung“ sind vorliegend zu bejahen. Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „Drohende Wettbewerbsverfälschung / Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“ ließe sich von Seiten der WBL damit argumentieren, dass aufgrund der geringen wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens keine Auswirkungen auf den Wettbewerb und den zwischenstaatlichen Handel bestehen und daher keine Beihilfe vorliegt. Die Erfolgsaussichten einer solchen Argumentationsweise sind allerdings insofern fraglich, als dass wegen der weitgedienten Verflechtung der nationalen Märkte eine Vermutung dafür spricht, dass die jeweilige Maßnahme den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zumindest potenziell beeinträchtigen kann. Eine potenzielle Beeinträchtigung genügt. Daher ist ein Risiko im Hinblick auf die genannte Argumentationsmöglichkeit nicht von der Hand zu weisen. Kann im Streitfall von Seiten der WBL daher nicht konkret dargelegt werden, dass das Tatbestandsmerkmal „Drohende Wettbewerbsverfälschung / Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“ nicht zu bejahen ist, greift die oben genannte Vermutung, sodass die aufgezeigten Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Das heißt die Zuwendung an die WBL stellt unzulässige Beihilfe dar und kann damit europarechtswidrig sein (siehe dazu These 8).

8. These 8 – DAWI / Betrauungsakt

These 8 der Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme der Kanzlei Dolde Mayen & Partner lautet wie folgt:

„Eine Befreiung von der Notifizierungspflicht nach dem Beschluss der Kommission vom 20.12.2011 über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse scheidet aus, weil zum einen keine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorliegt und die Stadt zum anderen die Einhaltung der strengen Anforderungen dieses Beschlusses nicht dargelegt hat.“

Vorbehaltlich der Erfüllung der in dem Freistellungsbeschluss der EU-Kommission vom 20.12.2011 genannten Voraussetzungen muss eine Einzelbeihilfe dann nicht angemeldet werden, wenn die Ausgleichsleistungen an Unternehmen gewährt werden sollen, die beispielsweise Tätigkeiten im Rahmen des sozialen Wohnungsbaus des Freistellungsbeschlusses ausführen, vorausgesetzt, diese Tätigkeiten werden vom Mitgliedstaat Deutschland als **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)** eingestuft. In diesem Fall können Beihilfen ohne Anmeldung durchgeführt werden. Es droht insofern keine Rückforderung.

Die DAWI-Regelungen betreffen den beihilferechtlichen Sonderfall, dass eine staatliche Beihilfe gleich welcher Art als Ausgleich gewährt wird, um die defizitäre Erbringung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ durch ein Unternehmen zu kompensieren, das mit der Erbringung dieser Dienstleistungen vom Staat betraut wurde. Im Ergebnis zielen die DAWI-Regelungen darauf ab, sicherzustellen, dass die geleistete Kompensation nicht wettbewerbsverzerrend wirkt, also weder eine unabhängig von der DAWI-Erbringung festzustellende defizitäre Unternehmensführung kompensiert noch die tatsächlich erbrachte DAWI überkompensiert wird.

Der Begriff der DAWI wird im AEUV in Art. 14 und Art. 106 Abs. 2 sowie im Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse vom 13.12.2007 erwähnt, jedoch nicht definiert. Unionsrechtlich wird also nicht vorgegeben, was als DAWI anzusehen ist und was nicht. Vielmehr haben die Mitgliedstaaten, respektive die Verwaltungen, einen weiten Ermessensspielraum bei der Frage, ob eine Dienstleistung als DAWI anzusehen ist. Die Befugnisse der Kommission beschränken sich hierbei darauf, zu kontrollieren, dass dem Mitgliedstaat bei der Festlegung der Dienstleistung als DAWI kein offenkundiger Fehler unterlaufen ist, und zu prüfen, ob die Ausgleichsleistungen staatliche Beihilfen umfassen. Die Kommission geht bei dieser Prüfung auf „offenkundige Fehler“ bei der DAWI-Festlegung davon aus, dass DAWI im Vergleich zu anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten immer „besondere Merkmale“ aufweisen. Das bedeutet, dass Dienstleistungen erbracht werden müssen, die nicht im eigenen gewerblichen Interesse des erbringenden Unternehmens, sondern im Interesse der Allgemeinheit liegen und daher ohne die Betrauung von diesem nicht oder jedenfalls nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Konditionen erbracht würden. Im Ergebnis muss es sich um eine Dienstleistung handeln, die in dieser Weise mangels Rentabilität oder wirtschaftlicher Attraktivität nicht vom Markt erbracht werden kann. Schließlich geht die Kommission davon aus, dass DAWI stets zum Wohle der Bürger oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes erbracht werden müssen.

Für die wohnungswirtschaftliche Praxis kann festgehalten werden, dass die Tätigkeiten, die durch die soziale Wohnraumförderung nach Maßgabe des LWoFG gefördert werden sollen, vom Mitgliedstaat Deutschland als DAWI anerkannt sind. Ferner fallen diese Tätigkeiten unter den Begriff des **sozialen Wohnungsbaus** im Sinne des Art. 2 Nr. 1 lit. c) des Freistellungsbeschlusses. Somit müssen Ausgleichszahlungen bzw. die jeweiligen Förderprogramme nach Maßgabe des LWoFG nicht bei der Europäischen Kommission angemeldet werden, wenn die sonstigen in dem Freistellungsbeschluss genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

Dies bedeutet jedoch im Umkehrschluss nicht, dass andere Tätigkeitsbereiche von Wohnungsunternehmen nicht auch als DAWI in Betracht kommen. Ob Ausgleichszahlungen für andere Tätigkeiten im Bereich der Wohnungswirtschaft unter den Begriff des sozialen Wohnungsbaus im Sinne des Art. 2 Nr. 1 lit. c) des Freistellungsbeschlusses fallen und vom Mitgliedstaat Deutschland als DAWI anerkannt sind, muss im Einzelfall geprüft werden.

Handelt es sich bei dem Fair Wohnen-Modell um eine DAWI?

Nach unserer Auffassung, ja. Wie bereits im Rahmen der Prüfung und Bewertung von These 5 ausgeführt, ist eine Verengung des Begriffs des „sozialen Wohnungsbaus“ auf den staatlich geförderten Wohnungsbau im Rahmen des LWoFG BW rechtlich nicht vorgegeben und auch nicht zwingend. Das Fair Wohnen-Modell stellt nach unserer Auffassung vielmehr eine „andere Form“ des sozialen Wohnungsbaus dar. Insofern fällt das Modell unter den Begriff der DAWI des Freistellungsbeschlusses.

Was ist nötig um die weiteren Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses zu erfüllen?

Folgende sonstige Voraussetzungen werden im Freistellungsbeschluss genannt:

Erstens muss es sich um eine **wirtschaftliche Tätigkeit** des Unternehmens handeln. Dies ist in Bezug auf die Tätigkeiten, die die WBL aufgrund des Fair Wohnen-Modells vorzunehmen gedenkt, der Fall.

Zweitens muss dem jeweiligen Unternehmen die Erbringung von DAWI im Wege eines oder mehrerer **Betrauungsakte** übertragen worden sein (Artikel 4). Dies ist vorliegend zwischen der Stadt Ludwigsburg und der WBL zwar noch nicht geschehen. Eine Betrauung ist jedoch bis vor der Gewährung möglich.

Die Form des Betrauungsaktes kann von den Mitgliedstaaten frei gewählt werden, je nach der politischen und administrativen Organisation. Im deutschen Recht kommen hierfür insbesondere Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsakte (z.B. Zuwendungsbescheide) oder aber öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verträge in Betracht. In jedem Fall muss der Betrauungsakt folgende Angaben enthalten:

- Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen;
- das Unternehmen und gegebenenfalls das betreffende Gebiet;
- Art etwaiger dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte;
- Beschreibung des Ausgleichsmechanismus und Parameter für die Berechnung;
- Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen;
- Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen sowie einen Verweis auf den Freistellungsbeschluss.

Drittens muss sichergestellt sein, dass **keine Überkompensation** stattfindet und in der Folge **keine Quersubventionierungen** erfolgen. Mithin darf die Höhe der Ausgleichsleistungen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Nettokosten abzudecken, wobei im Freistellungsbeschluss näher beschrieben ist, was unter Nettokosten zu verstehen ist.

Hinsichtlich der dritten Voraussetzung (Höhe der Ausgleichszahlung) gilt es, Folgendes zu beachten: Wenn die jeweilige DAWI nur einen Teil der Tätigkeiten des Unternehmens ausmacht, müssen gemäß Art. 5 Nr. 9 des Freistellungsbeschlusses die Kosten und Einnahmen

in Verbindung mit der Erbringung der betreffenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse von allen anderen Tätigkeiten getrennt ausgewiesen werden (getrennte Buchführung). Hierdurch sollen Überkompensierungen in transparenter Weise offengelegt und in der Folge damit einhergehende Quersubventionierungen unternehmerischer Tätigkeiten außerhalb der DAWI vermieden werden.

Fazit:

Das Fair Wohnen-Modell kann unter den Begriff des „sozialen Wohnungsbaus“ im Sinne einer DAWI gemäß des Freistellungsbeschlusses subsumiert werden und ist demnach – sofern die weiteren formalen Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses noch erfüllt werden (Stichwort: Betrauungsakt) – vom Beihilfenverbot freigestellt.

9. These 9 – Notifizierungspflicht

These 9 der Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme der Kanzlei Dolde Mayen & Partner lautet wie folgt:

„Die verbilligte Grundstücksabgabe ist als Beihilfe nach Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV bei der Kommission zu notifizieren. Sie darf nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nicht durchgeführt werden, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat. Wird die Beihilfe ohne Zustimmung der Kommission gewährt, entstehen Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche der Mitbewerber, weil Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ein Schutzgesetz zugunsten der Mitbewerber im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist. Darüber hinaus bestehen deliktsrechtliche Beseitigungsansprüche wegen unlauterer geschäftlicher Handlungen.“

Sind die Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe „Staatliche Mittel“, „Begünstigung“, „Selektivität“ und „Drohende Wettbewerbsverfälschung/Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“ erfüllt und kann sich das begünstigte Unternehmen nicht auf eine Ausnahmebestimmung oder Freistellungsregelung berufen, bedarf die Beihilfe der vorherigen Notifizierung durch die EU-Kommission. Die Kommission prüft dann, ob eine Genehmigungsvorschrift eingreift, auf deren Grundlage sie die Beihilfe genehmigen kann. Ist auch nur ein Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt oder greift eine Freistellungsregelung kann die geplante Maßnahme ohne beihilferechtliche Einschränkungen durchgeführt werden.

Fazit:

Vorliegend kann eine Freistellung erreicht werden, sofern die WBL mit der Erbringung von DAWI von der Stadt Ludwigsburg betraut wird und der Betrauungsakt den formalen Kriterien des Freistellungsbeschlusses entspricht. Eine vorherige Notifizierung bei der EU-Kommission ist dann nicht notwendig. Etwaige Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche bestehen damit ebenfalls nicht.

III. Zusammenfassung

1. Kommunalrechtliche Beurteilung

- Liegt keine „wesentliche Erweiterung“ der Tätigkeit der WBL im Sinne von § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO vor, sind die geplanten Tätigkeiten auch nicht am Maßstab der qualifizierten Subsidiariätsklausel zu prüfen. Der Anwendungsbereich des § 102 Abs. 1 GemO ist in diesem Falle erst gar nicht eröffnet. Wir haben in einem ersten Schritt zunächst geprüft, welche Vorgaben die GemO im Hinblick auf die Ausweitung der Tätigkeit einer kommunalen Gesellschaft enthält und wie der Tätigkeitsbereich der WBL laut Gesellschaftsvertrag definiert ist. In einem zweiten Schritt haben wir geprüft, ob die geplante Betätigung vom Bestandsschutz umfasst ist bzw., ob es sich bei dieser um eine „Ausweitung“ handelt.
- Wir sind zu dem Ergebnis gekommen, dass die geplante Betätigung der WBL vom Bestandsschutz umfasst ist, sodass die verschärfte Subsidiariätsklausel des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO vorliegend keine Anwendung findet. Denn in formaljuristischer Hinsicht ist die Errichtung von Wohnungen im Zusammenhang mit der Ludwigsburger „Baulandoffensive“ von dem Gesellschaftszweck gemäß § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags der WBL gedeckt. Und auch in tatsächlicher Hinsicht ist anzumerken, dass die WBL bereits vor dem 01.01.2006 – zumindest in geringem Umfang – als Bauträger tätig war. Damit gehört auch das Betätigungsfeld des Bauträgergeschäfts grundsätzlich zu dem von dem Bestandsschutz erfassten Tätigkeitsbereich der WBL. Dass eine bisher lediglich in geringem Umfang ausgeführte Bauträgertätigkeit der WBL ihren diesbezüglichen Bestandsschutz „aufzuweichen“ vermag, ist der gerichtlichen Entscheidungspraxis und Literatur zum Thema Bestandsschutz nicht zu entnehmen und vermag daher nicht überzeugen.
- Bei Vorliegen einer „wesentlichen Erweiterung“ der Tätigkeit der WBL im Sinne von § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO, wären die geplanten Tätigkeiten am Maßstab der qualifizierten Subsidiariätsklausel zu prüfen. Vorliegend übernimmt die WBL jedoch kein neues Geschäftsfeld. Laut Gesellschaftsvertrag bestand seit jeher die Berechtigung zur Ausführung von Bauträgertätigkeiten. Die WBL hat in der Vergangenheit auch von dieser Berechtigung Gebrauch gemacht. Damit könnte vorliegend allenfalls eine wesentliche Erweiterung in Form einer „quantitativen“ Ausdehnung der künftigen gegenüber der bisherigen Geschäftstätigkeit der WBL in Betracht kommen. Dies bedürfte unseres Erachtens einer betriebswirtschaftlichen Hochrechnung. Eine wesentliche Erweiterung der Geschäftstätigkeit der WBL wäre an diesen Vergleichswerten zu messen. Eine abschließende Beurteilung der Frage, ob eine wesentliche Erweiterung der Geschäftstätigkeit der WBL in Form einer „quantitativen“ Ausdehnung vorliegt, ist daher derzeit nicht möglich.
- Nach unserer Auffassung hält sich die Tätigkeit der WBL mit dem Fair Wohnen-Modell außerdem innerhalb der Grenzen der Daseinsvorsorge. Insbesondere liegt der Schwerpunkt der unternehmerischen Tätigkeit nicht im Bau, der Vermarktung und Vermietung von Wohnungen für den gehobenen Wohnbedarf. Auf die (verschärfte) Subsidiarität kommt es damit nicht an.
- Zivilrechtliche Schadensersatzansprüche gemäß § 823 Abs. 2 BGB scheidern vorliegend aus. Inwiefern öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche – unterstellt, ein Verstoß gegen § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO läge entgegen unserer Auffassung vor – greifen würden, bedürfte einer gesonderten Prüfung.

2. Beihilferechtliche Beurteilung

- Die Tatbestandsmerkmale „Staatliche Mittel“, „Selektivität“ und „Begünstigung“ einer Beihilfe sind vorliegend zu bejahen.
- Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „Drohende Wettbewerbsverfälschung/Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“ ließe sich von Seiten der WBL damit argumentieren, dass aufgrund der geringen wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens keine Auswirkungen auf den Wettbewerb und den zwischenstaatlichen Handel bestehen und daher keine Beihilfe vorliegt. Die Erfolgsaussichten einer solchen Argumentationsweise sind allerdings insofern fraglich, als dass wegen der weitgedienten Verflechtung der nationalen Märkte eine Vermutung dafür spricht, dass die jeweilige Maßnahme den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zumindest potenziell beeinträchtigen kann. Eine potenzielle Beeinträchtigung genügt. Daher ist ein Risiko im Hinblick auf die genannte Argumentationsmöglichkeit nicht von der Hand zu weisen. Kann im Streitfall von Seiten der WBL daher nicht konkret dargelegt werden, dass das Tatbestandsmerkmal „Drohende Wettbewerbsverfälschung/Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“ nicht zu bejahen ist, greift die oben genannte Vermutung, sodass die aufgezeigten Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Das heißt, die Zuwendung an die WBL stellt eine unzulässige Beihilfe dar und kann damit europarechtswidrig sein.
- Das Fair Wohnen-Modell kann unserer Auffassung nach jedoch unter den Begriff des „sozialen Wohnungsbaus“ im Sinne einer DAWI gemäß des Freistellungsbeschlusses subsumiert werden und ist demgemäß – sofern die weiteren formalen Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses noch erfüllt werden (Stichwort Betrauungsakt) – vom Beihilfenverbot freigestellt.
- Eine Freistellung kann erreicht werden, wenn die WBL mit der Erbringung von DAWI von der Stadt Ludwigsburg betraut wird und der Betrauungsakt den formalen Kriterien des Freistellungsbeschlusses entspricht. Eine vorherige Notifizierung bei der EU-Kommission ist dann nicht notwendig. Etwaige Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche bestehen dann folglich nicht.

Stuttgart, 24.06.2016

vbw
Verband baden-württembergischer
Wohnungs- und Immobilienunternehmen e.V.


Evelyn Chaitas
Rechtsassessorin