

Lange, Pia

Working Paper

Die Neue Wohngemeinnützigkeit: Unionsrechtliche Bedingungen für die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe

Working Paper Forschungsförderung, No. 263

Provided in Cooperation with:

The Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Lange, Pia (2022) : Die Neue Wohngemeinnützigkeit: Unionsrechtliche Bedingungen für die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe, Working Paper Forschungsförderung, No. 263, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/267897>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/de/legalcode>

WORKING PAPER FORSCHUNGSFÖRDERUNG

Nummer 263, Dezember 2022

Die Neue Wohngemeinnützigkeit

Unionsrechtliche Bedingungen für die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe

Pia Lange

Auf einen Blick

Mit der Wiedereinführung von Wohngemeinnützigkeit („Neue Wohngemeinnützigkeit“) verfolgt die Regierungskoalition das Anliegen, den sozialen Wohnungsbau zu fördern und auf diese Weise mehr bezahlbaren Wohnraum zu schaffen. Das Kurzgutachten nimmt Stellung zur Frage, ob es unionsrechtliche Bedingungen für die Neue Wohngemeinnützigkeit gibt, insbesondere mit Blick auf die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe.

Autorin

Prof. Dr. Pia Lange, LL. M. (UCT) ist Professorin für Öffentliches Recht, Europarecht, Sozialrecht, Geschlechter- und Vielfaltsdimensionen im Recht an der Universität Bremen

© 2022 by Hans-Böckler-Stiftung
Georg-Glock-Straße 18, 40474 Düsseldorf
www.boeckler.de



„Die Neue Wohngemeinnützigkeit“ von Pia Lange ist lizenziert unter

Creative Commons Attribution 4.0 (BY).

Diese Lizenz erlaubt unter Voraussetzung der Namensnennung des Urhebers die Bearbeitung, Vervielfältigung und Verbreitung des Materials in jedem Format oder Medium für beliebige Zwecke, auch kommerziell.

(Lizenztext: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/de/legalcode>)

Die Bedingungen der Creative-Commons-Lizenz gelten nur für Originalmaterial. Die Wiederverwendung von Material aus anderen Quellen (gekennzeichnet mit Quellenangabe) wie z. B. von Schaubildern, Abbildungen, Fotos und Textauszügen erfordert ggf. weitere Nutzungsgenehmigungen durch den jeweiligen Rechteinhaber.

ISSN 2509-2359

Inhalt

Zusammenfassung.....	5
1 Sachverhalt und Fragestellung	7
2 Rechtliche Würdigung.....	9
2.1 Unionaler Regelungsrahmen	9
2.2 Europäisches Beihilferecht.....	10
Verbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV	10
Ausnahmen gemäß Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV	11
Ausnahmen nach der <i>Altmark-Trans</i> -Rechtsprechung	13
Rechtfertigung aufgrund des DAWI-Freistellungsbeschlusses.....	14
3 Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe der „Neuen Wohngemeinnützigkeit“	20
3.1 Regelungsmodelle in Österreich und den Niederlanden.....	21
3.2 Schlussfolgerungen	23
4 Ergebnis des Gutachtens und Zusammenfassung.....	26
Literatur.....	27

Abkürzungen

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
EUV	Vertrag über die Europäische Union
WoFG	Wohnraumförderungsgesetz

Zusammenfassung

Mit dem Vorhaben der „Neuen Wohnungemeinnützigkeit“ verfolgt die Regierungskoalition das Ziel, den sozialen Wohnungsbau in Deutschland zu fördern und mehr bezahlbaren Wohnraum zu schaffen. In diesem Gutachten werden die unionsrechtlichen Bedingungen der Neuen Wohnungemeinnützigkeit, insbesondere mit Blick auf die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe geprüft.

Zusammenfassend kommt das Gutachten zu folgenden Ergebnissen:

- Die beihilferechtlichen Vorschriften des Unionsrechts stehen der Einführung der Neuen Wohnungemeinnützigkeit nicht entgegen.
- Der auf Art. 106 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gestützte Freistellungsbeschluss erlaubt – unter bestimmten Voraussetzungen – staatliche Ausgleichszahlungen an Unternehmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) zur Deckung eines sozialen Bedarfs.
- Die Bereitstellung von Wohnraum für benachteiligte Bürger oder sozial schwächere Bevölkerungsgruppen kann eine Gemeinwohlverpflichtung im Sinne einer Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellen.
- Auch eine wiederholte oder sogar dauerhafte Betrauung von Unternehmen mit der Bereitstellung von Wohnraum für benachteiligte Bürger oder sozial schwächere Bevölkerungsgruppen erscheint aufgrund der langen Investitionszyklen in der Immobilienwirtschaft möglich.
- Hinsichtlich der Festlegung der Zielgruppe der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kommt den Mitgliedstaaten ein weiter Ermessensspielraum zu, der DAWI-Freistellungsbeschluss verlangt jedoch, dass mit dieser ein „sozialer Bedarf“ abgedeckt wird.
- Die Ausgestaltung der Neuen Wohnungemeinnützigkeit erfordert daher – neben der Einrichtung von Kontroll- und Rückforderungsmechanismen zur Vermeidung von Überkompensationen der mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Wohnungsunternehmen – eine Eingrenzung der Gruppe der begünstigten Mieterinnen und Mieter, deren Abgrenzbarkeit sowie eine hohe Zielgenauigkeit der Wirksamkeit der Dienstleistung in Bezug auf diese Gruppe.
- Die unionsrechtlich zulässige Größe dieser Zielgruppe ergibt sich aus den tatsächlichen Verhältnissen des mitgliedstaatlichen Wohnungsmarktes und kann somit auch bis in die Mittelschicht hineinreichen, wenn diese nicht mehr in der Lage ist, sich aus eigenen Mitteln mit angemessenem Wohnraum am freien Wohnungsmarkt zu versorgen.

- Mögliche Anknüpfungspunkte wären die in den Wohnraumförderungsgesetzen festgelegten Einkommensgrenzen oder der Kreis der Wohngeldberechtigten.

1 Sachverhalt und Fragestellung

In der Bundesrepublik wurden nach dem Regierungswechsel in den Achtzigerjahren zwei grundlegende Weichenstellungen in der staatlichen Wohnungspolitik vorgenommen: Zum einen kam es gegen Ende der 1980er-Jahre zu einem fast vollständigen Rückzug aus der Förderung des sozialen Mietwohnungsbaus.

Zum anderen wurde in etwa zeitgleich (1990)¹ die Abschaffung der Wohnungsgemeinnützigkeit beschlossen, obwohl die gemeinnützigen Wohnungsunternehmen zwischen 1950 und 1985 mehr als 3,6 Millionen² Wohnungen errichtet und damit erheblich zum Abbau der Wohnungsnot nach dem Zweiten Weltkrieg beigetragen hatten.

Seit dem immensen Anstieg der Wohnraummieten in den prosperierenden deutschen Städten, der mit der Finanzkrise des Jahres 2008/2009 einsetzte, hat sich jedoch die flächendeckende Versorgung mit bezahlbarem Wohnraum zu einem, wenn nicht sogar zu dem drängendsten sozialpolitischen Thema unserer Zeit entwickelt.

Auf der Suche nach geeigneten politischen Instrumenten staatlicher Wohnraumvorsorge wird seit dem Jahr 2016 daher auch intensiv über die Wiedereinführung der Wohnungsgemeinnützigkeit diskutiert. In der letzten Legislaturperiode haben eine Gruppe von Abgeordneten der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen³ und die Fraktion Die Linke⁴ – wie bereits in der Legislaturperiode zuvor⁵ – dazu einen Gesetzesentwurf in den Bundestag eingebracht.

Die Entwürfe sehen die Möglichkeit vor, Wohnungsunternehmen unter der Voraussetzung der Übernahme bestimmter sozialer Verpflichtungen den Status der Gemeinnützigkeit zuzusprechen, womit Steuerbefreiungen in Bezug auf die Körperschafts-, Gewerbe-, Grund- und Grunderwerbssteuer, Steuerreduzierungen bei der Umsatzsteuer und Investitionszulagen einhergehen sollen. Zu einer Umsetzung ist es indes bislang noch nicht gekommen.

1 Steuerreformgesetz 1990 vom 25. Juli 1988, Art. 21 „Gesetz zur Überführung der Wohnungsgemeinnützigkeit in den allgemeinen Wohnungsmarkt“, BGBl. 1988 I, S. 1093 (1136f.).

2 Nach Jahren aufgeschlüsselte Zahlen finden sich bei *H. Jenkis*, Die gemeinnützige Wohnungswirtschaft im Widerstreit der Interessen und Meinungen. Eine kommentierte Dokumentation zur Aufhebung des Wohnungsgemeinnützigkeitgesetzes, Baden-Baden 2000, S. 18.

3 BT-Drs. 19/17307, S. 5ff.

4 Siehe BT-Drs. 19/17771.

5 Siehe BT-Drs. 18/8081 und BT-Drs. 18/7415.

Im Koalitionsvertrag zwischen der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und der FDP⁶ haben sich die Parteien 2021 allerdings darauf verständigt, „zeitnah eine neue Wohnungsgemeinnützigkeit mit steuerlicher Förderung und Investitionszulagen auf den Weg zu bringen“. Ein entsprechender Gesetzesentwurf der Bundesregierung liegt gleichwohl noch nicht vor.

Die (Wieder-)Einführung einer „Neuen Wohnungsgemeinnützigkeit“ mit der Gewährung von Steuervergünstigungen und Investitionszulagen wirft die Frage der Vereinbarkeit dieses wohnungspolitischen Instruments mit dem Recht der Europäischen Union auf. Denn die beihilferechtlichen Vorschriften des Unionsrechts setzen mitgliedstaatlichen Subventionen zugunsten von Unternehmen – auch in Gestalt der Gewährung von Steuererleichterungen – bestimmte Grenzen.

Insbesondere stellt sich die Frage, welche Vorgaben eine neue Wohnungsgemeinnützigkeit im Hinblick auf die soziale Zielgruppe vorsehen müsste, um den Vorgaben des Unionsrechts zu genügen. Konkret geht es darum, ob das Unionsrecht bestimmte Grenzen im Hinblick auf die Personengruppe setzt, der die Tätigkeit der gemeinnützigen Wohnungsbauunternehmen zugutekommt, die es bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Breite der sozialen Zielgruppe einer neuen Wohnungsgemeinnützigkeit zu beachten gilt: zum Beispiel in Form von Einkommensobergrenzen oder in Form einer Begrenzung auf einen prozentualen Anteil der Gesamtbevölkerung.

Diese Frage wird im folgenden Gutachten – soweit dies ohne Vorliegen eines konkreten Gesetzesentwurfs möglich ist – beantwortet. Eine umfangreiche Untersuchung der unions- und verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung einer neuen Wohnungsgemeinnützigkeit wird ausdrücklich nicht vorgenommen, ebenso wenig geht mit dem Gutachten eine wohnungspolitische Bewertung der Zweckmäßigkeit der Wiedereinführung der Wohnungsgemeinnützigkeit einher.

6 www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1, S. 88 (zuletzt aufgerufen am 8.12.2022).

2 Rechtliche Würdigung

2.1 Unionaler Regelungsrahmen

Die Europäische Union hat sich in Art. 3 EUV zur Errichtung eines Binnenmarktes verpflichtet, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist (Art. 26 AEUV) und sich dem Ziel einer in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft verschrieben.⁷

Ein solch einheitlicher Wirtschaftsraum kann jedoch nur entstehen, wenn sich der Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern grundsätzlich frei entfalten kann, weshalb der freie Wettbewerb vor möglichen Verzerrungen geschützt werden muss, so jedenfalls die Grundannahme zum Beginn der wirtschaftlichen Einigung mit Gründung der Europäischen Gemeinschaften.⁸ Dieser Schutz erfolgt über das Europäische Wettbewerbsrecht, dessen primäre Zielsetzung darin liegt, einen unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten, und das insoweit durch die Grundfreiheiten in Bezug auf die materielle Gewährleistung des Binnenmarktes ergänzt wird.

Das EU-Wettbewerbsrecht setzt sich zusammen aus dem Europäischen Kartellrecht (Art. 101 bis 105 AEUV), das wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen (Art. 101 AEUV) und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) verbietet; der Fusionskontrolle, die den Zusammenschluss von Unternehmen überwacht, um von vornherein Marktstrukturen zu verhindern, die ein besonderes Potenzial für Wettbewerbsverfälschungen aufweisen; dem Vergaberecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge ab einer bestimmten Summe ein bestimmtes Verfahren vorschreibt, und dem Europäischen Beihilferecht (Art. 107 bis 109 AEUV), das die Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Beihilfen reglementiert.

7 Siehe auch die ausschließliche Zuständigkeit der Union für die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln in Art. 3 Abs. 1 lit. b).

8 Siehe dazu die Ausführungen im sogenannten *Spaak*-Bericht, der Grundlage der Vertragsverhandlungen der Römischen Verträge und damit der EWG war. Siehe Bericht der Delegationsleiter des von der Konferenz von Messina eingesetzten Regierungsausschusses der Außenminister, 21.4.1956, S. 4f.

2.2 Europäisches Beihilferecht

Das Beihilferecht zielt auf die Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen ab, die durch die Gewährung mitgliedstaatlicher Beihilfen hervorgerufen werden. Es ist zwar nicht die Intention des europäischen Regelungsregimes, alle mitgliedstaatlichen Beihilfen ausnahmslos zu untersagen, es führt aber zu einer nach einheitlichen europäischen Maßstäben durchzuführenden Prüfung, Koordinierung und Begrenzung staatlicher Beihilfen.⁹

Verbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Art. 107 AEUV verbietet – quasi als Grundnorm des europäischen Beihilferechts – 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, soweit diese Beihilfen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Bei Vorliegen einer Beihilfe ist die Gewährung derselben durch die Mitgliedstaaten untersagt, bis die Kommission endgültig über die Rechtmäßigkeit entschieden hat (Art. 108 Abs. 3 AEUV).

Der Begriff der Beihilfe in Art. 107 Abs. 1 AEUV ist weit zu verstehen. Er umfasst alle geldwerten Vorteile, die einem Unternehmen aus staatlichen Mitteln zukommen, ohne dass diesen eine marktmäßig angemessene Gegenleistung des Unternehmens gegenübersteht.¹⁰ Um dies zu klären, wendet die Kommission den sogenannten „Private-Investor-Test“ an. Entscheidend ist danach, ob der geldwerte Vorteil auch in dieser Höhe von einem normalen Wirtschaftsteilnehmer gezahlt worden wäre.

Erforderlich ist also ein Vergleich mit dem hypothetischen Handeln eines privaten Marktteilnehmers. Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV muss der marktwidrige geldwerte Vorteil aus staatlichen Mitteln stammen. Erforderlich ist also grundsätzlich eine durch den Vorteil bewirkte Belastung öffentlicher Haushalte.¹¹ Dabei stellen nicht nur Mittelübertragungen staatliche Mittel im Sinne der beihilferechtlichen Vorschriften dar, sondern auch Einnahmeverzichte.¹²

Durch die gewährte Beihilfe muss zudem eine Verfälschung des Wettbewerbs eintreten oder zumindest drohen. Eine solche (potenzielle) Verfälschung des Wettbewerbs wird aufgrund des unverdienten geldwerten

⁹ T. Oppermann/C. Classen/M. Nettesheim, *Europarecht*, 9. Aufl. (2021), §22 Rn. 2.

¹⁰ Vgl. S. Enchelmaier, *Europäisches Wirtschaftsrecht* (2005), Rn. 242 ff.

¹¹ Thiele, *Europarecht*, 18. Aufl. (2022), S. 291.

¹² EuGH, Rs. C-387/92 (*Banco Exterior de España SA/Ayuntamiento de Valencia*), Slg. 1994, I-877, Rn. 14.

Vorteils regelmäßig gegeben sein. Schließlich muss die Beihilfe den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen, wobei die Kommission davon ausgeht, dass eine Verfälschung des Wettbewerbs durch einen Vorteil, der einem Unternehmen gewährt wird, das in einem liberalisierten Markt tätig ist, auch geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.¹³

Steuervergünstigungen und Investitionszulagen, wie sie in einer neuen Wohnungsgemeinnützigkeit aller Voraussicht nach vorgesehen sein werden, sind als derartige staatliche Beihilfen im Sinne der Art. 107 AEUV und 108 AEUV einzustufen, da durch die staatliche Begünstigung bestimmter (gemeinnütziger) Wohnungsunternehmen der Wettbewerb verfälscht wird bzw. zu verfälschen droht, wodurch der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wäre.¹⁴

Ausnahmen gemäß Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV

In Art. 107 Abs. 2 AEUV finden sich jedoch einige Legalausnahmen zum grundsätzlichen Verbot aus Art. 107 Abs. 1 AEUV, von denen allein Art. 107 Abs. 2 lit. a) AEUV (Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren bzw. Dienstleistungen gewährt werden) im Bereich eines neuen Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts eine Rolle spielen könnte. So kann man mittlerweile davon ausgehen, dass der Anwendungsbereich dieser Vorschrift auch Konstellationen erfasst, in denen die Beihilfe an ein bestimmtes Unternehmen oder einen Produktionszweig erbracht wird und den einzelnen Verbrauchern damit nur mittelbar zugutekommt.¹⁵

Auch das Merkmal der diskriminierungsfreien Gewährung der Beihilfe ließe sich noch bejahen, da die Gewährung von Steuererleichterungen und Investitionszulagen im neuen Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht zwar nur für diejenigen Unternehmen vorgesehen ist, die als gemeinnützig anerkannt sind, während andere Wohnungsunternehmen von der Förderung ausgeschlossen sind. Nach der Kommissionspraxis setzt die Anwendbarkeit der Ausnahme jedoch lediglich voraus, dass die Maßnahmen zugunsten einzelner Verbraucher nicht direkt oder indirekt bestimmte Unterneh-

13 EuG v. 4.4.2001, Rs. T-288/07, Slg. 2001, II-1619 – Friulia Venezia Giulia, Rn. 41.

14 Im Einzelnen *J. Kuhnert/O. Leps*, Neue Wohnungsgemeinnützigkeit (2017), S. 213 ff.

15 *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 3, Beihilferecht, 2. Aufl. (2021), §2 Rn. 1458.

men bevorzugen,¹⁶ was allerdings die Selektivität der Beihilfe nicht generell ausschließt.¹⁷

Voraussetzung der Anwendbarkeit dieser Ausnahmeregel ist des Weiteren, wie sich bereits unmittelbar aus deren Wortlaut ergibt, dass nur einzelne Verbraucher unmittelbar begünstigt werden, was je nach der Größe der Ausgestaltung der Zielgruppe einer neuen Wohnungsgemeinnützigkeit fraglich sein könnte. Der Wortlaut „einzelne Verbraucher“ legt insoweit nahe, dass die Zielgruppe in Kombination mit dem sozialen Zweck der Maßnahme enger gefasst sein müsste als es im Rahmen einer neuen Wohnungsgemeinnützigkeit etwa mit der Festlegung bestimmter Einkommensgrenzen angedacht ist. Es ist daher davon auszugehen, dass die obligatorische Ausnahme des Art. 107 Abs. 2 lit. a) AEUV im Ergebnis nicht eingreift.

In Art. 107 Abs. 3 AEUV finden sich sodann noch weitere Tatbestände, in denen die Kommission Beihilfen für zulässig erklären kann.¹⁸ Diese Ermessensausnahmen sind jedoch für das Instrument der neuen Wohnungsgemeinnützigkeit mit der dort aller Voraussicht nach vorgesehenen breiten Wirkweise ebenso wenig einschlägig¹⁹ wie die von der Kommission auf Grundlage von Ermächtigungsverordnungen²⁰ erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen.²¹ Insbesondere die „De-minimis-Verord-

16 Vgl. Kommission 21.6.2001, ABl. 2001 L 318, 9 Tz. 22 – Tirrenia di Navigazione; ebenso Kommission 29.11.2000, ABl. 2001 L 89, 28 Tz. 53, 58 – Ferries Golfo de Vizcaya.

17 Der Wortlaut der Kommissionsentscheidungen legt dies zwar zunächst nahe, ein genauer Blick auf die Entscheidungspraxis offenbart jedoch, dass nur innerhalb der Selektivität eine Beschränkung auf bestimmte Unternehmen ausgeschlossen werden soll. Siehe dazu A. Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. (2020), Art. 107 Abs. 2 Rn. 3.

18 Zur Ausübungspraxis ihres Ermessens hat die Kommission zahlreiche Leitlinien, Mitteilungen und Gemeinschaftsrahmen erlassen, siehe W. Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 3, Beihilferecht, 2. Aufl. (2021), §2 Rn. 1450, 1499 ff.

19 So ließen sich mit den Regionalbeihilfen nach Art. 107 Abs. 3 lit. a) bzw. lit. c), 2. Alt. AEUV allenfalls Beihilfen zur Wohnraumförderung in bestimmten, abgegrenzten Gebieten rechtfertigen. Dazu J. Kuhnert/O. Leps, Neue Wohnungsgemeinnützigkeit (2017), S. 227. Der Gesetzesentwurf von Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 19/17307, S. 5 ff. sieht insoweit in §6 zwar eine Beschränkung der Geschäftstätigkeit gemeinnütziger Wohnungsunternehmen auf bestimmte Fördergebiete vor, allerdings geht der Gemeinnützigkeitsstatus der Unternehmen auch bei einem nachträglichen Entfallen der Einstufung als Fördergebiet nicht verloren.

20 VO (EG) 994/1998 vom 7.5.1998 des Rates über die Anwendung der Art. 92 und 93 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. 1998 L 142, S. 1, teilweise ersetzt durch VO (EU) 2015/1588 vom 13.7.2015 des Rates über die Anwendung der Art. 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. 2015 L 248, S. 1.

21 Zu diesen W. Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 3, Beihilferecht, 2. Aufl. (2021), §2 Rn. 1520 ff.

nung“,²² die Beihilfen für zulässig erklärt, die einen Wert von 200.000 Euro²³ über einen Zeitraum von drei Jahren nicht überschreiten, spielt für den Bereich der Förderung des Wohnungsbaus aufgrund der dort regelmäßig notwendigen höheren Investitionen ebenfalls keine Rolle.

Ausnahmen nach der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung

Die den gemeinnützigen Wohnungsunternehmen gewährten Steuervergünstigungen und Investitionszulagen könnten indes möglicherweise die vom Europäischen Gerichtshof in seinem *Altmark-Trans*-Urteil²⁴ aufgestellten Kriterien erfüllen, unter denen ein finanzieller Ausgleich des Staates an ein Unternehmen für eine im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit ausnahmsweise nicht als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen ist und damit die Notifizierungspflicht gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV entfällt.

Nach dem *Altmark-Trans*-Urteil des EuGH aus dem Jahr 2003 stellen Ausgleichsleistungen für die Erbringung im öffentlichen Interesse liegender Dienstleistungen keine staatlichen Beihilfen dar, wenn vier Bedingungen kumulativ erfüllt sind:

1. Der begünstigte Dienstleistungserbringer muss mit der Erfüllung klar definierter gemeinschaftlicher Verpflichtungen betraut sein;
2. Die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen;
3. Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns zu decken.
4. Die Höhe des Ausgleichs ist auf Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, „gut geführtes“ Unternehmen im betreffenden Sektor hätte, sofern die Wahl des Dienstleistungserbringers nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt.

²² VO der Kommission vom 18.12.2013 über die Anwendung der Art. 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. 2013 L 156, S. 1.

²³ Die DAWI-De-minimis-Verordnung erhöht die Summe zwar auf 500.000 Euro, aber selbst diese Summe dürfte regelmäßig überschritten werden.

²⁴ EuGH, Rs. C-280/00 (*Altmark Trans*), Slg. 2003, I-7747. Siehe auch die auf Grundlage der *Altmark-Trans*-Entscheidung erlassene DAWI-Mitteilung (2012) der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. 2021/C 8/04 v. 11.1.2012, die die Kriterien des EuGH konkretisiert (DAWI-Mitteilung (2012)).

Insbesondere die Erfüllung des vierten Kriteriums stößt in der Praxis oftmals auf kaum lösbare Probleme. So ließe sich das vierte *Altmark-Trans*-Kriterium auch im Rahmen der neuen Wohnungsgemeinnützigkeit nicht erfüllen, da die Höhe des Ausgleichs bei der Gewährung pauschaler Steuererleichterungen im Vergleich zu anderen Unternehmen nicht feststellbar wäre.

Darüber hinaus ergäben sich jedoch auch schon bei der Erfüllung der Kriterien zwei und drei Schwierigkeiten.²⁵ Denn jedenfalls die im Rahmen einer neuen Wohnungsgemeinnützigkeit anvisierten Steuererleichterungen beinhalten keine im Voraus festgelegten, objektiven und transparenten Ausgleichskriterien für die Erbringung spezifischer Dienstleistungen, womit zugleich eine Überkompensation nicht ausgeschlossen werden könnte. Unter Anwendung der *Altmark-Trans*-Kriterien wäre die neue Wohnungsgemeinnützigkeit folglich weiterhin als verbotene Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen.²⁶

Rechtfertigung aufgrund des DAWI-Freistellungsbeschlusses

Sofern ein Tatbestandsausschluss nach Maßgabe dieser strengen Kriterien nicht in Betracht kommt, ist ferner zu überprüfen, ob sich die finanzielle Förderung der gemeinnützigen Wohnungsunternehmen nicht aufgrund des – neben den *Altmark-Trans*-Kriterien weiterhin anwendbaren – Art. 106 Abs. 2 AEUV²⁷ in Verbindung mit dem auf Art. 106 Abs. 3 AEUV gestützten Freistellungsbeschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 (sogenannter DAWI-Freistellungsbeschluss²⁸) trotz ihrer Einstufung als staatliche Beihilfe rechtfertigen lässt.

Art. 106 Abs. 1 AEUV regelt zunächst, dass die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen denen sie besondere Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Artikeln 18 und 101 bis 109 AEUV widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten werden. Nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, allerdings die

25 Ausführlich J. Kuhnert / O. Leps, *Neue Wohnungsgemeinnützigkeit* (2017), S. 238 ff.

26 J. Kuhnert / O. Leps, *Neue Wohnungsgemeinnützigkeit* (2017), S. 241.

27 Zu dem verbliebenen Anwendungsbereich des Art. 106 Abs. 2 AEUV neben den *Altmark-Trans*-Kriterien W. Cremer, in: Calliess/Ruffert, *EUV/AEUV*, 4. Aufl. (2011), Art. 107 Rn. 23.

28 Beschluss der Kommission vom 20.12.2011, Abl. 2012 Nr. L 7/3. Dieser Beschluss hat die sogenannte DAWI-Entscheidung der Kommission vom 28.11.2005, ABl. 2005 Nr. L 312/67, abgelöst.

Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen [den Unternehmen] übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.“²⁹

Auch vor dem Hintergrund von Art. 14 AEUV, der klarstellt, dass die Funktionsfähigkeit gemeinwohlorientierter Dienste Teil eines sich immer stärker ausdifferenzierenden europäischen Gemeinwohls ist, sind gemeinwohlorientierte Dienstleistungen somit nicht per se als eine dysfunktionale Ausnahme in einer allein wettbewerbsorientierten Union anzusehen.

Art. 106 Abs. 3 AEUV überträgt sodann der Kommission die Befugnis, auf die Anwendung des Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV zu achten und „erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Beschlüsse an die Mitgliedstaaten“ zu richten. Die Ermächtigung in Art. 106 Abs. 3 AEUV ist insoweit als eine spezielle Aufgabenzuweisung und Befugnisgrundlage der Kommission zu verstehen, die über ihre generellen Aufsichtsbefugnisse als „Hauptexekutivorgan“ aus Art. 17 EUV, Art. 244 AEUV hinausgeht und sie insbesondere zur Rechtssetzung in Gestalt von Richtlinien und Beschlüssen an die Mitgliedstaaten ermächtigt, ihr dabei jedoch zugleich ein weites Ermessen im Hinblick auf das „Ob“ als auch hinsichtlich des „Wie“ eines Tätigwerdens auf Grundlage dieser Vorschrift zuweist.³⁰ Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis der Kommission ergeben sich aus dem Wortlaut von Art. 106 AEUV unter Berücksichtigung von Zielsetzung und Stellung der Vorschrift im System der Verträge.³¹

Die in Art. 106 Abs. 3 AEUV neben der Richtlinie genannte Handlungsform des (staatengerichteten) Beschlusses (Art. 288 Abs. 4 AEUV) ist in ihren Wirkungen weniger konkret-individuell als vielmehr normativer Art. Der staatengerichtete Beschluss betrifft insoweit zwar konkrete Tatbestände, ist aber von den Mitgliedstaaten umzusetzen und dabei hinsichtlich aller seiner Teile verbindlich (Art. 288 Abs. 4 AEUV).³² Der DAWI-Freistellungsbeschluss, den die Kommission gestützt auf Art. 106 Abs. 3 AEUV zur Konkretisierung von Art. 106 Abs. 2 AEUV erlassen hat, ist ein derartiger Beschluss und entfaltet daher für die Mitgliedstaaten die beschriebenen Rechtswirkungen.

29 Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf wiederum nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft (Art. 106 Abs. 2 Satz 2 AEUV).

30 *P. Voet van Vormizeele*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Aufl. (2019), Art. 106 Rn. 80; *C. Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV, 6. Aufl. (2022), Art. 106 Rn. 59.

31 *P. Voet van Vormizeele*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Aufl. (2019), Art. 106 Rn. 79.

32 *H. Wißmann / P. Lange*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. (2021), § 37 Rn. 25.

Die Kommission verfügt zwar im Rahmen von Art. 106 Abs. 2 AEUV auch noch über einen Spielraum zur Genehmigung von nicht durch den DAWI-Beschluss freigestellten Beihilfen,³³ allerdings besteht für den Einzelnen – gerade aufgrund des der Kommission zukommenden großen Ermessensspielraums – kein Anspruch auf ein auf Art. 106 Abs. 3 AEUV gestütztes Tätigwerden der Kommission.³⁴ Im Folgenden wird daher der DAWI-Freistellungsbeschluss für eine mögliche Ausgestaltung einer neuen Wohnungsgemeinnützigkeit herangezogen.

Nach Art. 2 Abs. 1 lit. c) des DAWI-Freistellungsbeschlusses sind staatliche Ausgleichszahlungen an Unternehmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) zur Deckung des sozialen Bedarfs im Hinblick auf den sozialen Wohnungsbau unabhängig von einem bestimmten Schwellenwert³⁵ von der Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt und als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen, sofern die erbrachten Leistungen von dem betreffenden Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft werden und gleichzeitig die in dem Beschluss genannten Voraussetzungen erfüllen.³⁶

Bezüglich der Frage, welche Arten von Leistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) anzusehen sind und mit einer Ausgleichszahlung versehen werden, verfügen die Mitgliedstaaten über einen großen Ermessensspielraum.³⁷ Es besteht Einigkeit darüber, dass eine neue Wohnungsgemeinnützigkeit im Kern eine Gemeinwohlverpflichtung im Sinne einer DAWI darstellen kann, da die Bereitstellung von Wohnraum für benachteiligte Bürger oder sozial schwächere Bevölkerungsgruppen schon in Erwägungsgrund 11 des DAWI-Beschlusses angeführt wird und der „soziale Wohnungsbau“ gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. c) auch ausdrücklich unter den Anwendungsbereich des DAWI-Beschlusses fällt.³⁸

Die im Rahmen der neuen Wohnungsgemeinnützigkeit vorgesehenen Steuererleichterungen und Investitionszulagen müssten daher nicht bei der Europäischen Union angemeldet werden, wenn die sonstigen in dem

33 T. Rusche / P. Melcher, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 76. EL, Mai 2022, Art. 93 AEUV Rn. 119.

34 EuGH, Rs. C-141/02 P (*Kommission/max-mobil*), Slg. 2005, I-1283, Rn. 70.

35 Die Begrenzung des Art. 2 Abs. 1 lit. a) findet zwar grundsätzlich nur auf Ausgleichszahlungen Anwendung, die 15 Millionen Euro nicht überschreiten, allerdings gilt diese Beschränkung nicht für Ausgleichsleistungen gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. c) des DAWI-Beschlusses. Siehe auch Erwägungsgrund 11 des DAWI-Beschlusses.

36 Siehe Art. 2 Abs. 1 lit. c), Art. 3 des DAWI-Beschlusses.

37 Siehe Erwägungsgrund 8 des DAWI-Beschlusses sowie DAWI-Mitteilung (2012), Rn. 46.

38 Zu den damit einhergehenden Anforderungen in Bezug auf die Zielgruppe der Wohnungsgemeinnützigkeit siehe sogleich.

Freistellungsbeschluss genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Die insoweit in Art. 5 und 6 des DAWI-Beschlusses im Hinblick auf die Form der Ausgleichszahlung aufgestellten, zu erfüllenden Voraussetzungen modifizieren die in der Praxis besonders problembehafteten *Altmark-Trans*-Kriterien.

So verlangt der DAWI-Freistellungsbeschluss insbesondere nicht, dass die genaue Berechnung der Ausgleichsleistung für alle im Zusammenhang mit der DAWI erbrachten Dienstleistungen im Voraus erfolgt. Abweichend von dem vierten *Altmark-Trans*-Kriterium³⁹ muss die Auswahl des Unternehmens zudem weder im Rahmen eines Vergabeverfahrens erfolgen noch muss die Höhe der Ausgleichszahlung auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt werden, die einem durchschnittlichen, gut geführtem Unternehmen durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen entstehen würden (Effizienzkriterium). Vielmehr erlaubt der DAWI-Beschluss eine Kompensation sämtlicher Kosten, die dem Unternehmen durch die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse tatsächlich entstehen.⁴⁰

Um bei Unternehmen, die mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV betraut sind und dafür eine Ausgleichszahlung erhalten und gleichzeitig noch andere Tätigkeiten ausüben, eine Quersubventionierung in andere Wirtschaftsbereiche auszuschließen, schreibt die sogenannte Transparenzrichtlinie⁴¹ (Art. 2 d) jedoch eine strikt getrennte Buchführung dieser Unternehmen vor, von der nur unter bestimmten Voraussetzungen (Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie) abgesehen werden kann.⁴²

Die Mitgliedstaaten haben zudem sicherzustellen, dass der DAWI-Erbringer keinen höheren Ausgleich erhält als erforderlich (Art. 6 des DAWI-Beschlusses), was durch entsprechende Kontroll-, Berichts-, Informations- und Transparenzpflichten sicherzustellen ist (Art. 7 bis 9 DAWI-Beschluss). Solange also nachgewiesen werden kann, dass die Ausgleichszahlungen den geschätzten Nettokosten der DAWI entspricht und keine Überkompensation vorliegt, gilt der Ausgleich als Beihilfe, die mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Dies ließe sich indes im Rahmen einer neuen Wohnungsgemeinnützigkeit auch durch die Einführung einer Ren-

39 EuGH, Rs. C-280/00 (*Altmark Trans*), Slg. 2003, I-7747, Rn. 93.

40 W. Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 107 Rn. 22.

41 Richtlinie 2006/111/EG der Kommission v. 16.11.2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. 2006, L 318/17.

42 Dazu J. Keßler / A. Dahlke, Sozialer Wohnungsbau, in: A. Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl. Eine sektorspezifische Betrachtung, (2009), S. 275 (281); Dies., Der soziale Wohnungsbau im Lichte des europäischen Beihilferechts, EuZW 2007, S. 103 ff.

ditebegrenzung und einer Verpflichtung umsetzen, übermäßige Einnahmen wieder dem gemeinnützigen Zweck zuzuführen.

Nach Maßgabe dieser Kriterien ist eine einheitliche Begünstigung in Form einer Steuerbefreiung ebenso wie die Gewährung von Investitionszulagen an die Erbringer der DAWI wie sie im Rahmen einer neuen Wohnungsgemeinnützigkeit angedacht ist, grundsätzlich möglich, sofern für die Verhinderung von Überkompensationen Kontroll- und Rückforderungsmechanismen vorgesehen werden.⁴³

Im Hinblick auf die Fragstellung des Gutachtens gilt es jedoch hervorzuheben, dass der DAWI-Beschluss – in Übereinstimmung mit dem ersten *Altmark-Trans*-Kriterium – voraussetzt, dass das begünstigte Unternehmen mit der Erfüllung klar definierter gemeinschaftlicher Verpflichtungen betraut sein muss. Gemäß Art. 4 des DAWI-Freistellungsbeschlusses ist die Erbringung der DAWI insoweit im Wege eines Betrauungsaktes zu übertragen, in dem u. a. Gegenstand und Dauer⁴⁴ der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung festgelegt sein müssen.⁴⁵

Was die Dauer der Betrauung mit der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistung betrifft, erlaubt Art. 2 Abs. 2 des DAWI-Beschlusses eine Ausnahme von der grundsätzlich zulässigen Höchstdauer von zehn Jahren, sofern ein längerer Betrauungszeitraum aufgrund einer erforderlichen beträchtlichen Investition erforderlich ist, die nach allgemein anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen über einen längeren Zeitraum abgeschrieben werden muss, was im Bereich des sozialen Wohnungswesens grundsätzlich der Fall ist.

Darüber hinaus schließt der DAWI-Beschluss es auch nicht aus, dass nach Ablauf des Betrauungszeitraums auch derselbe Dienstleister erneut mit der Erbringung der DAWI betraut werden.⁴⁶ Eine zeitlich unbegrenzte Betrauung erscheint nach dem Wortlaut des DAWI-Freistellungsbeschlusses indes zunächst fraglich.⁴⁷ Die Kommission hat allerdings angedeutet, dass sie aufgrund der langen Investitionszyklen in der Immobilienwirtschaft durchaus auch eine unbegrenzte Betrauungsdauer für zulässig erachtet.⁴⁸

43 Siehe *J. Kuhnert / O. Leps* (2017), *Neue Wohnungsgemeinnützigkeit*, S. 256.

44 Siehe dazu auch Erwägungsgrund 11 des Beschlusses.

45 Der Betrauungsakt muss zudem das betraute Unternehmen und ggf. das betreffende Gebiet, die Art etwaiger gewährter besonderer Rechte, die Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichszahlungen, sowie Maßnahmen hinsichtlich möglicher Überkompensationen enthalten.

46 Europäische Kommission, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (2013), S. 65.

47 Siehe dazu auch Erwägungsgrund 14 des Beschlusses.

48 European Commission (2009), *State aid No E 2/2005 and N 642/2009 – The Netherlands, Existing and special project aid to housing corporation*, 15.12.2009

Der Betrauungsakt bedarf der Schriftform und kann die Form eines legislativen oder regulatorischen Instruments oder eines verwaltungsrechtlichen Vertrages haben.⁴⁹ Wie bereits oben erwähnt, verfügen die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Definition der DAWI und dem Gegenstand der Betrauung über einen großen Ermessensspielraum.⁵⁰ Die Kommission erachtet es indes als wichtig, dass die Mitgliedstaaten die besonderen Merkmale der betreffenden Dienstleistung klar hervorheben, vor allem die Bedingungen, unter denen sie erbracht werden soll, und die Zielgruppe, an die sie gerichtet ist.⁵¹

Auch eine Dienstleistung, die bereits auf dem Markt erbracht wird, kann als DAWI eingestuft werden, wenn die Bedingungen, zu denen die Dienstleistung erbracht wird, als unzureichend angesehen wird, z. B. weil der Markt die Dienstleistung nicht zu dem Preis anbieten kann, der nach Ansicht der nationalen Behörden im öffentlichen Interesse liegt.⁵²

Rn. 53 (67): „The Commission considers that the lack of a determined duration is acceptable taking into account the very nature of the public service in the field of housing. The lifetime of the social housing investments extends over several decades.“

49 Europäische Kommission (2013), S. 43f.

50 Siehe Erwägungsgrund 8 des DAWI-Beschlusses sowie DAWI-Mitteilung (2012), Rn. 46.

51 Europäische Kommission (2013), S. 26.

52 Europäische Kommission (2013), S. 26.

3 Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe der „Neuen Wohnungemeinnützigkeit“

Fraglich ist, welche konkreten Anforderungen sich aus diesen unionalen Vorgaben für die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe einer neuen Wohnungemeinnützigkeit ergeben. Fest steht jedenfalls, dass eine Förderung von Wohnungsunternehmen ohne eine Eingrenzung des begünstigten Personenkreises hinsichtlich der zu vergebenden Wohnungen wie sie nach dem „alten“ deutschen Wohnungemeinnützigkeitsrecht erfolgte, unionsrechtlich unzulässig wäre. Denn nach den in Art. 2 Abs. 1 lit. c) DAWI-Freistellungsbeschluss verwendeten Begriffen ist es jedenfalls erforderlich, dass die Gruppe der begünstigten Mieter in Bezug auf ihre Bedürftigkeit eingegrenzt wird.

Nach dem „alten“ Wohnungemeinnützigkeitsrecht wurden den Wohnungsunternehmen – unabhängig von ihrer Organisationsform – Vergünstigungen bei den Gebühren für die Grundbucheintragung und den Notariatsgebühren sowie Steuervergünstigungen im Bereich der Körperschafts-, Vermögens-, Gewerbe- und Kapitalverkehrsteuer gewährt, im Gegenzug dazu aber auch bestimmte soziale Verpflichtungen auferlegt, die die Tätigkeiten der Wohnungsunternehmen als gemeinnützig kennzeichneten.

Zu diesen Merkmalen der Gemeinnützigkeit, die sich schon im 19. Jahrhundert herausgebildet und mit der „Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherheit von Wirtschaft und Finanzen“ vom 1. Dezember 1930⁵³ in Deutschland erstmalig gesetzlich normiert wurden, zählten unter anderem die Beschränkung der sachlichen, räumlichen und funktionalen Tätigkeit des Wohnungsunternehmens, die Verpflichtung, erwirtschaftete Gewinne immer wieder in den Neubau – später in die Modernisierung des Bestandes – zu investieren (Baupflicht),⁵⁴ die zwingende Mitgliedschaft in einem Verband und die damit einhergehende Prüfpflicht, die Geltung der sogenannten Bedürfnisprüfung,⁵⁵ die die Anerkennung als gemeinnützig davon abhängig machte, dass das Bauunternehmen an dem jeweiligen Standort erforderlich und wirtschaftlich stabil ist, das Bestehen einer Ge-

53 RGBl. 1930 I, S. 517 (593).

54 Wobei eine zeitweilige Unterbrechung der Baupflicht zulässig war. Siehe § 6 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen in der Fassung vom 29. Februar 1940, RGBl. 1940 I, S. 437 (438).

55 Neu gegründete Wohnungsunternehmen konnten nach dieser Prüfung nur Anerkennung finden, wenn sie sich in einer stabilen finanziellen Lage befanden und eine genügende Bautätigkeit durch die bereits vorhandenen Wohnungsunternehmen nicht zu erwarten war.

winnbeschränkung und einer Zweckbindung der Mittel sowie die Beschränkung der Miethöhe auf die gemeinnützige Kostenmiete.⁵⁶

Eine Beschränkung in Bezug auf den Abnehmerkreis der Wohnungen war indes im alten Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht – sofern es sich bei den errichteten Wohnungen nicht gleichzeitig um öffentlich geförderte Wohnungen handelte⁵⁷ – nicht vorgesehen. Auch die im Bereich der mit öffentlichen Geldern geförderten Wohnungen gezogenen Einkommengrenzen schränkten den Nutzerkreis für die gemeinnützigen Wohnungsunternehmen indes nicht erheblich ein. Denn die im öffentlich geförderten Sozialwohnungsbau festgelegten Grenzen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz lagen regelmäßig noch weit über dem durchschnittlichen Bruttoeinkommen eines Haushalts mit mittlerem Einkommen. Dementsprechend waren die Bestände in den gemeinnützigen Wohnungsunternehmen häufig mit Personen aus den mittleren Einkommenschichten belegt.

3.1 Regelungsmodelle in Österreich und den Niederlanden

Ähnlich verhält es sich in Bezug auf das Regelungsmodell der Wohnungsgemeinnützigkeit in Österreich, das der alten Wohnungsgemeinnützigkeit in Deutschland sehr nahekommt.⁵⁸ Im Gegensatz zu Deutschland hat Österreich das Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht auch nie abgeschafft, mit der Folge, dass die gemeinnützige Wohnungswirtschaft noch heute einen tragenden Pfeiler bei der Wohnraumversorgung der österreichischen Bevölkerung darstellt.⁵⁹ Die Mittelstandsorientierung des österreichischen Modells und die fehlende Beschränkung des Personenkreises, denen die begünstigte Dienstleistung zugutekommt, haben dementsprechend Diskussionen ausgelöst, ob die Dienstleistung damit hinreichend klar definiert ist, um den Anforderungen des DAWI-Beschlusses zu genügen.⁶⁰

Während teilweise die Auffassung besteht, dass mit der gegebenen Mittelstandsorientierung die Anforderungen nicht erfüllt werden, argumen-

⁵⁶ Ausführlich zu den einzelnen Voraussetzungen *J. Kuhnert / O. Leps* (2017), *Neue Wohnungsgemeinnützigkeit*, S. 60 ff.

⁵⁷ Dies traf allerdings auf 73 % des Bestandes der gemeinnützigen Wohnungsbauunternehmen zu. Siehe *M. Fuhrich*, *Wohnungsversorgung als sozialer Auftrag, im Wohnungswesen am Beispiel der Wohnungsbaugesellschaft Neue Heimat*, (1984), S. 51.

⁵⁸ Bundesgesetz vom 8. März 1979 über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen (*Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz – WGG*), BGBl. Nr. 139/1979.

⁵⁹ *S. Storr*, *Wohnungsgemeinnützigkeit im Binnenmarkt*, JRP 20 (2012), S. 397 (398); *W. Tancsits*, *Stellenwert Wohnungsgemeinnützigkeit im österreichischen politischen System*, in: *Festschrift für KR Helmut Puchebner*, Wien 2008, S. 101 (103).

⁶⁰ Siehe dazu *J. Kuhnert / O. Leps*, *Neue Wohnungsgemeinnützigkeit* (2017), S. 239.

tieren Befürworter mit einem „trickle-down“-Effekt der österreichischen Wohnungsgemeinnützigkeit, der letztlich dazu führe, dass die Tätigkeit der Wohnungsunternehmen auch sozial Schwächeren zugutekomme und zugleich die soziale Durchmischung der Bevölkerung gefördert werde.⁶¹

Rückschlüsse darauf, ob diese Argumentation trägt, und welche inhaltlichen Anforderungen an die Bestimmung der Zielgruppe zu stellen sind, ergeben sich insoweit aus der Kommissionsentscheidung zur Beihilfrechtskonformität der niederländischen gemeinnützigen Woningcorporaties aus dem Jahr 2009.⁶² Private Wettbewerber hatten bei der EU-Kommission Beschwerde eingereicht, weil sog. Woningcorporaties staatliche Mittel für gewerbliche Tätigkeiten über das Bereitstellen von Sozialwohnungen hinaus nutzen und damit den Wettbewerb beeinträchtigen würden. Viele Wohnungen der Woningcorporaties befänden sich im hochpreisigen Segment.⁶³ Tatsächlich existierten bis zu einer Reform der niederländischen Woningcorporaties im Jahr 2015⁶⁴ für diese keine klare Abgrenzung der Zielgruppe, obwohl sie durch verschiedene staatliche Maßnahmen Vorteile erhielten.

In ihrer Entscheidung, die noch auf Grundlage der alten DAWI-Entscheidung⁶⁵ erging, wies die Kommission darauf hin, dass die Bereitstellung von Sozialwohnungen als begünstigte DAWI unionsrechtlich auf „benachteiligte Bürger oder sozial schwächere Bevölkerungsgruppen“ als Zielgruppe beschränkt und diese Zielgruppe zudem klar definiert sein muss.⁶⁶

Um zu gewährleisten, dass diese Zielgruppe auch tatsächlich von der DAWI profitiert, muss zum Zeitpunkt der Zuweisungen der Wohnungen nach den Ausführungen der EU-Kommission eine Zielgenauigkeit bestehen, nach der grundsätzlich 90 Prozent der Wohnungen an entsprechende Haushalte zu vergeben sind.⁶⁷ Spätere Änderungen der Einkommensverhältnisse sind demgegenüber unschädlich. Im Interesse der Zielsetzung einer sozialen Durchmischung von Wohnquartieren dürfen 10 Prozent der Wohnungen auch an Personen mit einem höheren Einkommen vermietet werden.

Die Kommission erkennt das politische Ziel einer sozialen Durchmischung bzw. der Verhinderung der sozialen Segregation in den Städten

61 J. Kuhnert/O. Leps, Neue Wohnungsgemeinnützigkeit (2017), S. 239 m. w. N.

62 European Commission (2009), State aid No E 2/2005 and N 642/2009 – The Netherlands, Existing and special project aid to housing corporation, 15.12.2009 (im Folgenden: European Commission 2009).

63 European Commission (2009), Rn. 3ff.

64 Siehe dazu J. Kuhnert / O. Leps, Neue Wohnungsgemeinnützigkeit (2017), S. 197 ff.

65 DAWI-Entscheidung der Kommission vom 28.11.2005, ABl. 2005 Nr. L 312/67.

66 European Commission (2009), Rn. 41 lit. f).

67 European Commission (2009), Rn. 41 lit. g) und h), Rn. 58.

damit grundsätzlich an, fordert jedoch eine klare und abgrenzbare Definition und prinzipiell eine hohe Zielgenauigkeit der Dienstleistung zum Nutzen der definierten Zielgruppe. Nur in eng begrenzten, besonderen Ausnahmen kann von der 90 %-Regelung abgewichen werden und der Wert vorübergehend auf 80 % herabgesenkt werden sowie eine Verrechnung zwischen verschiedenen Quartieren und Regionen hinweg geltend gemacht werden, jedoch nur vorübergehend über verschiedene Unternehmen hinweg.⁶⁸

Die niederländische Regierung unterbreitete daraufhin unter Heranziehung einer Marktanalyse den Reformvorschlag, die Zielgruppe bei einer jährlichen Einkommensgrenze von 33.000 Euro (später 38.950 Euro) festzulegen, wodurch 43 % der Bevölkerung erfasst waren.⁶⁹ Mit diesem Vorschlag war die Kommission zufrieden, da die Zielgruppe einerseits klar definiert sei und andererseits die Haushalte innerhalb dieser Zielgruppe gegenüber Haushalten außerhalb der Zielgruppe als benachteiligt angesehen werden konnten.⁷⁰

3.2 Schlussfolgerungen

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Mitgliedstaaten zwar – wie oben bereits dargelegt – bezüglich der Frage, welche Arten von Leistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) anzusehen sind und mit einer Ausgleichszahlung versehen werden, über einen weiten Ermessensspielraum verfügen, der sich bei Dienstleistungen des sozialen Wohnungsbaus auch auf die Festlegung der Größe der Zielgruppe und der Festlegung der Modalitäten der Vergabe der Wohnungen erstreckt.

Allerdings ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 lit. c) des DAWI-Beschlusses, dass mit dem sozialen Wohnungsbau ein sozialer Bedarf abgedeckt werden muss. Es ist daher jedenfalls unionsrechtlich zwingend erforderlich, dass die Gruppe der begünstigten Mieter in Bezug auf ihre Bedürftigkeit eingegrenzt wird, sodass eine neue Wohnungsgemeinnützigkeit ohne eine Eingrenzung der Zielgruppe (im Sinne der gesamten Bevölkerung der Bundesrepublik) nicht zulässig wäre.

Die Begriffe des sozialen Wohnungsbaus und des sozialen Bedarfs werden im DAWI-Beschluss nicht definiert, aber in Erwägungsgrund 11 des DAWI-Beschlusses zumindest dahingehend näher konkretisiert, dass die vorgesehene Befreiung von der Anmeldepflicht von Beihilfen für Un-

68 European Commission (2009), Rn. 58.

69 European Commission (2009), Rn. 57.

70 European Commission (2009), Rn. 41 lit. a).

ternehmen gilt, „die mit der Erbringung von Sozialdienstleistungen betraut sind und Wohnraum für benachteiligte Bürger oder sozial schwächere Bevölkerungsgruppen bereitstellen, die nicht die Mittel haben, sich auf dem freien Wohnungsmarkt eine Unterkunft zu beschaffen“.

Daraus ergibt sich die Anforderung – bei aller Unterschiedlichkeit der Ausgestaltungen und Erscheinungsformen des sozialen Wohnungsbaus in den einzelnen Mitgliedstaaten innerhalb der Europäischen Union –, dass die Mitgliedstaaten in dem jeweiligen Betrauungsakt die Dienstleistung nach Maßgabe dieser Vorgabe zu definieren haben, wobei wiederum der weite Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten hervorzuheben ist. So ist die Kommission etwa in ihrer Entscheidung zu den *Woningcorporaties* in den Niederlanden den Ausführungen der Niederlande, wonach ein Bedürfnis nach günstigem Wohnraum in städtischen Lagen auch für einen großen Anteil der Bevölkerung bestehe, ohne Weiteres gefolgt.⁷¹ Ein besonderer Nachweis des sozialen Bedürfnisses ist insoweit nicht erforderlich.⁷²

In Deutschland wäre es insofern denkbar, an einen Wohnberechtigungsschein gemäß § 27 Wohnraumförderungsgesetz (WoFG) des Bundes und die dafür maßgeblichen Einkommensgrenzen gemäß § 9 Abs. 2 WoFG des Bundes anzuknüpfen wie es auch der Gesetzesentwurf der Grünen aus dem Jahr 2019 vorsah⁷³ bzw. an die entsprechenden Regelungen der Wohnraumförderungsgesetze der Länder. Ebenfalls denkbar wäre eine Anknüpfung an den unlängst ausgeweiteten Empfängerkreis der nach dem Wohngeldgesetz (WoGG) Berechtigten.⁷⁴

Zu beachten sind indes die von der Kommission aufgestellten Anforderungen der genauen Definition der Zielgruppe und deren Abgrenzbarkeit, die sich aus dem Betrauungsakt ergeben muss, und die zielgenaue Wirksamkeit der Dienstleistungen zugunsten der Zielgruppe, die sich indes mit der Festlegung einer Einkommensgrenze bei der Vermietung der Wohnungen⁷⁵ relativ leicht realisieren lässt.

Bestimmte Vorgaben hinsichtlich der Breite der sozialen Zielgruppe sieht das Unionsrecht demgegenüber nicht vor. Vielmehr ergibt sich diese aus den tatsächlichen Gegebenheiten des mitgliedstaatlichen Wohnungsmarktes, hinsichtlich dessen Einschätzung den Mitgliedstaaten ein weiter

71 European Commission (2009), Rn. 50–51.

72 European Commission (2009), Rn. 63–64.

73 Siehe Gesetzesentwurf von Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 19/17307, § 7 Abs. 2, S. 7.

74 Siehe den Gesetzesentwurf der Bundesregierung „Gesetz zur Erhöhung des Wohngeldes (Wohngeld-Plus-Gesetz), BT-Drs. 20/3936.

75 Der Gesetzesentwurf von Bündnis 90/Die Grünen zog die Grenze bei 150 % der nach § 9 Abs. 2 bestimmten jährlichen Einkommensgrenze des Wohnraumförderungsgesetzes des Bundes, BT-Drs. 19/17307, S. 5 (7).

Ermessensspielraum zukommt. Erforderlich ist ein „soziales Bedürfnis“, das je nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Wohnungsmarktes auch bis in die Mittelschicht hinein vorhanden sein kann, sofern diese aus eigenen Mitteln nicht mehr in der Lage ist sich am freien Wohnungsmarkt adäquat mit angemessenem Wohnraum zu versorgen. In diesem Fall könnte die soziale Zielgruppe entsprechend weit gefasst werden. In der Situation eines ausgeglichenen Wohnungsmarktes wäre die soziale Zielgruppe demgegenüber entsprechend enger zu fassen.

Eine Korrelation zwischen dem Marktanteil der DAWI-Unternehmen in dem jeweiligen Mitgliedstaat und der zulässigen Breite der Zielgruppe, in dem Sinne, dass bei einem hohen Marktanteil der DAWI-Unternehmen die soziale Zielgruppe entsprechend weit gefasst werden kann und bei einem niedrigeren Anteil entsprechend enger zu fassen wäre, lässt sich dem DAWI-Freistellungsbeschluss und auch den Ausführungen der Kommission nicht entnehmen.⁷⁶

⁷⁶ So *P. Runkel*, Neue Wohnungsgemeinnützigkeit – Chancen, Risiken, Zuständigkeiten und Alternativen (2017), Rn. 5.4.

4 Ergebnis des Gutachtens und Zusammenfassung

Das Unionsrecht steht der Einführung einer Neuen Wohnungsgemeinnützigkeit nicht entgegen, enthält jedoch für dessen Ausgestaltung bestimmte Vorgaben. Aus Art. 4 des DAWI-Freistellungsbeschluss ergibt sich im Hinblick auf die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe einer neuen Wohnungsgemeinnützigkeit die Vorgabe, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) im Wege eines Betrauungsaktes zu übertragen, in dem u. a. Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung festgelegt sein müssen, wobei das Unionsrecht auch einer dauerhaften Übertragung einer DAWI oder einer erneuten Übertragung für einen längeren Zeitraum nicht ausschließt.

Der Gegenstand und damit die Bestimmung der DAWI steht zwar generell im weiten Ermessen der Mitgliedstaaten; Art. 2 Abs. 1 lit. c) des DAWI-Beschlusses erfordert jedoch, dass mit Dienstleistungen im Bereich des sozialen Wohnungsbaus ein sozialer Bedarf abgedeckt wird. Die Ausgestaltung des sozialen Wohnungsbaus und die Feststellung der Notwendigkeit eines sozialen Bedarfs erfolgt durch die Mitgliedstaaten, denen diesbezüglich erneut ein Ermessensspielraum eingeräumt ist, auch im Hinblick auf die Festlegung der Größe der Zielgruppe und der Festlegung der Modalitäten der Vergabe der Wohnungen.

Erforderlich ist jedoch eine genaue Definition der Zielgruppe und deren Abgrenzbarkeit. Nicht möglich wäre daher die Einrichtung einer neuen Wohnungsgemeinnützigkeit ohne Festlegung der Zielgruppe und damit zugunsten der gesamten Bevölkerung. Rechtssicher anknüpfen ließe sich demgegenüber für die Bestimmung der Zielgruppe an die Einkommensgrenzen der Wohnraumförderungsgesetze oder aber des Wohngeldgesetzes. Darüber hinaus ist die Zielgenauigkeit der Wirksamkeit der Dienstleistung zugunsten der festgelegten Zielgruppe sicherzustellen.

Literatur

- (1956) Bericht der Delegationsleiter des von der Konferenz von Messina eingesetzten Regierungsausschusses der Außenminister. www.cvce.eu/de/collections/unit-content/-/unit/02bb76df-d066-4c08-a58a-d4686a3e68ff/22ee1520-b285-4dd4-b69d-a8d807fb4669/Resources#4dd69921-433b-4bc0-acec-808f72fec9ae_de&overlay.
- Bartosch, Andreas (2015): EU-Beihilfenrecht: Art. 106–109 AEUV, De-minimis-Verordnung, DAWI-Paket, Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung sowie Verfahrensverordnung. 3. Auflage, München: C. H. Beck.
- Bundesregierung (2021): Mehr Fortschritt wagen. Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP. www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1.
- Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (2016): EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtcharta. 6. Auflage, München: C. H. Beck.
- Enchelmaier, Stefan (2019): Europäisches Wirtschaftsrecht. Stuttgart: Kohlhammer.
- Europäische Kommission (2013): Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_de.pdf.
- European Commission (2009): State aid No E 2/2005 and N 642/2009 – The Netherlands, Existing and special project aid to housing corporation. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/197757/197757_1155868_173_2.pdf.
- Frenz, Walter (2021): Handbuch Europarecht: Band 3: Beihilferecht. 2. Auflage, Berlin: Springer.
- Fuhrich, Manfred (1984): Wohnungsversorgung als sozialer Auftrag: Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen am Beispiel der Wohnungsgesellschaft Neue Heimat. Universitätsverlag der TU Berlin.
- Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Matthias (2022): Das Recht der Europäischen Union. 76. Ergänzungslieferung, München: C. H. Beck.
- Hatje, Armin; Müller-Graff, Peter-Christian (2021): Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht. 2. Auflage, Baden-Baden: Nomos.

- Jenkis, Helmut (2000): Die gemeinnützige Wohnungswirtschaft im Widerstreit der Interessen und Meinungen: Eine kommentierte Dokumentation zur Aufhebung des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes. Baden-Baden: Nomos.
- Keßler, Jürgen; Dahlke, Ann (2007): Der soziale Wohnungsbau im Lichte des europäischen Beihilferechts. In: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 18(4), S. 103–106.
- Keßler, Jürgen; Dahlke, Ann (2009): Sozialer Wohnungsbau. In: Andreas Krautscheid (Hrsg.): Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl. Eine sektorspezifische Betrachtung. Wiesbaden: Springer VS. S. 275–289.
- Kuhnert, Jan; Leps, Olof (2017): Neue Wohnungsgemeinnützigkeit: Wege zu langfristig preiswertem und zukunftsgerechtem Wohnraum. Wiesbaden: Springer VS.
- Oppermann, Thomas; Classen, Christian; Nettesheim, Matthias (2021): Europarecht. 9. Auflage, München: C. H. Beck.
- Runkel, Peter (2017): Neue Wohnungsgemeinnützigkeit – Chancen, Risiken, Zuständigkeiten und Alternativen. www.vdw-rw.de/fileadmin/VdW-RW/Presse/Publikationen/Studien_und_Gutachten/Gutachten_Runkel_VdW-RW_komplett.pdf .
- Schwarze, Jürgen; Becker, Ulrich; Hatje, Armin; Schoo, Johann (2019): EU-Kommentar. 4. Auflage, Baden-Baden: Nomos.
- Storr, Stefan (2012): Wohnungsgemeinnützigkeit im Binnenmarkt. In: Journal für Rechtspolitik, 20(4), S. 397–409.
- Tancsits, Walter (2008): Stellenwert Wohnungsgemeinnützigkeit im österreichischen politischen System. In: Klaus Lugger und Michael Holoubek (Hrsg.): Die österreichische Wohnungsgemeinnützigkeit – ein europäisches Erfolgsmodell. Festschrift für KR Helmut Puchebner, Wien: Manz, S. 101–108.
- Thiele, Alexander (2022): Europarecht. 18. Auflage, Altenberge: Niederle.

Alle Websites wurden zuletzt am 9.12.2022 besucht.

ISSN 2509-2359