

# KOMMUNALER WOHNUNGSBAU

## MODELLE UND RECHTSRAHMEN



<b>VORWORT</b> DStGB	
Dr. Gerd Landsberg .....	3

<b>1 VORWORT</b> HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK	
Dr. Ute Jasper .....	6

<b>2 DER LEITFADEN</b> .....	9
------------------------------	---

<b>3 MODELLE DER WOHNRAUMVERSORGUNG</b> .....	10
---	----

<b>4 RECHTLICHE GESTALTUNG DER MODELLE</b> .....	13
--	----

<b>4.1 Eigenbetrieb / Eigenbetriebsähnliche Einrichtung</b> .....	13
---	----

4.1.1 Kommunalrecht .....	15
4.1.2 Vergaberecht .....	18
4.1.3 Beihilferecht .....	20
4.1.4 Steuerrecht .....	26

<b>4.2 AöR</b> .....	28
----------------------	----

4.2.1 Kommunalrecht .....	29
4.2.2 Vergaberecht .....	32
4.2.3 Beihilferecht .....	34
4.2.4 Steuerrecht .....	35

<b>4.3 GmbH oder GmbH &amp; Co. KG</b> .....	36
--	----

4.3.1 Gesellschaftsrecht .....	38
4.3.2 Kommunalrecht .....	40
4.3.3 Vergaberecht .....	42
4.3.4 Beihilferecht .....	44
4.3.5 Steuerrecht .....	45

<b>4.4 „2-Säulen-Modell“</b> .....	48
------------------------------------	----

4.4.1 Kommunalrecht .....	49
4.4.2 Vergaberecht .....	50
4.4.3 Beihilferecht .....	51
4.4.4 Steuerrecht .....	51

<b>5 FAZIT</b> .....	52
----------------------	----

## IMPRESSUM

Juni 2023

Herausgeber  
DStGB Dienstleistungs GmbH

Konzept und Idee

Verantwortlich für den Deutschen Städte- und Gemeindebund  
Bernd Düsterdiek

Verantwortlich für HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK  
Dr. Ute Jasper, Rebecca Dreps, Daniela Kreuels, Sarah Slavik-Schulz

Gestaltung und Satz Birgit Pointinger

Fotos Titelblatt von links oben im UZS:  
© iStock.com/mohd izzuan | iStock.com/andresr | iStock.com/sommart | iStock.com/BrianAJackson

»» *Um die gesteckten Wohnungsbauziele zu erreichen, bedarf es [...] einer soliden Finanzierung und damit Wohnungsbauförderung.«*



**Dr. Gerd Landsberg** Hauptgeschäftsführer  
Deutscher Städte- und Gemeindebund

## VORWORT DEUTSCHER STÄDTE- UND GEMEINDEBUND

Die Schaffung bezahlbaren Wohnraums bleibt eine zentrale politische Herausforderung. Nach Expertenschätzung müssten jährlich mindestens 350.000 neue Wohnungen in Deutschland gebaut werden, um den Bedarf zu decken. Von dieser und auch der politischen Zielmarke, 400.000 neue Wohnungen pro Jahr neu zu errichten, sind wir aktuell weit entfernt. Bezahlbarer Wohnraum ist jedoch Grundvoraussetzung für eine sozialgerechte Stadtentwicklung.

Steigende Baukosten, Materialengpässe sowie Fachkräftemangel führen derzeit dazu, dass die gesteckten Ziele im Wohnungsbau in Deutschland nicht zu erreichen sein werden. Hinzu kommen weitere Hürden, die etwa aus den Anforderungen an die energetische Beschaffenheit neuer Wohngebäude, den Vorgaben des neuen Gebäudeenergiegesetzes oder auch aus den zukünftigen Ergebnissen einer kommunalen Wärmeplanung resultieren. Planen und Bauen in ungewissen Zeiten, eine besondere Herausforderung.

Bund und Länder bleiben daher gefordert, die Rahmenbedingungen für bezahlbares Bauen und Wohnen – unter Berücksichtigung des Klimaschutzes und der Energieeffizienz – praxisgerecht zu verbessern. Wir haben bei diesem Thema allerdings kein Erkenntnis-, sondern ein Umsetzungsproblem. Bereits im Oktober 2022 hat das vom Bundesbauministerium initiierte Bündnis bezahlbarer Wohnraum Maßnahmen und Handlungsempfehlungen für eine Bau-, Investitions- und Innovationsoffensive vorgestellt. Viele Ansatzpunkte liegen somit bereits auf dem Tisch und müssen nun in der Praxis zügig umgesetzt werden.

Um die Zurückhaltung von Wohnungswirtschaft und Investoren zu überwinden, müssen z. B. bauliche Standards und das bauliche Anforderungsniveau im Sinne von notwendigen Mindeststandards kritisch überprüft werden. Hierzu gehört auch die Einrichtung einer unabhängigen Stelle zur Folgekostenabschätzung in Normungsprozessen sowie die gezielte Förderung des seriellen Bauens.

Zudem muss die Baulandmobilisierung weiter verbessert werden. Dies gilt insbesondere in stark nachgefragten Städten und Gemeinden und in deren umliegenden Regionen. Hier können unter anderem die Einführung einer Innenentwicklungsmaßnahme im Baugesetzbuch, ein weiter geschärftes kommunales Vorkaufsrecht, in der Praxis vollziehbare Baugebote oder auch die Etablierung kommunaler Bodenfonds, die durch Bund und Länder unterstützt werden, beitragen. Mit kommunalen Bodenfonds können Städte und Gemeinden vor Ort steuern, was und wann gebaut wird. Bund und Länder sollten daher derartige Bodenfonds unterstützen.

Um die gesteckten Wohnungsbauziele zu erreichen, bedarf es zudem einer soliden Finanzierung und damit Wohnungsbauförderung. Die Mittel für die soziale Wohnraumförderung sollten langfristig auf mindestens 5 Milliarden Euro jährlich aufgestockt werden. Hierbei ist sicherzustellen, dass die Länder diese Finanzmittel auch kofinanzieren und die Bundesmittel im Ergebnis uneingeschränkt dem sozialen Wohnungsbau zugutekommen. Eine solide und langfristige Wohnungsbauförderung ist das Fundament für bezahlbaren Wohnraum.

Städte und Gemeinden und über 700 kommunale Wohnungsunternehmen in Deutschland sind im Übrigen Garanten einer nachhaltigen Wohnungspolitik. Sie tragen mit einer zurückhaltenden Mietenpolitik seit Jahren maßgeblich zu einer sozialgerechten Entwicklung in unseren Städten und Gemeinden bei. Hierbei sind die Strategien der örtlichen und regionalen Wohnungspolitik äußerst vielfältig. Konzepte und Lösungen „von der Stange“ gibt es nicht. In jedem Einzelfall ist eine genaue Analyse der „Vor-Ort-Situation“ und ein daraus abgeleitetes Zielbild erforderlich.

Die vorliegende Dokumentation stellt daher die gängigsten rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten dar, wenn eine Kommune den Wohnungsbau „in die eigene Hand nehmen“ möchte. Der Fokus liegt dabei auf dem geförderten und preisgedämpften Wohnungsbau. Die Autorinnen und Autoren gehen aber auch auf Modelle ein, die eine gewinnbringende Bautätigkeit der Kommunen ermöglichen.

In der DStGB-Dokumentation Nr. 172 „Kommunaler Wohnungsbau“ werden somit unterschiedliche Konzepte, die rechtlichen Rahmenbedingungen sowie interessante Praxisbeispiele zusammengefasst.

Ein besonderer Dank gilt an dieser Stelle allen Autorinnen und Autoren sowie unserem Kooperationspartner, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Rechtsanwälte und Steuerberater.

Wir wünschen Ihnen eine interessante und spannende Lektüre!



Dr. Gerd Landsberg  
Hauptgeschäftsführer DStGB  
Berlin, im Juni 2023



V. o.: © AdobeStock\_Scanrail | photo 5000 - Fotolia.com | AdobeStock\_Elenathewise



# KOMMUNALER WOHNUNGSBAU MODELLE UND RECHTSRAHMEN

# 1 VORWORT

## HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK



*Dr. Ute Jasper*  
Partnerin bei HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Plötzlich ist der kommunale Wohnungsbau wieder ein Thema in vielen Sitzungen von Stadträten, Kreistagen und Gemeinderäten. Offensichtlich auch für Sie, sonst würden Sie diese Worte nicht lesen.

### Warum ist das so? Und was können Sie tun?

Genau dies wird auf den nächsten Seiten beantwortet, und zwar knapp, verständlich und praxisnah, die erste Frage nach dem „Warum?“ allerdings nur ganz kurz, die zweite dann nach Handlungsvarianten geordnet, anschaulich und umsetzbar.

### Wohnungsbau ist wieder Daseinsvorsorge

Warum schreiben die Zeitungen, warum streitet die Politik, warum arbeiten die Verwaltungen wieder am Thema „Kommunaler Wohnungsbau“? Ganz einfach, der Wohnungsbau ist wieder zu einer Aufgabe der Daseinsvorsorge geworden. Die Bürger spüren, dass der Markt nicht ausreichend für bezahlbare Wohnungen sorgt. Sie wenden sich an den Staat, also an Bund, Länder und Kommunen. Und da Bürger mit ihren Wahlen das Geschick bestimmen, reagiert der demokratische Staat auf allen Ebenen mit Subventionen und Aktionen.

### Die Gründe sind vielfältig:

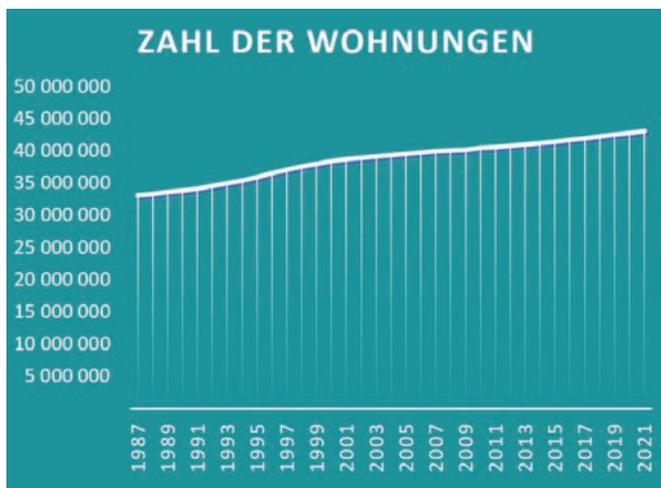
- » die Privatisierungswellen im Wohnungsbau seit den 1980er-Jahren,
- » der Zuzug von Einwanderern und Geflüchteten,
- » der Anstieg der Single-Haushalte usw.

Außerdem steigen die Baupreise und seit kurzem auch die Energiekosten sowie die Zinsen viel stärker als bisher, was die Wohnungen, soweit sie überhaupt verfügbar sind, weiter verteuert. Nicht zuletzt steht das richtige und wichtige Ziel des Klima- und Umweltschutzes dem Wohnungsbau eher entgegen. Denn verantwortungsbewusster Wohnungsbau, vermeidet soweit möglich, Freiflächen zu versiegeln. Stattdessen wird richtigerweise versucht im Bestand zu sanieren, Gebäude aufzustocken, umzunutzen und Baulücken zu schließen. So werden die natürlichen Ressourcen geschont.

Was bedeutet Klimaschutz für den Wohnungsbau? Sanierung und Umnutzung kosten meist mehr Geld als das Bauen auf der grünen Wiese. Bezahlbare Wohnungen sind auch deshalb nicht schnell und im großen Umfang zu schaffen, es sei denn Kommunen, Städte, Kreise, Länder und der Bund unterstützen mit Fördergeld.

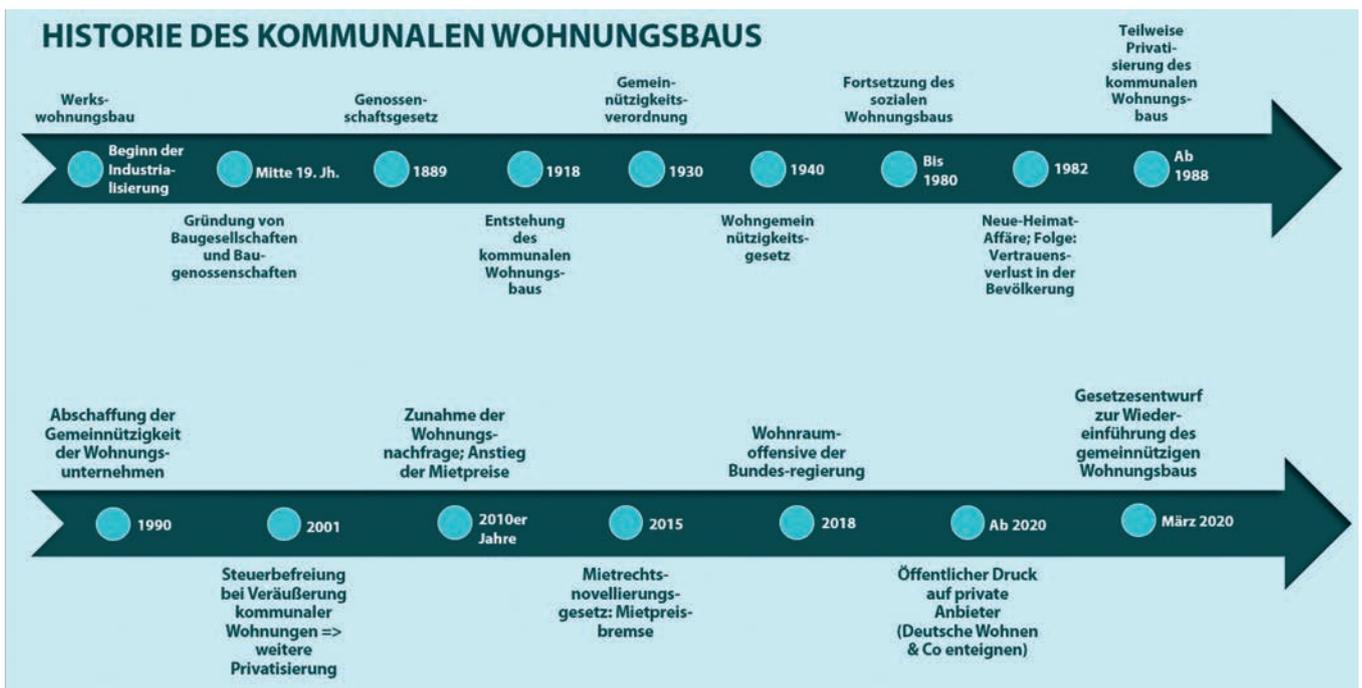
### Handlungsvarianten richten sich nach Ausgangslagen und Zielen

Jetzt wird es konkret: Was können Gemeinde und Städte tun, um ihren Bürgern mehr günstige Wohnungen anzubieten und so z. B. qualifizierte Arbeitnehmer anzuziehen und zu binden? Ganz viel und ziemlich schnell, wie Sie in diesem Leitfaden sehen werden. Allerdings werden Sie einen Anzug nach der Maßgabe „one suit fits all“ lange suchen. Es gibt keine Standardlösung für alle, ebenso wenig wie es den Standardfall und die Standardziele gibt. Denn die beste Lösung hängt von der Ausgangslage ab und davon, was Sie erreichen wollen. Sie finden nachfolgend deshalb ein Portfolio von Varianten.





Quelle: iStock.com/Gajus



Sie werden fragen: „Welche Variante ist für meine Kommune die Beste?“. Um diese Frage zu beantworten, müssen Sie für sich eine „Anamnese“ durchlaufen und Folgendes beantworten:

### 1. Wie ist Ihre Ausgangssituation?

- » Hat Ihre Stadt bereits eigene Wohnungen? Verwalten Sie diese selbst oder wer verwaltet die Wohnungen bisher?
- » Gibt es bereits eine Wohnungsbaugesellschaft mit kommunaler Beteiligung in Ihrer Stadt oder Gemeinde?
- » Soll mit dieser Gesellschaft kooperiert werden?
- » Haben Sie in Ihrer Kommune Mitarbeiter, die Sie für das Projekt einsetzen können oder benötigen Sie die Hilfe von Experten?
- » Wollen Sie mit Nachbarkommunen zusammenarbeiten?
- » Brauchen Sie private Partner?
- » Gibt es grundsätzliche Bedenken gegen bestimmte Rechtsformen oder Kooperationen?
- » Sollen Fördermittel einbezogen und Fördervoraussetzungen erfüllt werden?

### 2. Was sind Ihre Ziele?

- » Wollen Sie schnell planen und bauen?
- » Wollen Sie eigene Grundstücke bebauen?
- » Auf freier Fläche oder im Bestand?
- » Haben Sie Nebenziele wie Klima- und Umweltschutz? Mit hoher Priorität?
- » Wollen Sie Aufträge ohne Ausschreibung vergeben? An eine Tochtergesellschaft? An Bauunternehmen?
- » Wollen Sie das Projekt Wohnungsbau mit anderen Projekten koppeln, beispielsweise Wohnungen oberhalb einer Kita bauen?
- » Wie eng wollen Sie den Wohnungsbau steuern? Kommen Investorenmodelle in Betracht?

Nach dieser Anamnese wird sich die beste Lösung wie von selbst zeigen. Dazu zwei Beispiele, die hoffentlich Ihr Interesse wecken, weiter zu lesen. Dort finden Sie die Lösungsansätze.

## BEISPIEL

### AUSGANGSLAGE

Eine Universitätsstadt steht unter hohem Druck, um weiteren bezahlbaren Wohnraum zu schaffen.

### ZIELE

Die Stadt will möglichst umweltschonend bauen und dazu Baulücken schließen und vorhandene städtische Gebäude aufstocken, um möglichst wenig freie Flächen zu versiegeln. Da der Wohnungsbau in diesen Fällen keine oder nur ganz geringe Gewinne abwirft, will sie diese Ziele der Daseinsvorsorge in einer eigenen Tochtergesellschaft umsetzen. Sie will Baulücken-Grundstücke in die Tochtergesellschaft einbringen und überlegt, ob sie diese Tochtergesellschaft dazu in der Rechtsform einer GmbH oder an einer GmbH & Co. KG gründet.

### RECHTSLAGE

Beide Rechtsformen sind zulässig. Um Grunderwerbsteuer zu sparen, ist es sinnvoller, eine GmbH & Co. KG zu gründen.

## BEISPIEL

### AUSGANGSLAGE

Eine Kommune verwaltet und bewirtschaftet ihre eigenen Wohnungen in einer eigenbetriebsähnlichen Einrichtung.

### ZIELE

Die Kommune will erreichen, dass die kleineren Planungs- und Bauleistungen, die zum Ausbau oder zur Instandhaltung der Wohngebäude erforderlich werden, nicht mehr ausgeschrieben werden müssen.

### RECHTSLAGE

Die Kommune könnte die Bewirtschaftungsleistungen direkt und ohne Ausschreibung an eine 100-prozentige Tochtergesellschaft vergeben, die als GmbH oder als GmbH & Co. KG ausgestaltet wird. Die Gesellschaft wäre ihrerseits bis zum Erreichen der europäischen Schwellenwerte nicht ausschreibungspflichtig.

# 2 DER LEITFADEN

## 1 Umfang des Leitfadens

Dieser Leitfaden stellt die gängigsten rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten dar, wenn eine Kommune den Wohnungsbau und die -verwaltung „in die eigene Hand nehmen“ möchte. Der Fokus liegt dabei auf dem geförderten und preisgedämpften Wohnungsbau für einkommensschwächere Bevölkerungsschichten, der im Mittelpunkt der Daseinsvorsorge steht. Aber wir werden auch auf Modelle eingehen, die gewinnbringende Bautätigkeiten der Kommune ermöglichen.

Wir möchten uns nicht in rechtlichen Details und Einzelproblemen verlieren, sondern Ihnen die übergreifenden und allgemeingültigen Strukturen darstellen, die Ihnen ein gedankliches Geländer und eine Orientierungshilfe sein sollen. Zudem werden wir immer wieder praxisnahe Lösungsmöglichkeiten an einzelnen Beispielen vorstellen.

Betrachten wollen wir – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die maßgeblichen kommunalrechtlichen, vergaberechtlichen, beihilferechtlichen und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen der Modellwahl. Da die haushaltsrechtliche Bewertung sehr stark vom Einzelfall, landesrechtlichen Besonderheiten und von den wirtschaftlichen Voraussetzungen der einzelnen Kommune abhängt, können wir diese nur am Rande betrachten. Das gleiche gilt auch für die personalrechtlichen Aspekte.

Auch auf den Verkauf von Grundstücken mit bestimmten Gestaltungsverpflichtungen an Dritte, das Bauplanungsrecht und das Fördermittelrecht gehen wir hier nicht ein. Die finanzielle Wohnraumförderung, bedarfsgerechte Bauplanung und Maßnahmen der Bodenvorratspolitik sind valide Instrumente der Wohnungsbaupolitik. Wir konzentrieren uns in dieser Broschüre jedoch auf die Strukturen und Handlungsformen eigener Bautätigkeiten von Kommunen.



Quelle: Selbst erstellt mit DALL-E

## 2 Aufbau des Leitfadens

Rechtlich gibt es verschiedene Gestaltungsoptionen für den kommunalen Wohnungsbau, die wir mit ihren wichtigsten Vor- und Nachteilen skizzieren möchten. Über einen Überblick kann es an dieser Stelle nicht hinausgehen, da – wie so oft – die Rechtslage im Allgemeinen, aber erst recht im konkreten Einzelfall sehr komplex und in den Bundesländern teils auch unterschiedlich ist. Kommunen müssen zahlreiche rechtliche, aber auch politische Aspekte beachten, die sich manchmal überschneiden oder sogar widersprechen.

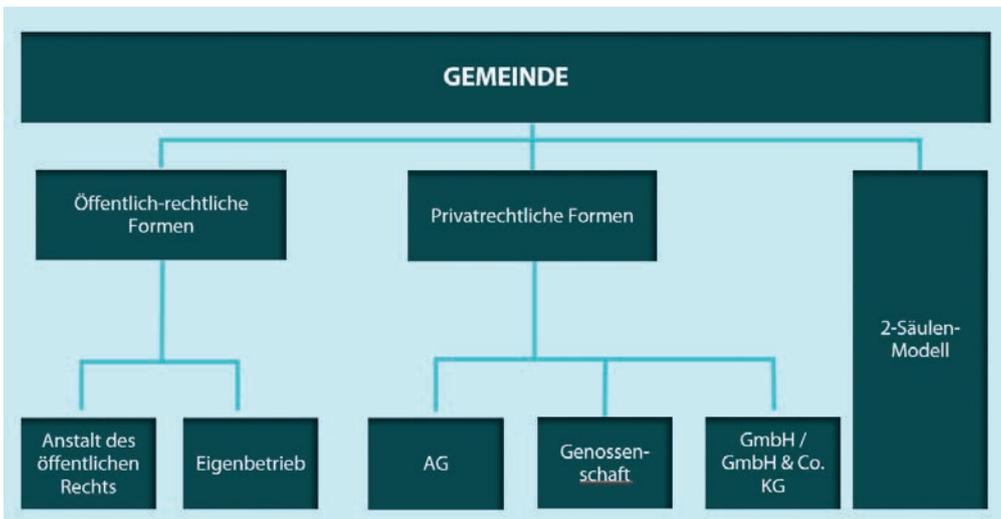
Zunächst möchten wir in diesem Leitfaden einen Überblick über die möglichen Modelle der Wohnraumversorgung geben (3). Sodann gehen wir auf die einzelnen Modelle ein. Wir betrachten den grundsätzlichen Aufbau sowie die wesentlichen zu berücksichtigenden Vorgaben des Kommunalrechts, des Vergaberechts, des Beihilferechts und des Steuerrechts (4).

# 3 MODELLE DER WOHNRAUMVERSORGUNG

Den Kommunen stehen diverse Modelle zur Verfügung, um bezahlbaren Wohnraum für ihre Bürger zu schaffen. Sie sind nicht an öffentlich-rechtliche Rechtsformen gebunden, sondern können auch privatrechtliche Unternehmen gründen. Von dieser Flexibilität machen die Kommunen bereits umfassend Gebrauch. Von Wohnungsgenossen-

schaften bis Aktiengesellschaften gibt es ganz unterschiedliche Organisationsmodelle. Diese Broschüre soll praktikable und zukunftsfähige Modelle präsentieren, mit denen die Kommunen ihr Ziel der Wohnungsbauförderung, insbesondere im sozial geförderten und preisgedämpften Wohnungssegment, erreichen können.

Im Überblick stellen sich die wichtigsten Modelle wie folgt dar:



In dieser Broschüre betrachten wir die folgenden Modelle ausführlich:





Quelle: iStock.com/ah\_fotobox

## EXKURS AKTIENGESELLSCHAFT

Viele Kommunen in NRW und in anderen Bundesländern haben ihre Bautätigkeit - für Wohnungen, öffentliche und gewerbliche Immobilien - in Aktiengesellschaften (AG) ausgelagert. Die AG hat durchaus Vorteile, weil sie unternehmerisch sehr selbstständig und flexibel agieren kann. Sie ist nicht an die Weisungen ihrer Aktionäre gebunden und auch die Kontrollmöglichkeiten der Aktionäre sind sehr beschränkt.

Die AG kann daher die richtige Rechtsform sein, wenn die Kommune mit ihrer Bautätigkeit Gewinne erzielen will (siehe dazu auch Ziffer 4.4 „2-Säulen-Modell“). Eine gewinnorientierte Tätigkeit benötigt große unternehmerische Flexibilität am Markt. Das kann die AG gewährleisten. Wegen der fehlenden Kontrolle ist sie nicht öffentlicher Auftraggeber und kann daher u.a. ohne komplexe Ausschreibungsverfahren direkt am Markt beauftragen.

Für den reinen sozialen Wohnungsbau als Daseinsvorsorge, der in der Regel defizitär bleibt, ist die AG insbesondere wegen der fehlenden Kontrollmöglichkeiten nicht die geeignete Rechtsform. Die Kommune könnte weder beeinflussen, wie die AG am Markt agiert, noch könnte sie die AG direkt mit Bauleistungen beauftragen. Aufgrund der fehlenden Kontrolle ist die AG nicht inhousefähig.

Kommunalrechtlich ist die Gründung einer AG auch deutlich schwieriger als die Gründung einer anderen privaten Gesellschaft. In NRW darf eine Kommune eine AG z. B. nur noch gründen, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Welches das passende Modell für Ihre Kommune ist, hängt von Ausgangslage und Zielen ihrer Kommune ab. Der wesentliche Unterschied der Modelle liegt in der Kontrolldichte, die den Kommunen über die jeweilige Einrichtung zukommt und im Umfang der Ausschreibungspflicht. Die Modelle unterscheiden sich maßgeblich in ihrer unternehmerischen Flexibilität auf der einen und den Kontrollbefugnissen der Kommune auf der anderen Seite, die in der Regel mit einer verstärkten Bindung an das Vergaberecht einhergehen.

Das Modell der Aktiengesellschaft betrachten wir in dieser Broschüre nicht ausführlich. Zwar gibt es Kommunen, die ihren Wohnungsbau in einer Aktiengesellschaft organisieren. Dies ist allerdings historisch gewachsen – von einer Neugründung ist abzuraten. Sie ist häufig schon kommunalrechtlich nicht zulässig. Die erforderliche Kontrolle durch die Kommune lässt sich bei dieser Organisationsform nur schlecht bis gar nicht umsetzen. Zudem steht die Zielsetzung einer Aktiengesellschaft im Widerspruch zu den Zielen des kommunalen Wohnungsbaus. Eine Aktiengesellschaft ist primär auf Profit ausgerichtet und muss die Interessen ihrer Aktionäre beachten. Dies kann dazu führen, dass die Bedürfnisse und Interessen der Mieterinnen und Mieter nicht ausreichend berücksichtigt werden und der soziale Zweck des Wohnungsbaus in den Hintergrund rückt.



Quelle: iStock.com/Stadtratte

## Wohnungsbaugenossenschaften

Eine weitere hier nicht näher beleuchtete mögliche Gestaltungsform stellen Wohnungsbaugenossenschaften mit kommunaler Beteiligung dar. Genossenschaften sind gemeinwohlorientierte Organisationen, die von ihren Mitgliedern getragen werden und deren Hauptzweck darin besteht, Wohnraum zu angemessenen Preisen anzubieten.

Kommunen können und dürfen sich grundsätzlich an Genossenschaften beteiligen oder eigene Genossenschaften gründen, um sozialen Wohnungsbau zu fördern und bedürftigen Menschen Zugang zu bezahlbarem Wohnraum zu ermöglichen. Die erforderliche kommunalrechtliche Kontrolle lässt sich aber in dieser Organisationsform nur schwer wirksam herstellen.

Die Genossenschaft ist eine demokratisch verfasste Organisationsform. Die Kontrolle und die maßgeblichen Entscheidungsbefugnisse nehmen die Genossen gemeinschaftlich wahr. Die Idee der Genossenschaften war und ist es, dass Mitglieder selbstbestimmt und eigenverantwortlich Wohnungen errichten und verwalten – die Unabhängigkeit der Mieterinnen und Mieter sollte gestärkt werden, sie sollten als Mitbesitzerinnen und Mitbesitzer die Interessen der Genossenschaft vertreten und sich aktiv an der Gestaltung ihres Wohnumfeldes beteiligen.

Zwar erlaubt es das Genossenschaftsrecht mittlerweile in bestimmten Grenzen, einzelnen Genossenschaftsmitgliedern mehr Kontrollbefugnisse einzuräumen. Eine echte Kontrolle der Kommune – wie sie auch für die Inhouse-Fähigkeit der Genossenschaft erforderlich wäre – ist damit nicht zulässigerweise umzusetzen.

## Neue Gemeinnützigkeit

Wohnungspolitik ist auch ein in Deutschland ehemals weit verbreitetes Prinzip wieder in den Fokus der politischen Debatte gerückt: Die Wohnungsgemeinnützigkeit. Durch die Wohnungsgemeinnützigkeit erhalten Wohnungsunternehmen Steuerbefreiungen in Bezug auf verschiedene Steuerarten wie Körperschaft-, Gewerbe-, Grund- und Grunderwerbsteuer sowie reduzierte Umsatzsteuer bei Neubau und Instandhaltung.

Dies gilt jedoch nur, wenn sie dauerhaft gemeinnützig handeln und preisgünstigen und sozialen Wohnraum für Haushalte bereitstellen, deren Einkommen unter bestimmten Grenzen liegen. Im Gegensatz zum sozialen Wohnungsbau, der in der Regel durch einmalige Darlehen oder Zuschüsse geprägt und zeitlich begrenzt ist, ist die Wohnungsgemeinnützigkeit durch eine dauerhafte Förderung und Bindung geprägt. Somit bleibt der gemeinnützige Zweck über einen langen Zeitraum erhalten.

Die Wohnungsgemeinnützigkeit wurde in Deutschland im Jahr 1989 im Rahmen einer Steuerreform aus diversen Gründen abgeschafft – nun ist die Einführung einer neuen Wohnungsgemeinnützigkeit Bestandteil des Koalitionsvertrages für die aktuelle Legislaturperiode. Ein Gesetzesentwurf liegt bereits seit der letzten Legislaturperiode vor. Ein innerhalb der Koalition abgestimmtes Eckpunktepapier ist angekündigt. Man darf gespannt sein, wie sich die Rechtslage hier entwickelt.

# 4 RECHTLICHE GESTALTUNG DER MODELLE

Diese Broschüre blickt mit Fokus auf mögliche Ziele und Ausgangslagen der Kommunen auf die kommunalrechtlichen, vergaberechtlichen, beihilferechtlichen und steuerrechtlichen Voraussetzungen der genannten Modelle.

Die kommunalrechtliche und vergaberechtliche Rechtslage betrachten wir grundsätzlich am Beispiel des nordrhein-westfälischen Landesrechts, ggf. weisen wir – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – auf abweichende Vorschriften in anderen Bundesländern hin. So gibt es gerade was die wirtschaftliche, gewinnorientierte Wohnungsbautätigkeiten von Kommunen angeht teils deutlicher Unterschiede zwischen den Regelungen der einzelnen Bundesländer. Die primär gewinnorientierte Bautätigkeit steht zwar nicht im Mittelpunkt dieser Broschüre, wir werden aber insbesondere im Rahmen des „2-Säulen-Modells“ darauf eingehen. Während einige Bundesländer, wie z. B. Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein die wirtschaftlichen Tätigkeiten ihrer Kommunen restriktiver regeln als NRW, verzichten andere Bundesländer, wie z. B. Hamburg gänzlich auf umfassende Regelungen zur wirtschaftlichen Betätigung.<sup>1</sup>

## 4.1 Eigenbetrieb / Eigenbetriebsähnliche Einrichtung

Will eine Kommune ein besonders hohes Maß an politischer Kontrolle und eine enge Einbindung des Wohnungsbaubetriebs in die städtischen Strukturen gewährleisten, ist ein Eigenbetrieb oder – je nach kommunalrechtlichen Vorgaben – eine eigenbetriebsähnliche Einrichtung eine sinnvolle Gestaltungsoption. Das gilt jedenfalls für den reinen, häufig defizitär bleibenden sozialen Wohnungsbau, den die Kommune

eng steuern will. Für eine gewinnorientierte Wohnungsbautätigkeit, die mehr unternehmerische Freiheit erfordert, ist ein Eigenbetrieb dagegen in der Regel ungeeignet.

Der Eigenbetrieb bzw. die eigenbetriebsähnliche Einrichtung ermöglicht einer Kommune zwar in gewissem Maß eine an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierte Unternehmensführung auf Grundlage kaufmännischer Verhaltensregeln. Der Eigenbetrieb bzw. die eigenbetriebsähnliche Einrichtung ist Sondervermögen der Kommune und damit bilanziell vom kommunalen Haushalt getrennt.

Andererseits ist aber eine sehr weitreichende Kontrolle und Einflussnahme der Kommune gesichert. Daraus ergeben sich insbesondere mit Blick auf die Aufgaben des sozialen Wohnungsbaus Vorteile: Die Kommune hat die Unternehmenspolitik in der Hand. Sie kann jederzeit und unter sehr enger Beteiligung politischer Gremien entscheiden, was, wo und in welcher Art und Weise umgesetzt wird.

Gegenüber privatwirtschaftlichen Formen hat das Modell den Nachteil einer verringerten wirtschaftlichen und unternehmerischen Flexibilität. Der Eigenbetrieb bzw. die eigenbetriebsähnliche Einrichtung sind sowohl vergaberechtlich als auch haushaltsrechtlich strengen Regeln unterworfen, die eine privatrechtliche Organisationseinheit nicht oder nicht im gleichen Umfang beachten muss.

<sup>1</sup> Vgl. für Bayern Art. 87 Abs. 1 S. 2 BayGO, für Brandenburg § 91 Abs. 2 Nr. 1 BbgKVerf, für Mecklenburg-Vorpommern § 68 Abs. 2 S. 2 KVM, für das Saarland § 108 Abs. 3 S. 3 KSVG und für Sachsen-Anhalt § 128 Abs. 1 S. 2 KVG LSA; Vgl. für Hamburg § 7 LHO.

## VORTEILE EIGENBETRIEB / EIGENBETRIEBS- ÄHNLICHE EINRICHTUNG

- » Wichtige Kernaufgaben der Daseinsfürsorge werden haushalterisch ausgegliedert
- » Umfassende Kontrolle: Rat und Betriebsausschuss haben sowohl Kontroll- als auch Führungsaufgaben
- » Bei Übertragung der Grundstücke in das Sondervermögen, keine Grunderwerbssteuer



## NACHTEILE EIGENBETRIEB / EIGENBETRIEBS- ÄHNLICHE EINRICHTUNG

- » Wenig unternehmerische Flexibilität: Betriebsleitung ist nur verlängerter Arm der Gemeindevertretung
- » Nachrangige, aber unbeschränkte Haftung
- » Ausschreibungspflicht ober- und unterhalb der EU-Schwellenwerte
- » Beihilferechtlich Betrauung erforderlich



© iStock.com\_andres

### 4.1.1 Kommunalrecht

Die kommunalrechtlichen Vorgaben für den Eigenbetrieb bzw. die eigenbetriebsähnliche Einrichtung ergeben sich aus der jeweiligen Gemeindeordnung bzw. den Kommunalverfassungsgesetzen, den Eigenbetriebsgesetzen und/oder Eigenbetriebsverordnungen.

In NRW gilt die Wohnraumversorgung und damit der kommunale Wohnungsbau per Gesetz als nicht-wirtschaftliche Betätigung. Die Kommune kann damit von erleichterten Voraussetzungen des Kommunalrechts für die Gründung nicht-wirtschaftlicher Einrichtungen profitieren. Die Kommune darf aber die Regelungen für Eigenbetriebe auf die eigenbetriebsähnliche Einrichtung ganz oder teilweise entsprechend anwenden. Faktisch werden eigenbetriebsähnliche Einrichtungen daher häufig wie Eigenbetriebe geführt.<sup>2</sup>

In anderen Bundesländern gibt es diese Legalausnahme nicht, sodass ein „echter“ Eigenbetrieb zu gründen wäre. Allerdings gelten in diesen Bundesländern häufig erleichterte Voraussetzungen für die Gründung eines Eigenbetriebs der Wohnungsbau als Daseinsvorsorge betreibt.<sup>3</sup>

Die Rechtslage unterscheidet sich von Bundesland zu Bundesland in den Details. Wir fassen hier die relevanten Aspekte teils vereinfacht zusammen. Im Einzelfall sind die nachstehenden Ausführungen anhand der jeweiligen Gemeindeordnung oder Kommunalverfassung konkret zu prüfen.

#### **Wohnungsbau im Eigenbetrieb / in einer eigenbetriebsähnlichen Einrichtung – Aufgabe der Daseinsvorsorge**

Egal ob nun Eigenbetrieb oder eigenbetriebsähnliche Einrichtung und die spezifischen Vorgaben der unterschiedlichen Gemeindeordnungen außeracht lassend: Damit eine Wohnungsbaueinheit von erleichterten Gründungsvoraussetzungen der Gemeindeordnungen profitieren kann, muss sie in der Regel im Rahmen der Daseinsvorsorge tätig werden.

Die Frage ist also: Wann ist Wohnungsbau eine kommunalrechtlich privilegierte Aufgabe der Daseinsvorsorge?

Wohnungsbau ist jedenfalls dann Daseinsvorsorge, wenn es sich um sozialen Wohnungsbau im Sinne früherer Gemeinnützigkeit handelt, wenn die Kommune also geförderten und preisgedämpften Wohnraum für Haushalte schafft, deren Einkommen unter bestimmten Grenzen liegt. Es geht darum, denjenigen Menschen eine Wohnung zur Verfügung zu stellen, die ihren Wohnbedarf nicht am freien Wohnungsmarkt decken können. Auch die quartiersstabilisierende Durchmischung von Wohngebieten im Rahmen einer kooperativen Stadtentwicklung, gehört nach der Rechtsprechung grundsätzlich zu den Aufgaben der Daseinsvorsorge.<sup>4</sup>

Daraus folgt, dass die Kommune den Aspekt der sozialen Durchmischung durchaus auch im Rahmen ihres kommunalen Wohnungsbaus berücksichtigen darf. Das heißt, der Eigenbetrieb darf z. B. in einem geringen Umfang höherpreisigen Wohnraum schaffen und vermieten und damit auch Gewinne erwirtschaften. Der Betrieb darf aber nicht primär hierauf ausgerichtet sein.

Entscheidend ist, dass die gewinnorientierte Tätigkeit der eigentlichen Daseinsvorsorgeaufgabe dient. Das ist der Fall, wenn die Realisierung von Wohnraum zu unterschiedlichen Preisen der Quartiersdurchmischung und damit der sozialen Stabilisierung zugutekommt. Die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit ist also lediglich Annextätigkeit zur eigentlichen Daseinsvorsorge.<sup>5</sup> Beihilferechtlich ist die Rechtslage gesondert zu betrachten. Aber auch beihilferechtlich ist bis zu einem gewissen Anteil gewinnorientiertes Handeln zulässig. Hierauf gehen wir unter Ziffer 4.1.3 noch ausführlicher ein.

#### **Gründung eines Eigenbetriebs / einer eigenbetriebsähnlichen Einrichtung**

Will die Kommune ihren Wohnungsbau als Eigenbetrieb oder eigenbetriebsähnliche Einrichtung organisieren, muss sie bei der Gründung die Vorgaben der jeweiligen landesrechtlichen Regelungen beachten. Dabei kann sie die Verteilung von Kontroll- und Entscheidungsmechanismen zwischen Gemeinderat, Betriebsausschuss und Betriebsleitung gestalten. Die maßgeblichen Befugnisse verbleiben aber bei den kommunalen Organen.

<sup>2</sup> Vgl. § 107 Abs. 2 Nr. 3 GO NRW.

<sup>3</sup> Vgl. etwa § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO Baden-Württemberg; § 136 Abs. 1 S. 3 NKomVG.

<sup>4</sup> Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 12.10.2004, 15 B 1873/04; Wellmann, in: Rehn/Cronauge/von Lenne/Knirsch, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Band II, Stand Mai 2021, Rn. 110.

<sup>5</sup> Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.11.2012, 1 S 1258/12; VG Stuttgart, Urteil vom 08.07.2022, 7 K 7009/17; Held/Kotzka, in: PdK Nordrhein-Westfalen, Dirnberger/Henneke/Meyer u.a., Stand: Dezember 2014, § 107 Rn 22.

In der Betriebssatzung des Eigenbetriebs / der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung sind insbesondere zu regeln:

- ✘ Gegenstand / Zweck und Name des Eigenbetriebs,
- ✘ Höhe des Stammkapitals,
- ✘ Art der Wirtschaftsführung und des Rechnungswesens,
- ✘ Zusammensetzung der Betriebsleitung (Werksleitung) und des Betriebsausschusses (Werksausschusses),
- ✘ Zuständigkeiten und Entscheidungsbefugnisse von Betriebsleitung und Betriebsausschuss sowie Zusammenarbeit mit dem Bürgermeister und ggf. dem Kämmerer (Berichtspflichten).

### Im Einzelnen zu den wichtigsten Aspekten:

#### Viel Kontrolle – wenig Flexibilität

Die Kommune hat weitgehende Einflussmöglichkeiten auf den Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung. Dies hat Vorteile, weil sich die Aufgabenwahrnehmung dadurch sehr eng steuern lässt. Die Kommune kann den Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung sprichwörtlich „an der kurzen Leine“ halten – beispielsweise mit der Verpflichtung, den Umfang und die Gestaltung einzelner Bauvorhaben durch den Betriebsausschuss absegnen zu lassen.

Gleichzeitig verliert der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung gerade dadurch an unternehmerischer

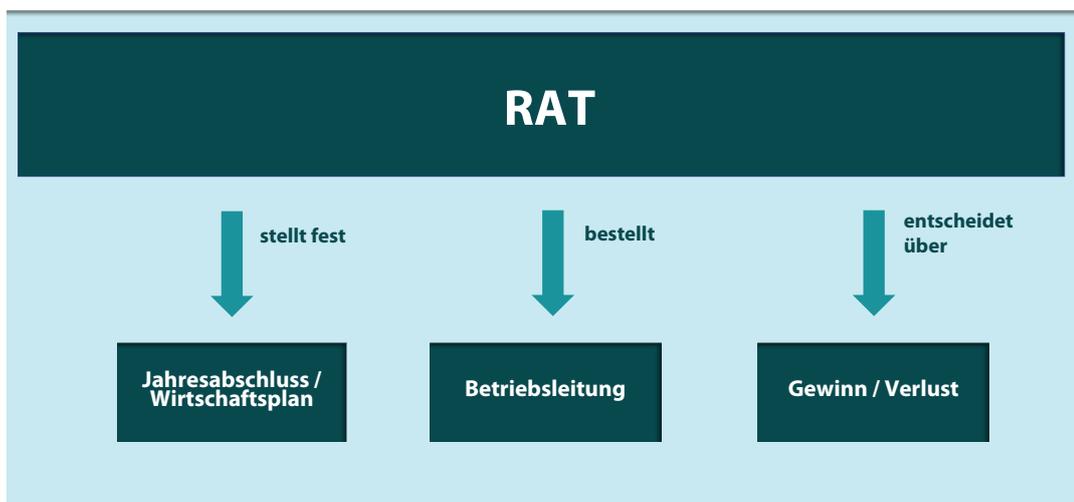
Flexibilität. Entscheidungen müssen ggf. mehrere Instanzen durchlaufen, bis sie sich im Tagesgeschäft umsetzen lassen. Das kann gerade bei komplexen Bauprojekten zu deutlichen Verzögerungen führen, bei denen schnelle Entscheidungen und tagesaktuelle Reaktionen auf Entwicklungen auf der Baustelle von Nöten sind.

Grundsätzlich vertritt zwar die Betriebsleitung die Kommune. Ihre Entscheidungsbefugnis ist allerdings nicht nur kommunalrechtlich stark reglementiert, sondern unterliegt auch dem Gestaltungsrecht der Kommune. Letztlich bestimmt der Rat schon mit der Betriebssatzung, wie umfassend die Entscheidungsbefugnisse reichen. Gleichzeitig reichen die Berichtspflichten weit, sodass größtmögliche Transparenz nicht nur im Hinblick auf die Finanzen<sup>6</sup> besteht, sondern auch die Tätigkeiten der Wohnraumförderung im Einzelnen.

Der Rat entscheidet über alle Angelegenheiten, die er nach der Gemeindeordnung nicht übertragen kann bzw. die er sich in der Betriebssatzung vorbehalten hat, sowie über

- » die Bestellung und die Abberufung der Betriebsleitung,
- » die Feststellung und Änderung des Wirtschaftsplans,
- » die Feststellung des Jahresabschlusses, die Verwendung des Jahresgewinns (bspw. zur Finanzierung weiteren Wohnraums) oder die Behandlung eines Jahresverlustes und die Entlastung des Betriebsausschusses,
- » die Verminderung des Eigenkapitals zugunsten der Kommune.

Vereinfacht lässt sich das wie folgt darstellen:



<sup>6</sup> Gemäß § 7 Abs. 1 EIGVO muss die Betriebsleitung der Kämmerin oder dem Kämmerer den Entwurf des Wirtschaftsplans und des Jahresabschlusses, die Zwischenberichte, die Ergebnisse der Betriebsstatistik und die Kostenrechnungen zuleiten und ihr oder ihm auf Anforderung alle sonstigen finanzwirtschaftlichen Auskünfte erteilen.

Zwischen dem Rat und der Betriebsleitung ist noch eine weitere Ebene zwischengeschaltet: Der Betriebsausschuss (in manchen Gemeindeordnungen / Kommunalverfassungen auch Werksausschuss), der die Beschlüsse des Rates vorbereitet (vgl. § 5 EigVO NRW). Der Betriebsausschuss ist nicht in allen Bundesländern und nicht in allen Fällen zwingend. Es handelt sich um einen beschließenden Ausschuss des Rates und wird durch diesen bestellt. Er entscheidet im Rahmen der Beschlüsse des Rats u. a. über die Grundsätze der Wirtschaftsführung, der Vermögensverwaltung und der Rechnungslegung. Zusammensetzung und Kompetenzen des Betriebsausschuss variieren je nach landesrechtlicher Ausgestaltung.

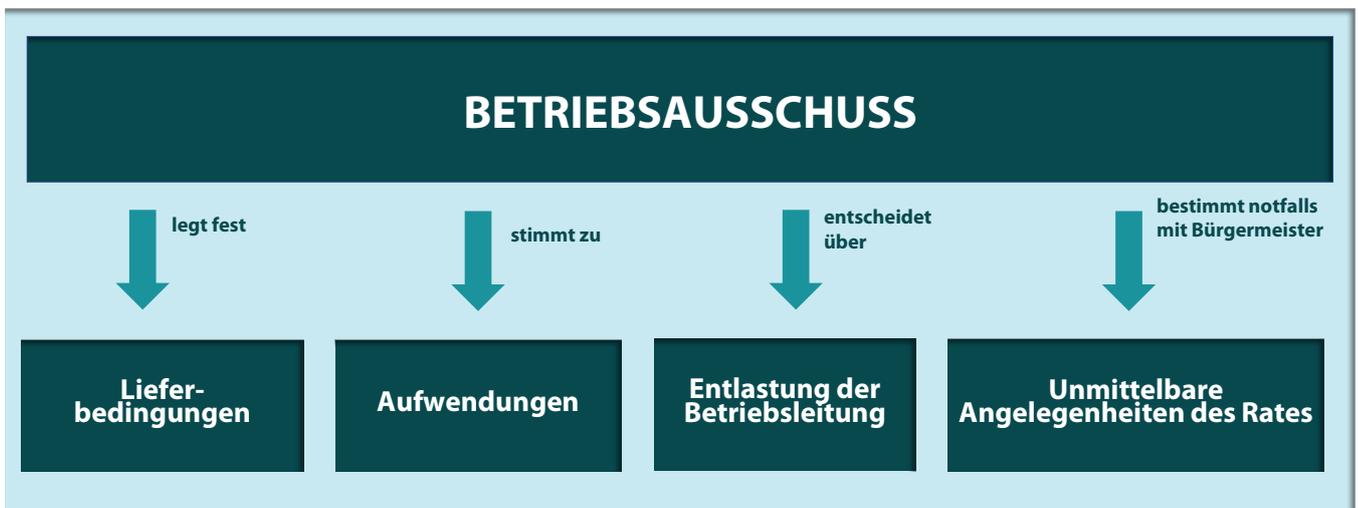
### Haftung

Die Kommune haftet für die Verpflichtungen des Eigenbetriebs / der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung vollumfänglich. In NRW müssen Kommunen einen nicht getilgten Verlustvortrag aus Haushaltsmitteln ausgleichen, wenn die Betriebsleitung ihn nicht durch Rücklagen ausgleichen kann.<sup>7</sup>

## EINBRINGUNG VON GRUNDSTÜCKEN IN DEN EIGENBETRIEB

Kommunalrechtlich darf die Kommune Grundstücke ohne Weiteres und ohne die Zahlung eines Kaufpreises in die Vermögensmasse des Eigenbetriebs / der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung einbringen. Die kommunalrechtliche Vorgabe, dass eine Gemeinde Vermögensgegenstände nur zu ihrem vollen Wert veräußern darf, findet keine Anwendung (vgl. § 90 GO NRW). Da die Grundstücke nicht an eine andere juristische Person übertragen werden, liegt keine Veräußerung vor – obwohl der Wert der Grundstücke bilanziell aus dem Haushalt der Kommune in den (auf dem Papier und steuerrechtlich getrennten!) Haushalt des Sondervermögens übergeht. Denn auch wenn sich mit der Einbringung der Grundstücke das Kapital des Sondervermögens um den Wert der Grundstücke erhöht, steht dem kein Verlust der Kommune gegenüber.

Der Betriebsausschuss ist in NRW z. B. für folgende Angelegenheiten zuständig:



<sup>7</sup> Vgl. § 10 Abs. 6 EigVO NRW.



© momius-Fotolia.de\_bearbeitet durch DStGB

#### 4.1.2 Vergaberecht

Nachteil des Modells Eigenbetrieb / eigenbetriebsähnliche Einrichtung und der engen organisatorischen Verknüpfung mit der Trägerkommune ist die daraus resultierende Ausschreibungspflicht nach außen. Sowohl unterhalb als auch oberhalb der EU-Schwellenwerte sind Eigenbetriebe und eigenbetriebsähnliche Einrichtungen in der Regel ausschreibungspflichtig. Sämtliche Planungs- und Bauaufträge sind also öffentlich auszuschreiben und mit einem entsprechenden organisatorischen Mehraufwand bei der Vergabe von Planungs- und Bauaufträgen verbunden.

Die Kehrseite der Medaille ist von Vorteil: Der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung ist „inhousefähig“. Intern – also zwischen der Kommune und dem Eigenbetrieb / der eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen – gilt das Vergaberecht nicht. Der Eigenbetrieb ist rechtlich gesehen Teil der Kommune, sodass die Kommune Aufträge bzw. Aufgaben ohne Ausschreibung direkt an den Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung übertragen darf.

Die Voraussetzungen für den vergaberechtlichen Ausnahmetatbestand für Inhouse-Vergaben nach § 108 GWB muss der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche erst gar nicht

erfüllen. § 108 GWB ist nur dann einschlägig, wenn es sich beim Auftragnehmer um eine andere, rechtlich selbstständige juristische Person handelt. Die „Inhouse-Fähigkeit“ ergibt sich für den Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung unmittelbar aus ihrer rechtlichen Einbindung in die Kommune.

#### Ausschreibungspflicht

Die Vergabepflicht ab Erreichen der EU-Schwellenwerte ergibt sich unmittelbar aus den Vorgaben des sog. Kartellvergaberechts. Danach müssen öffentliche Auftraggeber öffentliche Aufträge im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren vergeben.

Eigenbetriebe und eigenbetriebsähnliche Einrichtungen sind öffentliche Auftraggeber und damit grundsätzliche vergabepflichtig. § 99 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) regelt, dass Gemeinden, Gemeindeverbände und deren Sondervermögen öffentliche Auftraggeber sind. Eigenbetriebe / eigenbetriebsähnliche Einrichtungen sind Sondervermögen der Kommune. Sie müssen ihre öffentlichen Aufträge somit nach den Regelungen des GWB, der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) und der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen-EU (VOB/A EU) ausschreiben.

Unterhalb des EU-Schwellenwertes ist die Rechtslage differenzierter und abhängig von den Regelungen der einzelnen Bundesländer.

In NRW sind eigenbetriebsähnliche Einrichtungen, die der Wohnraumversorgung im sozial geförderten und preisgedämpften Bereich dienen, ausdrücklich an das Vergaberecht gebunden.<sup>8</sup> Wirtschaftlich tätige Eigenbetriebe – zu denen diese kommunalen Wohnungsbaubetriebe nicht gehören – sind hingegen von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen.

In anderen Bundesländern gibt es diese Differenzierung nicht. Nach den Kommunalhaushaltsordnungen und den zugehörigen Erlassen, sind Eigenbetriebe und eigenbetriebsähnliche Einrichtungen grundsätzlich unterhalb der EU-Schwellenwerte ausschreibungspflichtig.<sup>9</sup> Auszuschreiben ist dann – unter Beachtung etwaiger Sonderregelungen, z. B. unterschiedlicher Wertgrenzen – nach der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) bzw. der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) oder der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A).<sup>10</sup>

## Inhouse-Fähigkeit

Da der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung organisatorisch und rechtlich nicht von der Kommune getrennt ist, kann die Kommune sie z. B. direkt mit Bauprojekten auf städtischen Grundstücken betrauen, ohne das Vergaberecht zu beachten. Dazu muss der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtungen die Voraussetzungen des § 108 GWB für zulässige Inhouse-Vergaben nicht nachweisen. § 108 GWB ist nur dann anzuwenden, wenn die Kommune Aufträge an eine andere juristische Person vergibt. Der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung ist jedoch als Sondervermögen Bestandteil der Kommune und keine eigenständige juristische Person.

Die „Inhouse-Fähigkeit“ verstärkt den Einfluss der Kommune auf die Geschäftspolitik des Eigenbetriebs / der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung zusätzlich. Es ermöglicht zudem, die Wohnungsbaueinheit im Einzelfall auch mit anderen Bauvorhaben außerhalb des Wohnungsbaus zu beauftragen, wobei immer darauf zu achten ist, dass die Schwelle für die Daseinsvorsorge nicht überschritten wird.

## EU-SCHWELLENWERT FÜR KOMMUNALE EINRICHTUNGEN

<b>Baufträge:</b>	€ 5.382.000
<b>Bau-/Dienstleistungskonzessionen:</b>	€ 5.382.000
<b>Liefer- und Dienstleistungen:</b>	€ 215.000
<b>Soziale und andere besondere Dienstleistungen:</b>	€ 750.000

(Stand: 28.01.2023)

## BEISPIEL

### AUSGANGSLAGE

Eine Kommune hält eigene Wohnungen im Bestand und bewirtschaftet sie selbst.

### ZIELE

Die Kommune möchte die Wohnungen nicht (mehr) selbst bewirtschaften, sondern entweder ihre Stadtwerke-Tochter oder privates Wohnungsunternehmen mit einem Rahmenvertrag beauftragen.

### RECHTSLAGE

Beide Aufträge erfordern Vergabeverfahren. Sie dürfen nicht direkt vergeben werden. Energieversorger sind (in der Regel) nicht inhousefähig. Rahmenverträge sind wenig sinnvoll, weil sie nur für vier Jahre vergeben werden dürfen. Besser wäre ein langfristiger Vertrag mit Preisanpassungsklauseln.

<sup>8</sup> Vgl. § 26 KomHVO (Kommunale Vergabegrundsätze gemäß Grunderlass des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung; im Folgenden „Kommunale Vergabegrundsätze“).

<sup>9</sup> Vgl. etwa Bayern: § 31 Abs. 1 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 1 KommHV-Doppik, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration vom 31.07.2018 zur Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich; Sachsen-Anhalt: § 2 Abs. 1 TVergG LSA; Niedersachsen § 2 Abs. 5 NTVergG; Hessen: § 1 Abs. 4 HVTG; Schleswig-Holstein: § 1 Abs. 1 VGSH; Keine Bindung in Rheinland-Pfalz: Ziffer 2.2.1 Verwaltungsvorschrift „Öffentliches Auftragswesen in Rheinland-Pfalz“.

<sup>10</sup> Nur noch Sachsen wendet unterhalb der EU-Schwellenwerte statt der UVgO die VOL/A an (vgl. § 1 Abs. 2 Sächsisches Vergabegesetz).



Quelle: iStock.com\_Anna\_Pecherskaia

### 4.1.3 Beihilferecht

Beihilferechtliche Fragen sind in den letzten Jahren immer weiter in den Fokus geraten und auch im Zusammenhang mit Wohnungsbaueinrichtungen zu betrachten. Vorsicht ist hier vor allem deshalb geboten, weil das Beihilferecht manchmal andere Wertungen trifft als das Kommunalrecht und nie von einem auf das andere geschlossen werden kann.

Beihilferecht ist im kommunalen Wohnungsbau insbesondere in zwei Fällen relevant:

1. Die Kommune will Grundstücke übertragen, auf denen die Wohnungsbaueinheit neuen Wohnraum realisieren soll *oder*
2. die Kommune will (oder muss) Verluste der Wohnungsbaueinrichtung ausgleichen.

Beides ist zunächst als staatliche Zuwendung im Sinne des EU-Beihilferechts zu qualifizieren, die nicht ohne Weiteres zulässig ist.

Das gilt auch dann, wenn der Empfänger dieser Zuwendung ein kommunaler Eigenbetrieb / eine eigenbetriebsähnliche Einrichtung ist. Auch diese gelten – obwohl sie ein organisatorisch unselbständiger Bestandteil der Kommune sind – als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne des Beihilferechts, die grundsätzlich keine wettbewerbsbeschränkenden staatlichen Zuwendungen erhalten dürfen. Und das gilt – das nur am Rande – nicht nur für Eigenbetriebe / eigenbetriebsähnliche Einrichtungen, die Wohnungsbau betreiben.

Die Einbringung von Grundstücken in den Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung ist aber beihilferechtlich zulässig, soweit die Grundstücke mit ihrem vollen Wert bilanziert werden und der Wert des Sondervermögens in Höhe des Werts der Grundstücke steigt.

Die Übernahme von Verlusten ist beihilferechtlich zulässig, wenn die Kommune den Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung mit der Schaffung von sozialem und preisgedämpftem Wohnungsbau formal betraut.

## Unternehmen im Sinne des EU-Beihilferechts

Kommunale Eigenbetriebe / eigenbetriebsähnliche Einrichtungen sind Unternehmen im Sinne des Beihilferechts und damit „beihilfefähig“; und zwar selbst dann, wenn die Einrichtung – wie in NRW – kommunalrechtlich per Legalausnahme als „nicht wirtschaftliche“ Einrichtung gilt.

Beihilferechtlich ist die Entwicklung von Grundstücken, der Bau von Wohnungen und die anschließende Vermietung als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen. Und zwar unabhängig davon, ob der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung primär ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig wird.

Die EU-Kommission und die europäischen Gerichte folgen einem weiten, funktionalen Unternehmensbegriff. Ob ein Unternehmen vorliegt, hängt weder von der Rechtsform noch von der Art der Finanzierung ab. Es spielt auch keine Rolle, ob staatliche oder private Anteilseigner das Unternehmen kontrollieren oder ob die Einheit zur Erzielung von Gewinnen gegründet wurde.

Es kommt ausschließlich darauf an, ob die Einheit eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Entscheidend dafür ist allein, ob das Unternehmen Waren und Dienstleistungen auf einem Markt anbietet.<sup>11</sup> Das gilt auch für Teile der Verwaltung, die ihre Leistungen am Markt anbieten und nicht ausschließlich hoheitlich tätig werden.<sup>12</sup>

*Der EuGH führte dazu in einer Entscheidung aus dem Jahr 1987 aus<sup>13</sup>:*

*Der Umstand, dass eine Stelle, die wirtschaftliche Tätigkeit industrieller oder kommerzieller Art ausübt, in die Verwaltung des Staates eingegliedert ist, mit dem sie ein und dieselbe Rechtspersönlichkeit teilt, schließt das Bestehen finanzieller Beziehungen zwischen dem Staat und dieser Stelle nicht aus. Denn der Staat verfügt mit der Zuweisung von Haushaltsmitteln naturgemäß über die Befugnis, einen Einfluss auf die Wirtschaftsführung des Unternehmens auszuüben, der es erlaubt, Betriebsverluste auszugleichen und dem Unternehmen neue Mittel zur Verfügung zu stellen, und kann es diesem somit ermöglichen, einen Betrieb außerhalb der Regeln einer normalen Geschäftsführung weiterzuführen.“*

<sup>11</sup> Vgl. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 262-01, S. 3, 4.

<sup>12</sup> So hat die EU-Kommission u.a. den Landesbetrieb „Staatliche Münzen Baden-Württemberg“ als Unternehmen im Sinne des Beihilferechts eingestuft, vgl. EU Kommission, Entscheidung vom 26.01.2015, C (2015) 7322.

<sup>13</sup> Vgl. EuGH, Urteil v. 16.06.1987, C-118/85.

## Einbringung von Grundstücken

Die Übertragung von Grundstücken auf den Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung ist grundsätzlich beihilferechtlich zulässig, sofern die Übertragung zum vollen Wert erfolgt.

Art. 107 Abs 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) definiert eine Beihilfe wie folgt:

*Art. 107 Abs. 1 AEUV*

*Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“*

Die EU Kommission präzisiert in ihrer Beihilfe-Bekanntmachung: Eine Beihilfe im Sinne des EU-Beihilferechts ist jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Bedingungen, also ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte.

In der Regel ist das der Fall, wenn der staatlichen Zuwendung keine unmittelbare oder mittelbare und gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Unter den Begriff der Begünstigung fallen somit nicht nur Subventionen im klassischen Sinne. Er meint vielmehr alle Maßnahmen, die ein Unternehmen von Belastungen befreit oder seine Belastungen vermindert.

Die Übertragung eines Grundstücks kann daher eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV darstellen, z. B. wenn die Kommune das Grundstück unter Marktpreis an den Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung veräußert.

Ob diese Beihilfe zulässig oder unzulässig ist, ist dann anhand des von der EU-Kommission entwickelten sogenannten Private-Investor-Tests zu prüfen. Danach liegt keine unzulässige Beihilfe vor, wenn ein privater Kapitalgeber von

vergleichbarer Größe wie die Kommune unter den gleichen Umständen veranlasst wäre, in das vorgesehene Projekt zu investieren.

Eine private Holding oder eine private Unternehmensgruppe, die sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten leiten lässt, würde in einer vergleichbaren Konstellation, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ebenfalls Grundstücke als kapitalerhöhende Einlage in einen für den Wohnungsbau zuständigen separat wirtschaftenden Unternehmensteil einbringen.

Zwar erhöht sich mit der Einbringung der Grundstücke das Kapital des Sondervermögens um den Wert der Grundstücke, dem entspricht aber auf der anderen Seite eine Erhöhung des Anlagevermögens auf Seiten der Kommune. Auf Seiten der Kommune entsteht kein Wertverlust, die Grundstücke werden lediglich „ausgegliedert“. Sie sind separat zu verwalten und nachzuweisen.

Eine Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist dann in der Regel – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – ausgeschlossen. Denn Anzeichen dafür, dass ein privater Investor nicht so handeln würde, sind übergeordnet nicht ersichtlich – im Einzelfall ist danach aber Ausschau zu halten.

Ein weiteres Argument ist, dass auch ein privater Investor die Grundstücke übertragen würde. Unabhängig von der Nutzung im Nachgang, nämlich zur Vermietung von sozial gefördertem und preisgedämpftem Wohnraum, würde die Sanierung, die Nachverdichtung und die Schaffung des Wohnraums den Wert der Grundstücke und damit das Anlagevermögen grundsätzlich erhöhen.

Die EU-Kommission bestätigte diese Annahmen auch in einem Sonderbericht aus dem Jahr 1999<sup>16</sup>: Demnach liegt keine Begünstigung vor, wenn Grundstücke an eine kommunale Gesellschaft übertragen werden, die mit Erschließung und/oder Vermarktung von Grundstücken befasst ist. Nichts anderes kann auch gelten, wenn das Unternehmen die Grundstücke selbst entwickelt und dann später Wohnraum errichtet und die Wohnungen vermietet.

Gleichwohl wird ein privater Investor seine Entscheidung jedenfalls auch von der finanziellen Situation des Zuwendungsempfängers abhängig machen. Die Frage, ob es sich bei dem Eigenbetrieb / der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung, die speziell für den sozialen und preisgedämpften

Wohnungsbau gegründet wurde, um ein finanziell gesundes Unternehmen handelt, ist deswegen immer im Einzelfall zu betrachten.

## Übernahme von Verlusten

Die Übernahme etwaiger Verluste des Eigenbetriebs / der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung würden dagegen – und ggf. entgegen kommunalrechtlicher Ausgleichsverpflichtung – eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV darstellen.

Der Bau von sozialem und preisgedämpftem Wohnraum gilt aber in der Regel als sogenannte „*Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse*“ (DAWI) und der Verlustausgleich wäre beihilferechtlich gerechtfertigt. Voraussetzung ist, dass die Kommune den Betrieb förmlich mit dieser Aufgabe betraut.

Vorsicht ist geboten, wenn die Kommune mit ihrem Wohnungsbaubetrieb auch Gewinne erwirtschaftet, indem sie die Wohnungen entweder an Personen mit höherem Einkommen vermietet oder zur Refinanzierung des sozial geförderten und preisgedämpften Wohnungsbau auch höherpreisigen Wohnraum realisiert. Die bisherige Spruchpraxis der EU-Kommission hat hierfür enge Grenzen gesetzt. Die EU-Kommission ging in einer Entscheidung aus 2009 davon aus, dass nicht mehr als 10 % der Wohnungen an Gruppen mit höherem Einkommen vermietet werden dürfen<sup>17</sup>. Allerdings kann man sicher in Frage stellen, ob diese Linie vor dem Hintergrund der insgesamt bestehenden Wohnungsknappheit noch aufrechtzuerhalten ist. Sicher ist aber, dass ein Wohnungsbaubetrieb, der vornehmlich auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist, nicht unter den Ausnahmetatbestand für DAWI fällt.

## Verlustausgleich ist Beihilfe

Zur Erinnerung: Eine unzulässige Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- ✘ Begünstigung eines Unternehmens durch staatliche oder aus staatlichen Mitteln,
- ✘ die den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und
- ✘ die geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten der EU zu beeinträchtigen.

<sup>17</sup> Entscheidung der EU-Kommission v. 15.12.2009, Stadt Aid No E 2/2005 und N642/2008 - The Netherlands Existing and special project aid to housing corporations, Rn. 58.



Quelle: Selbst erstellt mit DALL-E

Der Verlustausgleich durch die Kommune, der gerade bei defizitären Tätigkeiten wie der Schaffung von preisgedämpftem Wohnraum naheliegt, erfüllt diese Voraussetzungen in der Regel.

Zu prüfen ist auch hier, ob ein privater Investor in einer vergleichbaren Situation wie die Kommune handeln würde. Übernimmt die Trägerkommune die Verluste des Eigenbetriebes / der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung, entsteht diesem ein Vorteil, den ein privater Investor in aller Regel nicht gewähren würde. Ein privates, auf Rentabilität ausgelegtes Unternehmen würde ein dauerhaft defizitäres Unternehmen nicht durch stetigen Verlustausgleich erhalten.

Dies gilt, unabhängig davon, dass die Kommune zu der Übernahme der Verluste gesetzlich verpflichtet ist, sofern sie sich nicht aus den Rücklagen des Sondervermögens ausgleichen lassen.<sup>18</sup>

Die Übernahme der Verluste führt auch zu einer Verfälschung des Wettbewerbs und einer Beeinträchtigung des Handels in der EU. Nach der europäischen Rechtsprechung gilt der Wettbewerb in der EU bereits als verfälscht, wenn ein Unternehmen von Kosten befreit wird, die es normalerweise im

Rahmen seiner laufenden Geschäftstätigkeit zu tragen hätte.<sup>19</sup>

Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel können nach der EU-Kommission selbst dann vorliegen, wenn der Empfänger nicht unmittelbar am grenzüberschreitenden Handel teilnimmt. Jeder staatliche Zuschuss, durch den ein Angebot am Markt aufrechterhalten oder ausgeweitet wird, kann – so die EU-Kommission – dazu führen, dass es für ein Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten schwieriger wird, in den Markt einzutreten. Das gilt auch für Leistungen, die ausschließlich auf regionalen Märkten erbracht werden, wenn diese Leistungen auch von Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten ausgeführt werden könnten und diese Möglichkeit nicht nur rein hypothetischer Natur ist.

Jedenfalls wenn eine Kommune nah an einer europäischen Grenze liegt, muss man diese Voraussetzung wohl bejahen. Denn dann ist grundsätzlich nicht auszuschließen, dass Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten Wohnungen – auch im sozial geförderten und preisgedämpften Segment – bauen und vermieten wollen. Diese Unternehmen wären dann gegenüber den von der Kommune getragenen Eigenbetrieben / eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen benachteiligt.

<sup>18</sup> Vgl. § 10 Abs. 6 EigVO NRW.

<sup>19</sup> Vgl. dazu Bekanntmachung der EU-Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV, Amtsblatt Nr. C-262 vom 19.07.2016, Seite 40 f. Rn. 189.

## Zulässige Ausgleichsleistung für DAWI

Auch wenn die Verlustübernahme und – abhängig vom Einzelfall – die Übertragung von Grundstücken grundsätzlich Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen, können sie als Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI zulässig sein.

Die EU-Kommission hat in ihrem „Beschluss über die Anwendung von Artikel 106 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (DAWI-Beschluss), die Voraussetzungen für eine DAWI dargelegt.

Ob die Voraussetzungen des DAWI-Beschlusses im Einzelfall vorliegen, hängt maßgeblich von den Ausgangsbedingungen in der jeweiligen Kommune ab – unter anderem von der Bevölkerungsstruktur, dem vorhandenen Wohnraum, dem Mietpreisspiegel und den Maßnahmen, welche die Kommune zur Förderung von bezahlbarem Wohnraum bereits ergriffen hat.

Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass die Versorgung der Bevölkerung mit ausreichendem und preisgünstigem Wohnraum unter den derzeitigen Bedingungen als DAWI anzusehen und damit beihilferechtlich privilegiert ist. Die Lage auf dem Wohnungsmarkt war gerade in den großen Ballungsräumen nie so angespannt wie derzeit. Bezahlbarer Wohnraum wird händeringend gesucht.

Der Begriff der DAWI ist nicht gesetzlich definiert. Die Mitgliedsstaaten haben einen weiten Ermessensspielraum, was sie als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse qualifizieren und welche Ausgleichsleistungen sie hierfür gewähren wollen. Dazu die EU-Kommission in ihrer Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften<sup>20</sup>:

*Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entwickelt sich beständig weiter und hängt unter anderem von den Bedürfnissen der Bürgerinnen und Bürger, den technologischen Entwicklungen und Marktentwicklungen sowie den sozialen und politischen Präferenzen der betreffenden Mitgliedsstaaten ab.“*

Die EU-Kommission macht im sog. DAWI-Beschluss auch deutlich, dass gerade Dienstleistungen im Bereich der sozialen Wohnraumversorgung zu den Leistungen gehören, die den sozialen Bedarf decken und diese Tätigkeiten DAWI sein können<sup>21</sup>:

*„Dieser Beschluss findet Anwendung auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen, die Unternehmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 106 Absatz 2 AEUV gewährt werden und in eine der folgenden Kategorien fallen:  
[...]  
c) Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zur Deckung des sozialen Bedarfs im Hinblick auf [...] den sozialen Wohnungsbau [...]“*

*„(11) Deshalb sollte die nach dem Beschluss vorgesehene Befreiung von der Anmeldepflicht auch für Unternehmen gelten, 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 [...]“*

Die EU-Kommission verwendet den Begriff „sozialer Wohnungsbau“. Darunter fällt mit guten Argumenten und gerade bei der derzeitigen Marktlage jedenfalls auch die Schaffung und Bereitstellung von preisgedämpftem Wohnraum. Nach dem DAWI-Beschluss muss es grundsätzlich darum gehen, Wohnraum für benachteiligte und sozial schwächere Bevölkerungsgruppen bereitzustellen, die nicht oder nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten haben, sich auf dem freien Wohnungsmarkt eine Unterkunft zu beschaffen. Dies hat auch das Europäische Gericht (EuG) bestätigt.<sup>22</sup>

Die derzeitige bundesweit kritische Lage auf dem Wohnungsmarkt spricht aber dafür, dass eine noch weitere Auslegung des DAWI-Begriff abhängig von den Umständen des Einzelfalls gut begründbar ist. Der Bedarf in den städtischen

<sup>20</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, EU-Amtsblatt C v. 11.01.2012, S. 4

<sup>21</sup> Vgl. Beschluss der EU-KOMMISSION über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind. EU-Amtsblatt 2 v: 11.01.2023, S. 7

<sup>22</sup> Vgl. EuG, Urteil vom 15.11.2018, T-202/10 RENV II, T-203/10 RENV II; Beschluss der EU-Kommission vom 20.12.2011 über die Anwendung von Artikel 106 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind („DAWI-Beschluss“), Amtsblatt L vom 01.11.2012, S.4.

Ballungsräumen übersteigt das Angebot erheblich und zwar insbesondere nicht nur für Menschen, die sozial geförderten Wohnraum in Anspruch nehmen dürfen, sondern auch für Menschen mit geringfügigeren und sogar mittleren Einkommen, die keinen solchen Anspruch haben. Der Markt kann diesen Bedarf offensichtlich nicht in ausreichendem Maße decken.

Die Kommission hatte in ihrem, der Gerichtsentscheidung des Europäischen Gerichts vorangegangenen Beschluss festgehalten, dass ein staatlich gefördertes Wohnungsbaununternehmen 10 – 20% der Wohnungen auch für Bevölkerungsgruppen mit höheren Einkommen vorsehen darf. Das hat der EuG auch nicht in Zweifel gezogen. Voraussetzung ist allerdings, dass vorab objektive Auswahlkriterien festgelegt werden, die auch soziale Elemente priorisieren, wie etwa Vorteile für Alleinerziehende oder kinderreiche Familien.<sup>23</sup> Es bleibt abzuwarten, ob die von der Kommission eng gesetzte Grenze vor dem Hintergrund der derzeitigen Wohnungsknappheit Bestand haben wird.

### Betrauung

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Ausgleichsleistung an einen Eigenbetrieb/eigenbetriebsähnliche Einrichtung, die sozial geförderten Wohnraum umsetzt, ist eine formale Betrauung.

#### *Formale Betrauung, was heißt das?*

Das heißt, die Kommune muss die Einrichtung formal und verbindlich mit der Aufgabe des sozialen und preisgedämpften Wohnungsbaus und der Vermietung dieser Wohnungen „beauftragen“.

Entsprechend der Entscheidungspraxis der EU-Kommission darf die Betrauung zulassen, dass der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung auch Wohnungen an Bürger mit höheren Einkommen vermietet. Im Sinne der sozialen Durchmischung und des sozialen Zusammenhalts hat die EU-Kommission zugelassen, dass 10 – 20% der Wohnungen auch für Bevölkerungsgruppen mit höheren Einkommen vorgesehen werden dürfen. Die Voraussetzungen, unter denen Wohnraum an höhere Einkommenschichten vergeben werden, sind allerdings vorab eindeutig festzulegen – beispielsweise anhand von objektiven Kriterien, die auch soziale Aspekte berücksichtigen.<sup>24</sup>

Zur Gestaltung bzw. dem Inhalt der Betrauung enthält der DAWI-Beschluss sehr konkrete Vorgaben:<sup>25</sup>

## CHECKLISTE BETRAUUNGSAKT

- ✘ Art, Dauer und räumlicher Anwendungsbereich der Betrauung (i.d.R. nicht mehr als 10 Jahre)
- ✘ Ausgleichsmechanismus und Parameter für dessen Berechnung, Überwachung und Änderungen => Höhe der Ausgleichsleistungen darf nicht höher sein als Nettokosten + angemessener Gewinn (Art. 5 des DAWI-Beschlusses)
- ✘ Methode zur Berechnung von Nettokosten und Gewinn (Art. 5 Abs. 2 - 8 des DAWI-Beschlusses)
- ✘ Maßnahmen zur Vermeidung und ggf. Rückforderung von Überkompensationen
- ✘ Verpflichtung zur Trennungsrechnung, wenn das Unternehmen auch Tätigkeiten ausübt, bei denen es sich nicht um DAWI handelt
- ✘ Kontrollbefugnisse der Bewilligungsbehörden (hier der Kommune)
- ✘ Transparenz: Der Betrauungsakt oder eine Zusammenfassung der wesentlichen Informationen und der jährliche Ausgleichsbetrag sind zu veröffentlichen, sofern die Ausgleichsleistung 15 Mio. € übersteigt
- ✘ Verweis auf den DAWI-Beschluss der EU-Kommission

<sup>23</sup> EU-Kommission v. 15.12.2009, Stadt Aid No E 2/2005 und N642/2008 - The Netherlands Existing and special project aid to housing corporations, Rn. 58.

<sup>24</sup> Entscheidung der EU-Kommission v. 15.12.2009, Stadt Aid No E 2/2005 und N642/2008 - The Netherlands Existing and special project aid to housing corporations, Rn. 58.

<sup>25</sup> Vgl. ausführlich Artikel 4 ff. des DAWI-Beschlusses



#### 4.1.4 Steuerrecht

Die steuerrechtlichen Aspekte sind besonders komplex und jeweils für den Einzelfall zu betrachten.

Neben der späteren Vermietungstätigkeit der Verwaltungseinheit spielt auch die Frage des Einsatzes erneuerbarer Energiequellen oder anderer Nachhaltigkeitskonzepte eine Rolle. Betrachten wollen wir in der gebotenen Kürze steuerliche Implikationen nach dem Ertragsteuerrecht, dem Umsatzsteuerrecht und nach dem Grunderwerbsteuerrecht.

##### Ertragssteuerrecht

Sofern der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung lediglich den Wohnungsbau und die anschließende Vermietung übernimmt, fällt mit sehr guten Argumenten – allerdings nicht gänzlich rechtssicher – keine Ertragsteuer (Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer) an. Denn in diesem Fall ist der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung nicht als steuerpflichtiger Betrieb gewerblicher Art (BgA) zu qualifizieren.<sup>26</sup>

Ein BgA erfordert eine nachhaltige wirtschaftliche Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft (§ 4 Abs. 1 KStG). Die Vermietung eigenen Grundbesitzes fällt nicht hierunter. Auch der Wohnungsbau auf eigenen Grundstücken ist mit guten Argumenten der Vermögensverwaltung zuzurechnen. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BFH jedenfalls dann, wenn ein bisher unbebautes Grundstück anschließend vermietet oder selbst genutzt werden soll.<sup>27</sup>

Dafür sind die Grundstücke dem Eigenbetrieb / der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung allerdings zu übertragen – denn die Tätigkeit als Bauträger, der fremde Grundstücke bebaut, führt ggf. zur Einordnung als BgA.

Insbesondere „Nebentätigkeiten“ wie der Betrieb von Strom- bzw. E-Ladesäulen, Photovoltaikanlagen, Blockheizkraftwerken etc. sind jeweils im Einzelfall zu begutachten. Eine Einordnung als BgA kann sich beispielsweise auch ergeben, wenn die Kommune mit der Tätigkeit des Eigenbetriebs / der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung Nachhaltigkeitskon-

<sup>26</sup> Dass ein Gericht dies im Streitfall anders beurteilt, ist nicht auszuschließen. Vor dem Hintergrund, dass tragender Besteuerungszweck der Ertragsteuer die Wettbewerbsneutralität ist, gibt es Stimmen, welche auch eine Verwaltungseinheit als BgA qualifizieren würden, da sie im Konkurrenzverhältnis mit privatwirtschaftlichen Wohnungsbaugesellschaften steht. Um Wettbewerbsneutralität zu schaffen, müssten dieser Auffassung nach auch die Einkünfte der Verwaltungseinheit insoweit der Körperschaftsteuerpflicht unterliegen.

<sup>27</sup> BFH, Beschluss v. 10.12.2001, GrS I(98, BStBl II 2002, 291).



Quelle: iStock.com/Andrey Popov

zepte umsetzen und den Wohnraum z. B. über erneuerbare Energiequellen versorgen will.

### Umsatzsteuer

Grundsätzlich unterliegt die Tätigkeit des Eigenbetriebs / der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung der Umsatzsteuer. Der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung erfüllte die Voraussetzungen eines umsatzsteuerrechtlichen Unternehmens. Allerdings stellt die Bautätigkeit des Eigenbetriebs / der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung keine umsatzsteuerliche Leistung dar, da sie für die Eigennutzung – die spätere Vermietung der Wohnungen – erfolgt. Auch die Vermietungstätigkeit selbst wäre umsatzsteuerfrei, jedenfalls soweit es sich ausschließlich um privaten Wohnraum handelte. Da die spätere Vermietung umsatzsteuerfrei erfolgt, wäre im Gegenzug ein Vorsteuerabzug auf die empfangenen Bauleistungen nicht zulässig.

### Grunderwerbsteuer

Würde die Kommune Grundstücke in einen Eigenbetrieb / eine eigenbetriebsähnlichen Einrichtung überführen, würde dafür keine Grunderwerbsteuer anfallen. Es findet keine zivil-

rechtliche Eigentumsübertragung statt, da der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung keine eigenständige juristische Person ist. Sie ist lediglich eine selbstständige Untergliederung der Verwaltung.

Die Übertragung von Grundstücken an den Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung ist grundsätzlich beihilferechtlich zulässig, sofern die Übertragung zum vollen Wert erfolgt.

## PRAXISTIPP

*Wenn der kommunale Wohnungsbaubetrieb z. B. Gewinne aus installierten Photovoltaikanlagen oder E-Ladesäulen erwirtschaftet, könnte sich dies auf die Anwendbarkeit der Grundbesitzkürzung und damit auf die Höhe der Gewerbesteuer auswirken.*

## 4.2 AöR

Eine weitere Möglichkeit ist die Errichtung einer Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR), welche die Wohnungsbauaktivitäten und die spätere Bewirtschaftung der Wohnungen übernimmt. Die Bezeichnung der AöR variiert je nach Bundesland. Teilweise wird sie auch als „Kommunalunternehmen“, „kommunale Anstalt“ oder „Kommunalanstalt“ bezeichnet. Im Sinne der Einheitlichkeit verwenden wir hier durchgehend den Begriff AöR.

Die AöR kann – abhängig von den kommunalrechtlichen Regelungen der einzelnen Bundesländer – sowohl für den sozial geförderten und preisgedämpften Wohnungsbau als auch für gewinnorientierte Bautätigkeiten die richtige Rechtsform sein. Das Kommunalrecht der Bundesländer lässt die AöR grundsätzlich sowohl für wirtschaftliche als auch für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten zu. Was die gewinnorientierte Tätigkeit der Kommune angeht, gibt es allerdings erhebliche Unterschiede in den Gemeindeordnungen und Kommunalverfassungsgesetzen der einzelnen Bundesländer zu beachten. Einige Bundesländer sind hier – auch mit Blick auf das EU-Beihilferecht – deutlich restriktiver als NRW.<sup>28</sup>

Für den nichtwirtschaftlichen sozial geförderten und / oder gewinnorientierten Wohnungsbau, ist die AöR die richtige Rechtsform, wenn die Kommune eine ausgewogene Balance zwischen politischer Kontrolle und unternehmerischer Flexi-

bilität sucht. Durch Ausgestaltung der Satzung kann sie sich weitergehendere Kontroll- und Entscheidungsbefugnisse einräumen lassen als es bei der GmbH oder GmbH & Co. KG möglich ist. Gleichzeitig kann sie der AöR aber mehr unternehmerische Freiheiten einräumen als dies bei einem Eigenbetrieb / einer eigenbetriebsähnlichen Einrichtung der Fall ist.

Anders als der Eigenbetrieb ist die AöR nicht nur organisatorisch, sondern auch rechtlich verselbstständigt. Sie ist eine eigenständige juristische Person, steht damit außerhalb der allgemeinen Verwaltung und hat schon durch diese Entkopplung einen größeren Handlungsspielraum als ein Eigenbetrieb / eine eigenbetriebliche Einrichtung. Zusätzliche unternehmerische Freiheit gewinnt die AöR, wenn die Kommune die kompetenziellen Gewichte zugunsten des Vorstands, also der Geschäftsführung der AöR, verschiebt.

Will die Kommune allerdings ihre Haftung für die Tätigkeiten des Wohnungsbaubetriebs wirksam beschränken – was gerade im Bereich der tendenziell defizitären sozialen und preisgedämpften Wohnraumversorgung ein bedenkenswerter Aspekt sein kann – sollte sie sich nicht der AöR bedienen. Denn für die AöR trägt die Kommune sowohl die Anstalts- als auch die Gewährträgerhaftung. Das heißt sie haftet ebenso wie für einen Eigenbetrieb vollumfänglich – wenn auch nur mittelbar.

Die unternehmerische Flexibilität der AöR wird – abhängig von den spezifischen landesrechtlichen Regelungen – dadurch

### VORTEILE AÖR

- » Hohes Maß an Kontrolle: Starker Einfluss des Rats und weitreichende Kontrollbefugnisse des Verwaltungsrats
- » Höheres Maß an unternehmerischer Flexibilität, da klare Trennung von Aufsicht (Verwaltungsrat) und Führung (Vorstand)
- » Vorstand leitet Geschäfte in eigener Verantwortung
- » Abhängig vom Bundesland: Erleichterte Vergabebedingungen unterhalb der EU-Schwelle



### NACHTEILE AÖR

- » Abhängig vom Bundesland: Nachrangige, aber dann unbeschränkte Haftung
- » Beihilferechtliche Betrauung erforderlich
- » Grunderwerbsteuer bei Übertragung von Grundstücken
- » Abhängig vom Bundesland: Vergabepflicht unterhalb der EU-Schwellenwerte



28 Vgl. für Bayern Art. 87 Abs. 1 S. 2 BayGO, für Brandenburg § 91 Abs. 2 Nr. 1 BbgKVerf, für Mecklenburg-Vorpommern § 68 Abs. 2 S. 2 KVM, für das Saarland § 108 Abs. 3 S. 3 KSVG und für Sachsen-Anhalt § 128 Abs. 1 S. 2 KVG LSA.

eingeschränkt, dass sie sowohl unterhalb als auch oberhalb der EU-Schwellenwerte an das Vergaberecht gebunden und damit zur Ausschreibung ihrer Aufträge verpflichtet ist. Das begründet nicht nur einen Kosten- und Zeitfaktor, sondern schränkt auch die Flexibilität bei der Wahl der Vertragspartner ein.

Beihilferechtlich ist die AöR ebenso zu bewerten wie der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung. Sofern die Kommune Grundstücke zum vollen Wert an die AöR veräußert, liegt kein Verstoß gegen das EU-Beihilferecht vor. Verluste der AöR darf die Kommune ausgleichen, wenn sie die AöR zuvor mit der Aufgabe des sozialen Wohnungsbaus betraut hat.

Ein weiterer Aspekt bei der Frage, ob die AöR die richtige Rechtsform ist, ergibt sich aus dem Steuerrecht: Will die Kommune Grundstücke auf die AöR übertragen, löst dies Grunderwerbsteuer aus.

**Zu den rechtlichen Rahmenbedingungen im Einzelnen:**

#### **4.2.1 Kommunalrecht**

Kommunalrechtlich darf die Kommune eine AöR gründen, um ihren Bedarf an sozial gefördertem und preisgedämpftem Wohnraum zu decken.

In NRW, wo die kommunale Wohnraumversorgung als nicht-wirtschaftliche Tätigkeit definiert ist, muss die Kommune ein wichtiges Interesse nachweisen, wenn sie sich der Rechtsform der AöR bedienen will. Aus den kommunalwirtschaftlichen Regelungen der einzelnen Gemeindeordnungen ergeben sich weitere Regelungen, die im Zusammenhang mit der Gründung einer AöR zu beachten sind. In NRW sind die Vorgaben für die AöR beispielsweise in § 114 GO NRW geregelt.

Wann besteht ein wichtiges Interesse im kommunalrechtlichen Sinne? Was ist bei der Errichtung einer AöR im Wesentlichen zu beachten? Unter welchen Voraussetzungen darf die Kommune Grundstücke auf die AöR übertragen und was bedeutet eigentlich mittelbare Haftung?

#### **Wichtiges Interesse**

Die Kommune darf eine AöR errichten, wenn sie – wie auch bei der Gründung eines privatwirtschaftlichen Unternehmens (vgl. Ziffer 4.3.2) – ein wichtiges Interesse an der Gründung hat.<sup>29</sup>

Bei dem Begriff „wichtiges Interesse“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dem der Kommune ein Einschätzungsspielraum zukommt. In der Regel liegt ein wichtiges Interesse vor, wenn mit der Errichtung einer AöR die gemeindliche Aufgabenerfüllung nachhaltig erleichtert oder verbessert wird.

Die Kommune darf unter anderem wirtschaftliche Gesichtspunkte – wie eine größere Autonomie und Flexibilität bei der Aufgabenerfüllung, eine Abkopplung vom öffentlichen Dienst-, Organisations-, und Haushaltsrecht, eine leichtere Gewinnung von Fachpersonal oder die wirtschaftliche Einbindung privater Dritter – in ihre Abwägung mit einbeziehen.<sup>30</sup>

#### **Errichtung einer AöR**

Die Errichtung einer AöR für den sozialen Wohnungsbau ist grundsätzlich in allen deutschen Bundesländern möglich. Die genauen Regelungen hierzu können sich jedoch je nach Bundesland unterscheiden.

Zur Gründung einer AöR kann eine Kommune entweder einen bereits bestehenden Eigenbetrieb / eine eigenbetriebsähnliche Einrichtung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge umwandeln oder die AöR neu errichten.

In NRW ist die Errichtung von AöR in § 114a GO NRW geregelt.

Erforderlich ist zunächst eine Satzung, welche mindestens die folgenden Angaben bzw. Regelungen enthalten muss:

- ✘ den Namen und die Aufgaben der Anstalt,
- ✘ die Zahl der Mitglieder des Vorstands und des Verwaltungsrates,
- ✘ die Höhe des Stammkapitals,
- ✘ die Wirtschaftsführung,
- ✘ die Vermögensverwaltung und die Rechnungslegung.

Die zwingenden Satzungsinhalte unterscheiden sich in den Details von Bundesland zu Bundesland.

Die Kommune darf der Anstalt einzelne oder alle mit einem bestimmten Zweck zusammenhängende Aufgaben ganz oder teilweise übertragen.<sup>31</sup> Das ist auch aus vergaberechtlicher Sicht essentiell, um die AöR mit originären Aufgaben der Kommune zu betrauen und so die Inhouse-Fähigkeit zu

<sup>29</sup> Vgl. in NRW § 114a Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 108 Abs. 1 Nr. 2 GO NRW.

<sup>30</sup> Vgl. OVG Münster, Teilurteil vom 15.12.1994, 9 A 2251/93.

<sup>31</sup> Vgl. § 114a Abs. 3 GO NRW.

sichern. Doch dazu später mehr. Der Kommune verbleibt aber ein flexibler Spielraum bei der Gestaltung der Aufgaben.

## BEISPIEL

### ... FÜR DIE FORMULIERUNG DES UNTERNEHMENSZWECKS IN DER SATZUNG DER AÖR:

*„Die AÖR / Das Kommunalunternehmen übernimmt im Auftrag der [...] den Erwerb, die Entwicklung und Bewirtschaftung bebauter und unbebauter Immobilien für sozial geförderten und preisgedämpften Wohnraum.“*

Mit der Errichtung der AÖR gehen grundsätzlich keine Gründungskosten einher. Eine (kostenpflichtige) notarielle Beurkundung der Satzung ist nicht nötig.<sup>32</sup>

In manchen Bundesländern ist vor der Neugründung einer AÖR als Kommunalunternehmen eine Wirtschaftlichkeits- oder Marktanalyse bzw. ein Branchendialog vorgeschrieben.<sup>33</sup>

Zu beachten ist hier wie bei dem Eigenbetrieb die Pflicht der unverzüglichen Anzeige gegenüber der Aufsichtsbehörde.<sup>34</sup>

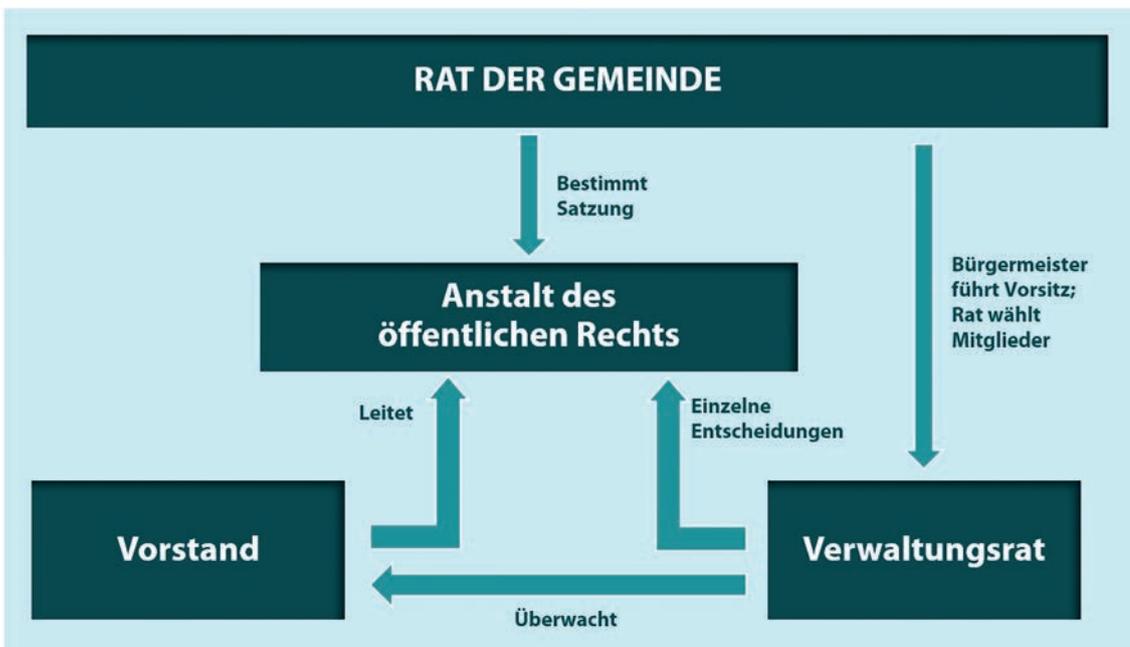
## Kontrolle und Einflussmöglichkeiten

Indem die Kommune durch den Rat per Satzung die innere Organisation der AÖR regelt und dem Rat die Befugnis zusteht, die Satzung jederzeit zu ändern, bleibt eine umfassende Kontrolle der Kommune erhalten. Dem Rat steht nicht nur die Befugnis zu, die Satzung zu gestalten. Er darf sie auch jederzeit ändern, sodass der Kommune dauerhaft eine Kontroll- und Steuerungsmöglichkeit zukommt.

Als weitere Kontrollmöglichkeit ergibt sich kommunalrechtlich neben der Satzungsbefugnis die Überwachung des Vorstandes durch den Verwaltungsrat, dessen Vorsitz der Bürgermeister innehat.<sup>35</sup> In der Unternehmenssatzung kann die Kommune weitere Regelungen treffen, wie beispielsweise den Umfang von Weisungsrechten des Gemeinderats oder Zustimmungsvorbehalte.

Der Vorstand als geschäftsführendes Organ der AÖR hat Leitungsbefugnisse und weitreichende Entscheidungsbefugnisse. Der Verwaltungsrat hat eine Überwachungsfunktion und verfügt nur über einzelne Entscheidungsbefugnisse.

Die grundlegende Struktur einer AÖR lässt sich schematisch wie folgt darstellen:



<sup>32</sup> Schraml, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, S. 196, Rn. 160.

<sup>33</sup> Derzeit in Brandenburg (§ 92 Abs. 3 BbgKVerf), NRW (§ 107 Abs. 5 GO NRW), Rheinland-Pfalz (GemO RhPF) und Sachsen-Anhalt (§ 135 Abs. 1 KVG LSA).

<sup>34</sup> Für NRW vgl. § 115 Abs. 1 lit. h) GO NRW.

<sup>35</sup> § 114a Abs. 7, Abs. 8 GO NRW. Für Bayern: Art. 89 Abs. 1 GO; für Rheinland-Pfalz: § 86a Abs. 1 GemO; für Sachsen-Anhalt: § 128 Abs. 1 KVG LSA; für Niedersachsen: § 141 Abs. 1 NKomVG; für Hessen: § 126a HGO; für Schleswig-Holstein: § 102 Abs. 1 GO.



Quelle: iStock.com\_Warchi

## Haftung

Die Haftung der Kommune bleibt in den Bundesländern Bayern, Brandenburg, Bremen, NRW, Rheinland-Pfalz, Hessen, Sachsen-Anhalt und Thüringen im Ergebnis unbeschränkt. Dort tragen die Kommunen sowohl die Anstalts- als auch die Gewährträgerhaftung.<sup>36</sup> Die AÖR haftet zwar vorrangig für ihre Verbindlichkeiten. Soweit das Vermögen der AÖR zur Befriedigung der gegen sie offenen Forderungen nicht ausreicht, haftet die Kommune jedoch unbeschränkt (Gewährträgerhaftung).<sup>37</sup> Die nachrangige Inanspruchnahme der Kommune wird als „mittelbare Haftung“ bezeichnet.

Anders ist die Rechtslage in BadenWürttemberg, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern. Die Länder Baden-Württemberg, Niedersachsen und Schleswig-Holstein verzichten vollständig auf die Gewährträgerhaftung für die AÖR.<sup>38</sup> Mecklenburg-Vorpommern beschränkt die Haftung der Kommunen auf das Stammkapital.<sup>39</sup> Diese Regelungen sind wohl auch beihilferechtlichen Unsicherheiten geschuldet. Im Hinblick auf die Sparkassen hat die EU-Kommission die Gewährträgerhaftung und die Anstaltslast der Kommunen als wettbewerbsverzerrend beur-

teilt, was dazu führte, dass z. B. NRW die Gewährträgerhaftung und die Anstaltslast für die Sparkassen abgeschafft hat.

## Zulässige Übertragung von Grundstücken

Die Kommune darf Grundstücke an die AÖR nur zum vollen Wert veräußern.<sup>40</sup>

Als Veräußerung in diesem Sinne ist jede dinglich wirkende Übertragung von Rechten an gemeindlichen Vermögensgegenständen auf eine andere Person anzusehen und zwar gleichgültig, ob die Übertragung entgeltlich (z. B. durch Verkauf oder Tausch) oder unentgeltlich (durch Schenkung) erfolgt.<sup>41</sup>

Der „volle Wert“ ist dabei als Wert zu begreifen, der sich bei der Veräußerung des einzelnen Gegenstandes unter voller Ausnutzung aller Möglichkeiten am Markt erzielen lässt, in der Regel der Verkehrswert. Der Wert muss nicht mit dem Wert übereinstimmen, der in der Bilanz geführt wird (Buchwert).<sup>42</sup>

Ausnahmsweise lässt das Kommunalrecht eine Veräußerung unter Wert zu, wenn ein besonderes öffentliches Interesse besteht.<sup>43</sup> In § 90 GO NRW ist die Förderung des sozialen

36 Vgl. u.a. Art. 89 Abs. 4 BayGO; § 94 Abs. 9; BbgKVerf, § 5 Abs. 1 BremKuG, § 114a Abs. 5 GO NRW, § 86a Abs. 4 GemO RhPf, § 11 Abs. 2 S. 3 AnstVO SA, § 126a) Abs. 4 S. 1 HGO, § 76a) Abs. 5 S. 1 ThürKO.

37 Vgl. § 114 Abs. 5 S. 1 GO NRW

38 § 102a) Abs. 8 S. 4 GemO BW, § 144 Abs. 2 S. 2 NKomVG, § 9 S. 2 KUVO SW.

39 § 70 Abs. 7 S. 2 KV MV

40 Vgl. § 90 Abs. 3 GO NRW; in anderen Bundesländern dürfen Vermögensgegenstände ebenfalls nur zu vollem Wert veräußert werden: für Bayern: Art. 75 Abs. 1 GO; für Rheinland-Pfalz: § 79 Abs. 1 GO; für Sachsen-Anhalt: § 115 Abs. 1 KVG LSA; für Niedersachsen: § 125 Abs. 1 NKomVG; für Hessen: § 109 Abs. 1 HGO; für Schleswig-Holstein: § 89 Abs. 1 GO.

41 Vgl. Knirsch in: Rehn/Cronauge/von Lenep/Knirsch, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Band II, Stand April 2019, § 90 Rn. 10.

42 Vgl. GPA, in: PdK NW B-9a, § 90, Rn. 5.

43 Vgl. § 90 Abs. 3 S. 5 GO NRW

Wohnungsbaus als ein solches besonderes öffentliches Interesse genannt.

Der Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung ist dann aber nur gewahrt, wenn die Kommune mit der Veräußerung gleichzeitig eine öffentliche Aufgabe erfüllt – was bei der Schaffung von preisgünstigem Wohnraum in der Regel der Fall sein dürfte.

Der Veräußerung unter Wert können jedoch beihilferechtliche Regelungen entgegenstehen, weshalb eine beihilferechtliche Vereinbarkeit vorher sicherzustellen ist.

Sofern die Kommune Vermögensgegenstände nicht nur kommunalrechtlich, sondern auch beihilferechtlich unter Wert veräußern darf, muss die Kommune aufgrund des haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsprinzips angemessene Kriterien zum Preisnachlass festlegen. Dabei darf sie örtliche Gegebenheiten, wie beispielsweise ein unterschiedliches Preisniveau für Bauland, etwaiger Wohnungsfehlbedarf und soziale Gesichtspunkte berücksichtigen.<sup>44</sup>

## 4.2.2 Vergaberecht

Ab dem Erreichen des EU-Schwellenwertes gilt die AöR nach § 99 Nr. 2 GWB als öffentlicher Auftraggeber und muss öffentliche Aufträge grundsätzlich nach dem Vergaberecht ausschreiben.<sup>45</sup> Unterhalb der EU-Schwellenwerte ist die Rechtslage in den Bundesländern sehr unterschiedlich. Teilweise ist die AöR an das nationale Vergaberecht gebunden, teilweise nicht.

Allerdings wird die AöR in der Regel inhousefähig sein. Das heißt im Innenverhältnis darf die Kommune sie mit Leistungen beauftragen, ohne das Vergaberecht zu beachten.

Im Einzelnen:

### Ausschreibungspflicht oberhalb der EU-Schwellenwerte

Sind die EU-Schwellenwerte erreicht, ist die AöR grundsätzlich ausschreibungspflichtig. Sie ist öffentlicher Auftraggeber

im Sinne des Vergaberechts. Voraussetzung dafür ist gemäß § 99 Nr. 2 GWB, dass es sich um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt, die zur Erfüllung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe gegründet wurde und nichtgewerblich tätig ist.<sup>46</sup>

Bei der AöR handelt es sich um eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Mit dem sozialen Wohnungsbau und der sozialen Wohnraumförderung als Bestandteil der öffentlichen Daseinsvorsorge, erfüllt sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben.<sup>47</sup>

### Aufgaben im Allgemeininteresse

Der Gründungszweck, sozialen und preisgedämpften Wohnungsbau sowie dessen anschließende Vermietung zu übernehmen, stellt eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe dar. Nach ständiger vergaberechtlicher Rechtsprechung sind der soziale Wohnungsbau und die soziale Wohnraumförderung als Bestandteil der öffentlichen Daseinsvorsorge im Allgemeininteresse liegende Aufgaben.<sup>48</sup>

Aufgaben im Allgemeininteresse sind solche, die eng mit den institutionellen Funktionen und dem Allgemeinwohl des Staates und der Bevölkerung verknüpft sind.<sup>49</sup> Ob eine Tätigkeit im Allgemeininteresse liegt, hängt nach der Rechtsprechung davon ab, ob die Einrichtung Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat.<sup>50</sup> Entscheidend ist die objektive Ausrichtung der juristischen Person auf die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe. Auch Einrichtungen, die zwar nicht zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, solche Aufgaben aber tatsächlich später übernommen haben und ausüben, erfüllen das Tatbestandsmerkmal.<sup>51</sup>

Entsprechend ist der Satzungszweck einer AöR auf die Entwicklung, der Verkauf und die Vermarktung von bebauten und unbebauten Immobilien zu erstrecken, ggf. auch auf weitere Annextätigkeiten (z. B. die Bewirtschaftung der Immobilien).

44 Vgl. GPA, in: PdK NW B-9a, § 90, Rn. 5.

45 Die Ausschreibungspflicht unterhalb der EU-Schwellenwerte ergibt sich in NRW aus Ziffer 1.2 Satz 2 der kommunalen Vergabegrundsätze in Verbindung mit § 8 KUV. Für andere Bundesländer ergibt sich die Pflicht zur Ausschreibung im Unterschwellenbereich in der Regel aus dem kommunalen Haushaltsrecht.

46 Vgl. § 99 Nr. 2 GWB.

47 Vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 06.12.2016 – 6 Verg 4/16; OLG Schleswig, Beschluss vom 15.02.2005 – 6 Verg/04; KG Berlin, Beschluss vom 06.02.2003 – 2 Verg 1/03; OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.08.2001 – Verg W 3/01; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 09.10.2001 – 1 VK 27/01; VK Lüneburg, Beschluss vom 13.02.2012 – VgK-2/12; VK Brandenburg, Beschluss vom 27.12.2005 – VK 12/15.

48 Vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 06.12.2016 – 6 Verg 4/16; OLG Schleswig, Beschluss vom 15.02.2005 – 6 Verg/04; KG Berlin, Beschluss vom 06.02.2003 – 2 Verg 1/03; OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.08.2001 – Verg W 3/01; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 09.10.2001 – 1 VK 27/01; VK Lüneburg, Beschluss vom 13.02.2012 – VgK-2/12; VK Brandenburg, Beschluss vom 27.12.2005 – VK 12/15.

49 Vgl. EuGH, Urteil vom 15.01.1998 – C-44/96; VK Nordbayern, Beschluss vom 19.10.2015 – 21.VK-3194-38/15.

50 Vgl. EuGH, Urteil vom 15.01.1998 – C-44/96.

51 Vgl. EuGH, Urteil vom 12.12.2002 – C-470/99.

## **Nichtgewerblicher Art**

Eine AöR, die primär sozial geförderten und preisgedämpften Wohnraum realisiert, erfüllt in der Regel auch das Merkmal der Nichtgewerblichkeit.

Maßgeblich für die Nichtgewerblichkeit ist, in welcher Art und Weise die AöR ihre Aufgaben erfüllt. Zu berücksichtigen sind alle erheblichen, rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte, wie etwa die Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, die Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt und, ob die Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübt wird.<sup>52</sup> Weitere Indizien sind eine grundsätzliche Gewinnerzielungsabsicht und die Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken.<sup>53</sup>

Ein wesentliches Indiz für die Nichtgewerblichkeit einer AöR ist, dass sie ihre Verluste nicht selbst trägt. Die Kommune ist Gewährträger der AöR und muss per Gesetz Verluste der AöR ausgleichen, in NRW spätestens nach 5 Jahren.<sup>54</sup>

Ist die AöR in erster Linie auf den sozial geförderten und preisgedämpften Wohnungsbau ausgerichtet und handelt primär ohne Gewinnerzielungsabsicht, spricht auch dies für ihre Nichtgewerblichkeit. Insbesondere auch dann, wenn sie etwaige Gewinne in den öffentlichen Wohnungsbau zurück investiert. Anderes kann allenfalls gelten, wenn besondere Umstände – wie beispielsweise, dass sie erhebliche Gewinne erwirtschaftet und deshalb nicht von öffentlichen Mitteln abhängig ist<sup>55</sup> – rechtfertigen, von einer im Schwerpunkt gewerblichen Tätigkeit auszugehen.

Das OLG Brandenburg<sup>56</sup> ging in einer Entscheidung aus dem Jahr 2016 davon aus, dass ein kommunales Wohnungsbauunternehmen selbst dann noch nichtgewerblich tätig ist, wenn die Einrichtung zu einem überwiegenden Teil auf Gewinnerzielung ausgerichtet sei. Denn maßgeblich sei allein, dass der Staat im sozialen Wohnungsbau einen entscheidenden Einfluss beibehalten möchte. Diese Auffassung ist sehr weitreichend und sicher nicht ohne Weiteres auf jeden Einzelfall ohne Weiteres übertragbar.

Zu prüfen ist letztlich, ob sich die AöR durch Zutun der öffentlichen Hand in einer marktbezogenen Sonderstel-

lung befindet, welche sie wenigstens teilweise von den Wirkungen eines Wettbewerbs unter Gleichen befreit. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist dies auch dann der Fall, wenn ein Unternehmen nur teilweise nichtgewerblich tätig ist (sog. Infizierungstheorie). Darauf gehen wir im Rahmen des „2-Säulen Modells“ (Ziffer 4.4) noch einmal detaillierter ein.

## **Ausschreibungspflicht unterhalb der EU-Schwellenwerte**

Unterhalb der EU-Schwellenwerte ist die Rechtslage für jedes Bundesland zu prüfen. In NRW ist die AöR nur dann an das Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte gebunden, wenn sie Aufträge vergibt, die der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben aus den Bereichen des § 107 Abs. 2 GO NRW dienen. Zu den Bereichen des § 107 Abs. 2 GO NRW gehört zwar auch die Wohnraumversorgung (vgl. Ziffer 4.1.1). Um eine hoheitliche Aufgabe handelt es sich dabei allerdings nicht.

In Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hessen und Rheinland-Pfalz ist die AöR nach den landesrechtlichen Vorgaben nicht an das Vergaberecht gebunden. Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen sehen dagegen keine Bindung an das Vergaberecht vor.<sup>57</sup>

## **Inhouse-Fähigkeit**

Eine AöR ist in der Regel inhousefähig im Sinne des Kartellvergaberechts, wenn sie (fast) ausschließlich für die Kommune tätig wird. Eine AöR, die für die Kommune und auf kommunalen Grundstücken Wohnungsbau betreibt, erfüllt diese Voraussetzungen in der Regel. Auch die weiteren Voraussetzungen für die Inhouse-Fähigkeit liegen bei einer solchen AöR – abhängig wie immer von den Umständen des Einzelfalls – vor.

Anders als der Eigenbetrieb muss die AöR für die Inhouse-Fähigkeit die Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 GWB erfüllen. Während der Eigenbetrieb in die Organisationsstruktur der Kommune eingebunden ist und keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, ist die AöR eine eigständige juristische Person des öffentlichen Rechts. Die Kommune darf sie daher nur

52 Vgl. EuGH, Urteil vom 10.04.2008 – C-393/06.

53 Vgl. z. B. EuGH, Urteil vom 10.04.2018 – C-393/06, EuGH Urteil vom 16.10.2003 – C-283/00

54 § 14 Abs. 2 Kommunalunternehmensverordnung – KUV NRW.

55 Vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 11.02.2019, 1 Verg 3/15.

56 OLG Brandenburg, Beschluss vom 06.12.2016 – 6 Verg 4/16.

57 Vgl. die Übersicht bei Schröder, in: Wurzel/Schramel/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, Kapitel H, Rn. 90 ff.

dann ohne Vergabeverfahren beauftragen, wenn die Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 GWB erfüllt sind:

Diese Voraussetzungen werden auch bezeichnet als:

- » Nr. 1: Kontrollkriterium,
- » Nr. 2: Tätigkeitskriterium und
- » Nr. 3: Beteiligungskriterium.

### § 108 Abs. 1 GWB

*Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die von einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts vergeben werden, wenn*

- 1. der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,*
- 2. mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde, und*
- 3. an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.“*

Das Kontrollkriterium und die Abwesenheit privater Kapitalbeteiligung sind bei der AöR in der Regel ohne Weiteres gegeben.

Daneben ist darauf zu achten, dass die AöR im Wesentlichen Aufgaben ausführt, mit denen sie von der kontrollierenden Kommune betraut wurde. Für die Betrauung reicht nicht die bloße Eröffnung eines Betätigungsfelds durch den Satzungszweck aus. Die Satzung muss eindeutig festlegen, welche Leistungen die AöR erbringt, die originär dem Aufgabenfeld der sie kontrollierenden Kommune als öffentlichem Auftraggeber zuzuordnen sind. Auch über die Gestaltung der Satzung hinaus ist eine Betrauung mit Aufgaben möglich. Die Betrauung muss nicht durch Hoheitsakt oder Vertrag erfolgen, entscheidend ist vielmehr, dass die Zuordnung der Aufgabe zu dem betreffenden Unternehmen aktiv durch einen erkennbaren und inhaltlich insoweit eindeutig festgelegten Akt erfolgt.

#### 4.2.3 Beihilferecht

Das Beihilferecht steht der Gründung einer AöR nicht entgegen. Das zum Eigenbetrieb bzw. einer eigenbetriebsähnlichen Einrichtung Dargelegte gilt weitgehend entsprechend. Auch für die AöR gelten die Grundsätze des EU-Beihilferechts, weshalb diese keine wettbewerbsbeschränkenden staatlichen Zuwendungen erhalten darf.

Die AöR kann unter folgenden Voraussetzungen Grundstücke auf die AöR übertragen und deren Verluste ausgleichen, ohne gegen EU-Beihilferecht zu verstoßen:

#### Übertragung von Grundstücken

Die Überlassung der Grundstücke stellt keine Begünstigung im Sinne des Beihilferechts dar, sofern diese zum vollen Wert an die AöR veräußert wird. Denn dann steht der Zuwendung eine äquivalente Gegenleistung in Gestalt des Kaufpreises gegenüber, die Übertragung ist insoweit gerechtfertigt.

Vorsicht ist geboten, wenn die Kommune von der kommunalrechtlichen Ausnahme Gebrauch machen und Grundstücke unter dem eigentlichen Verkehrswert oder gar unentgeltlich an die AöR übertragen wollen – denn dann liegt grundsätzlich eine Begünstigung vor. Prüfmaßstab ist dabei wieder der sog. Private-Investor-Test (vgl. dazu unter Ziffer 4.1.3).

#### Verlustübernahme

Wie zum Eigenbetrieb erläutert, ist die Übernahme von



Foto: iStock.com\_mohd\_izzuan

Verlusten der AöR grundsätzlich geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel der EU zu beeinträchtigen und daher eine unzulässige Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV.

Sofern die Kommune die AöR mit der Aufgabe des sozialen Wohnungsbaus betraut, lässt sich die Verlustübernahme als Ausgleichsleistung für eine DAWI als zulässige Beihilfe gestalten, die nicht notifizierungspflichtig ist. Zu den Anforderungen an den Betrauungsakt wird auf Ziffer 4.1.3 a.E. verwiesen.

#### 4.2.4 Steuerrecht

Die Steuerpflicht kann sich je nach Ausgestaltung der AöR unterscheiden, weshalb die steuerrechtlichen Aspekte für den jeweiligen Einzelfall zu betrachten sind.

Grundsätzlich löst die AöR keine Körperschaftsteuer der Trägerkörperschaft aus und würde mit dem sozialen Wohnungsbau und der Vermietung auch keine umsatzsteuerpflichtigen Leistungen erbringen. Allerdings fällt bei der Übertragung von Grundbesitz von der Kommune auf die AöR eine Grunderwerbsteuer an.

Genauer:

#### Ertragsteuerrecht

Da der kommunale Wohnungsbau nicht die Voraussetzungen eines Betriebs gewerblicher Art erfüllt, sondern als reine Vermögensverwaltung zu qualifizieren ist, löst die AöR keine Körperschaftsteuer bei der Trägerkörperschaft aus.

Die Ausführungen zum Eigenbetrieb gelten hier gleichermaßen: Ein Betrieb gewerblicher Art erfordert eine nachhaltige wirtschaftliche Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft.<sup>58</sup> Unter den Begriff „wirtschaftliche Betätigung“ fallen im Sinne der einschlägigen Vorschrift nachhaltige wirtschaftliche Tätigkeiten, die über eine bloße Vermögensverwaltung hinausgehen und das Erscheinungsbild eines Gewerbebetriebes haben.<sup>59</sup>

Nicht nur das Vermieten, sondern auch das Bauen auf eigenen Grundstücken ist grundsätzlich der Vermögensverwaltung zuzurechnen. Gegen die Annahme, dass es sich bei der Tätigkeit der AöR um eine reine Vermögensverwaltung handelt,

<sup>58</sup> § 4 Abs. 1 KStG.

<sup>59</sup> Vgl. Bott, in Bott/Walter, KStG, § 4 Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Rn. 50, 56.

könnte der eigentliche Grund für die Besteuerung juristischer Personen des öffentlichen Rechts – die Wettbewerbsneutralität – sprechen. Man könnte annehmen, dass die AöR hier im Konkurrenzverhältnis mit privatwirtschaftlichen Wohnungsbaugesellschaften steht und deren Einnahmen – mit dem Hintergrund der Wahrung der Wettbewerbsneutralität – daher steuerpflichtig sind.

Sofern erneuerbare Energiequellen und andere Nachhaltigkeitskonzepte eine Rolle spielen sollen, ist eine genaue Einzelfallprüfung erforderlich, da dann die Grenzen der Vermögensverwaltung überschritten sein könnten und demnach auch Körperschaftsteuer anfele. Gleiches gilt für andere „Nebentätigkeiten“, bspw. das Vorhalten und der Betrieb von E-Ladesäulen.

### Umsatzsteuerrecht

Die AöR erfüllt die Voraussetzungen eines umsatzsteuerrechtlichen Unternehmens und unterliegt daher grundsätzlich der Umsatzsteuerpflicht.<sup>60</sup> Allerdings sind sowohl die Bautätigkeit als auch die Vermietung umsatzsteuerfreie Leistungen.<sup>61</sup> Die umsatzsteuerfreie Vermietung hat jedoch zur Folge, dass die AöR für die empfangenen Bauleistungen auch nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist.

### Grunderwerbsteuer

In jedem Fall löst die Übertragung von Grundbesitz auf die AöR Grunderwerbsteuer aus. Die Übertragung führt zu einem Rechtsträgerwechsel und damit zu einem Erwerbsvorgang, der zu besteuern ist. Der Wohnungsbau und die Wohnungsbewirtschaftung sind keine im Kern öffentlichen Aufgaben und die Grundstücke werden von der Kommune auf die AöR deshalb nicht aufgrund des Übergangs einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe übertragen. Damit ist kein Ausnahmetatbestand einschlägig und es kommt zu einer Besteuerung mit Grunderwerbsteuer.<sup>62</sup>

Grunderwerbsteuer kann auch anfallen, wenn für die Gründung der AöR ein bereits bestehender Eigenbetrieb umgewandelt wird und Grundstücke Teil des Betriebsvermögens sind – dann führt der Umwandlungsvorgang zur Grunderwerbsteuerpflicht.<sup>63</sup> Von der Besteuerung ausgenommen ist der Vorgang nur, wenn das Grundstück aus Anlass des Über-

gangs von öffentlich-rechtlichen Aufgaben von der einen auf die andere juristische Person übergeht und nicht überwiegend einem BgA dient.<sup>64</sup>

### 4.3 GmbH oder GmbH & Co. KG

Aus rechtlicher, aber auch aus organisatorischer Sicht stellen die GmbH und die GmbH & Co. KG echte Alternativen zu den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen dar. Wenn die Kommune ihrer Wohnungsbaueinheit viel unternehmerischen Spielraum geben, aber dennoch ein ausreichendes Maß an politischer Kontrolle behalten möchte, weisen diese privaten Organisationsformen Vorteile gegenüber dem Eigenbetrieb und der AöR auf – abhängig natürlich auch hier von den konkreten Gegebenheiten vor Ort.

Die privaten Rechtsformen stellen aber nicht nur für den ggf. defizitär bleibenden sozialen und preisgedämpften Wohnungsbau eine Option. Will die Kommune mit ihrem Wohnungsbau Geld verdienen, ggf. auch andere, gewerbliche Immobilien entwickeln und vermarkten, ist die GmbH oder GmbH & Co. KG gegenüber den öffentlich-rechtlichen Formen die bessere Wahl.

Durch die Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform kann sich die Kommune von Bindungen des öffentlichen Rechts, z. B. des Organisationsrechts, des Personal-, Haushalts- und Vergaberechts lösen und ggf. steuerrechtliche Vorteile erlangen. Das Gesellschaftsrecht lässt mehr Spielräume für die Verteilung der Entscheidungs- und Handlungskompetenzen zwischen Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung. Das vereinfacht es, die unterschiedlichen Interessen – politische Kontrolle und Steuerung auf der einen und unternehmerische Autonomie auf der anderen Seite – miteinander in Einklang zu bringen. Außerdem sind Unternehmen in privater Rechtsform unterhalb der EU-Schwellenwerte in vielen, wenn auch nicht allen Bundesländern nicht ausschreibungspflichtig.

Die Kommune kann somit außerhalb des Korsetts der öffentlich-rechtlichen Rechtsformen am Markt tätig werden und den sozialen Wohnungsbau fördern. Zugleich kann sie die Wohnungsbaugesellschaft dennoch effektiv über die alleinige Gesellschafterstellung und den Aufsichtsrat kontrollieren. Diese Kontrolle stellt zudem sicher, dass die

60 Vgl. § 2b UstG.

61 Die Bautätigkeit ist keine umsatzsteuerliche Leistung, da sie für die Eigennutzung erfolgt. Die Vermietungstätigkeit ist nach § 4 Nr. 12 UstG umsatzsteuerfrei.

62 § 1 Abs. 1 GrEStG.

63 Schraml, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021; S. 193, Rn. 146.

64 Vgl. § 4 Nr. 1 GrEStG.

Gesellschaft weiterhin inhousefähig ist. Die beiden privaten Organisationsformen bieten insgesamt ein noch höheres Maß an unternehmerischer Flexibilität als eine AöR.

Kommunal-, vergabe- und beihilferechtlich gelten für die beiden Gesellschaftsformen grundsätzlich dieselben Vorgaben. Unterschiede ergeben sich aber in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht, was sich insbesondere im Gründungsaufwand zeigt. Will die Kommune mit der GmbH / GmbH & Co. KG gewinnorientiert tätig werden, so ergeben sich zudem vergabe- und beihilferechtliche Besonderheiten, auf die wir im Folgenden und beim „2-Säulen-Modell“ (Ziffer 4.4) noch dezidierter eingehen werden.

Ein wesentlicher Vorteil der GmbH & Co. KG gegenüber der GmbH wirkt sich bei der Übertragung von Grundstücken aus. Bringt eine Kommune Grundstücke in die GmbH & Co. KG ein, fällt nämlich – anders als bei der GmbH – keine Grunderwerbsteuer an.



Foto: iStock.com\_Kwangmoozaa

## VORTEILE GmbH / GmbH & Co. KG

- » Weitgehende Kontrollmöglichkeiten über die alleinige Gesellschafterstellung
- » Entlastung der Stadt aufgrund der Inhouse-Fähigkeit der Gesellschaft
- » Haftung beschränkt auf Einlage
- » Abhängig vom Bundesland: Erleichterte Vergabebedingungen unterhalb der EU-Schwellenwerte
- » **GmbH & Co. KG:** Keine Grunderwerbsteuer bei Übertragung von Grundstücken



## NACHTEILE GmbH / GmbH & Co. KG

- » Beihilferechtliche Betrauung erforderlich
- » Abhängig vom Bundesland: Vergabepflicht unterhalb der EU-Schwellenwerte
- » **GmbH:**
  - ♦ Körperschaftsteuerpflicht
  - ♦ Bei Übertragung von Grundstücken fällt Grunderwerbsteuer an
- » **GmbH & Co. KG:**
  - ♦ Höherer Gründungsaufwand und doppelte Buchführung für die GmbH und die KG



Quelle: © Bene A. / Fotolia

### 4.3.1 Gesellschaftsrecht

Will eine Kommune eine GmbH oder GmbH & Co. KG gründen, so muss sie die gesellschaftsrechtlichen Anforderungen des GmbH-Gesetzes (GmbHG) und des Handelsgesetzbuches (HGB) beachten.

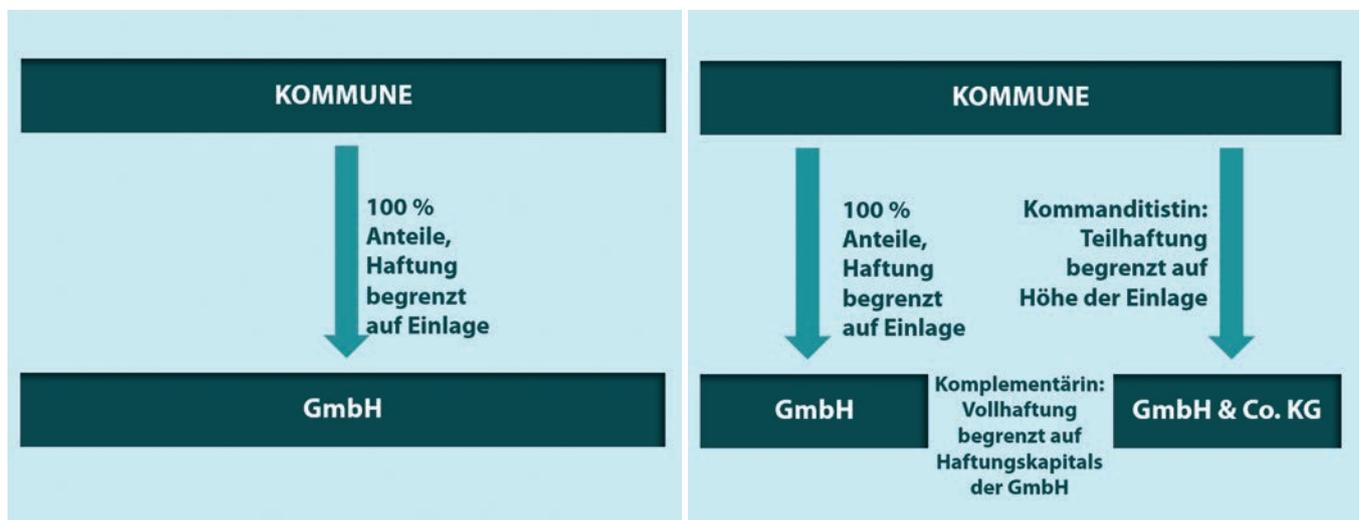
Die GmbH ist die einfachere der beiden Rechtsformen. Sie erfordert entsprechend weniger Umsetzungsaufwand und ist auch in der Ausführung leichter zu händeln.

Die GmbH & Co. KG ist anders als die GmbH keine Kapitalgesellschaft, sondern eine Personengesellschaft. Das heißt, grundsätzlich haften die Gesellschafter mit ihrem gesamten Vermögen für

die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, nicht nur mit ihrer Kapitaleinlage.

Dieses Prinzip wird bei der GmbH & Co. KG aber aufgebrochen. Die Haftung ist auch hier begrenzt. Die GmbH & Co. KG wird von mehreren Gesellschaftern gehalten, wobei nur einer – der Komplementär – voll haftet. Die Kommanditisten haften nur mit ihrer vertraglich vereinbarten Einlage. Bei der GmbH & Co. KG ist die Komplementärin eine GmbH, deren Vermögen sich auf ihr Stammkapital beschränkt. Entsprechend haftet auch die Komplementärin bzw. die hinter ihr stehenden Gesellschafter faktisch nur beschränkt.

Schematisch lässt sich die Beteiligungsstruktur bei einer vollständig kommunalen GmbH bzw. GmbH & Co. KG wie folgt darstellen:



Das Vorstehende zeigt, dass die Umsetzung und die Durchführung einer GmbH & Co. KG zwar komplexer ist als die einer GmbH. Denn es müssen zwei Gesellschaften gegründet und dann auch verwaltet werden. Dennoch kann es – insbesondere steuerlich – vorteilhaft sein, sich für die GmbH & Co. KG zu entscheiden. Nachteile der GmbH & Co. KG, die durch die komplexere Gesellschaftsstruktur entstehen, fallen dagegen nicht so sehr ins Gewicht, wenn die Kommune sowohl Komplementärin als auch Kommanditistin ist.

### Gründung der GmbH / GmbH & Co. KG

#### Wie gründe ich nun eine Wohnungsbau-GmbH oder eine GmbH & Co. KG?

Das Verfahren zur Gründung einer GmbH und einer GmbH & Co. KG erfolgt nach den Vorgaben des GmbHG bzw. des HGB. Die gesetzlichen Vorgaben sind weitgehend dispositiv, sodass die Kommune viel Spielraum hat, um der Gesellschaft – oder im Fall der GmbH & Co. KG den Gesellschaften – die notwendigen Handlungsspielräume einzuräumen und gleichzeitig die gewünschte Kontrolle zu erhalten, sowie den kommunalrechtlichen Vorgaben nachzukommen.

Erforderlich ist ein Gesellschaftsvertrag. Im Fall der GmbH & Co. KG sind es zwei Gesellschaftsverträge, einer für die Komplementär GmbH und einer für die KG selbst. Die Gesellschaftsverträge müssen mindestens die folgenden Angaben enthalten:

- ✘ Firma der GmbH, d.h. Gesellschaftsname
- ✘ Gegenstand und Zweck der Gesellschaft
- ✘ Unternehmenssitz
- ✘ Gesellschafter, im Fall der GmbH & Co. KG: die Komplementär GmbH und die Kommanditisten
- ✘ Höhe des Stammkapitals
- ✘ Betrag der Geschäftsanteile der Gesellschafter am Stammkapital, im Fall der GmbH & Co. KG die Höhe der Einlage der Kommanditistin
- ✘ Gesellschafterkonten: Gewinn- und Verlustverteilung
- ✘ Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse
- ✘ Ggf. Regelungen zum Aufsichtsrat oder Beirat

Der Gesellschaftsvertrag der GmbH ist jeweils notariell zu beurkunden. Wenn die Gesellschafterin – also die Kommune – ihre Einlagen geleistet hat, meldet der Notar die Gesellschaft zum Handelsregister an.

### Unternehmensgegenstand und Zweck der Gesellschaft(en)

Wichtig ist es, den Gegenstand und den Zweck der Gesellschaft(en) präzise zu formulieren. Der Gegenstand und der Zweck der Gesellschaft werden regelmäßig herangezogen bei Fragen wie: Was darf die Gesellschaft? Ist ihr Handeln kommunalrechtlich zulässig? Was darf die Geschäftsführung?

Der Zweck definiert das Ziel, das die Gesellschafter verfolgen. Der Unternehmensgegenstand beschreibt die Tätigkeit der Gesellschaft. Der Gesellschaftszweck deckt sich zwar oft mit dem Unternehmensgegenstand, ist aber nicht zwingend mit diesem identisch.

Bei einer GmbH oder GmbH & Co. KG für die Zwecke des sozialen Wohnungsbaus müssen der Zweck und der Gegenstand der Gesellschaft(en) – je nach konkreter Zielrichtung – auf den Erwerb, die Errichtung und ggf. die Verwaltung sozial geförderten und preisgedämpften Wohnraums gerichtet sein.

## BEISPIEL

### ... FÜR DIE FORMULIERUNG DES UNTERNEHMENSZWECKES UND DES UNTERNEHMENSGEGENSTANDES EINER GMBH / GMBH & CO. KG:

*„Zweck des Unternehmens ist eine sichere und sozial verantwortbare Wohnraumversorgung breiter Schichten der Bevölkerung [...].“*

*Gegenstand des Unternehmens ist insbesondere der Erwerb, die Entwicklung, der Verkauf und die Vermarktung bebauter und unbebauter Immobilien für sozial geförderten und preisreduzierten Wohnraum, sowie die Vermietung, Verwaltung und Sanierung städtischer und eigener Wohnimmobilien.“*



Quelle: iStock.com\_sommart

#### 4.3.2 Kommunalrecht

Kommunalrechtlich ist es nach den landesrechtlichen Regelungen grundsätzlich zulässig, eine GmbH oder GmbH & Co. KG für den sozialen Wohnungsbau zu gründen. Die effiziente Förderung des sozialen Wohnungsbaus kann ein wichtiges Interesse für die Gründung einer privatrechtlichen GmbH oder GmbH & Co. KG im kommunalrechtlichen Sinne begründen. Bei der Satzungsgestaltung der Gesellschaften sind dann – ergänzend zu den gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen – die kommunalrechtlichen Vorgaben zu beachten. Insbesondere muss die Haftung begrenzt werden.

##### Kommunalrechtliche Voraussetzungen für die Gründung einer GmbH / GmbH & Co. KG

In NRW sind die Voraussetzungen für die Gründung von, die Beteiligung an und den Betrieb von privatrechtlichen Organisationsformen vornehmlich in § 108 GO NRW geregelt. Zu beachten ist auch die Anzeigepflicht bei der Aufsichtsbehörde (in NRW: § 115 GO NRW).

Die wichtigsten – aber nicht abschließenden – Voraussetzungen des § 108 sind:

- » Es besteht ein wichtiges Interesse an der Gründung der privatrechtlichen Gesellschaft.
- » Die Haftung der Kommune wird begrenzt.

- » Die Einzahlungspflicht steht in angemessenem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit.
- » Die Gemeinde verpflichtet sich nicht zur Übernahme unbestimmter oder unangemessener Verluste.
- » Die Kommune sichert sich ausreichend Einfluss, insbesondere in einem Überwachungsorgan.
- » Das Unternehmen ist durch den Gesellschaftsvertrag auf den öffentlichen Zweck ausgerichtet.



## Wichtiges Interesse an der Gründung

Ein wichtiges Interesse an der Gründung einer GmbH oder GmbH & Co. KG, die sozial geförderten und preisreduzierten Wohnraum realisiert, wird sich in der Regel begründen lassen.

Diese Voraussetzung des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GO NRW gilt nur für Einrichtungen, die nicht-wirtschaftlich tätig sind. Wirtschaftlich tätige Unternehmen dürfen dagegen immer auch in einer privatrechtlichen Rechtsform geführt werden.

In NRW gilt die Wohnraumversorgung, wie bereits dargelegt, per Gesetz als nicht-wirtschaftliche Tätigkeit. Das gilt auch dann noch, wenn eine Wohnungsbaugesellschaft Gewinne erwirtschaftet, z. B. indem sie einen gewissen Anteil an hochpreisigem Mietraum schafft und vermietet, um die Durchmischung der Quartiere sicherzustellen.

Wie so oft gibt es hier keine festen Grenzen; es kommt auf den Einzelfall an. Zulässig sind aber geringfügige Annex-tätigkeiten. So hat das VG Baden-Württemberg die Errichtung und den Verkauf barrierefreier und rollstuhlgerechter Eigentumswohnungen als Annex-tätigkeit qualifiziert.<sup>65</sup> Die erwirtschafteten Gewinne sollten in den Bau des geförderten und preisgedämpften Wohnraums zurückfließen. Soweit die gewinnorientierte Tätigkeit dazu, die eigentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge abzusichern. Aber Vorsicht, diese kommunalrechtliche Bewertung ist von der beihilfe-rechtlichen Rechtslage zu unterscheiden (vgl. dazu bereits unter Ziffer 4.1.3). Beihilferechtlich kann die Bewertung anders ausfallen und dann auch Rechtsfolgen für die kommunale Finanzierung, den Verlustausgleich oder die Betrauung haben.

Ein wichtiges Interesse für die Organisation des Wohnungsbaus in einer privatrechtlichen Gesellschaft wird sich in der Regel auch begründen lassen. Der Kommune steht, wie schon unter Ziffer 4.2.1 dargelegt, ein recht großer Einschätzungsspielraum zu. Grundsätzlich liegt ein wichtiges Interesse vor, wenn die Gründung einer privaten Gesellschaft die gemeindliche Aufgabenerfüllung nachhaltig erleichtert. In die Abwägung darf die Kommune insbesondere auch wirtschaftliche und steuerliche Gesichtspunkte mit einbeziehen.

Letztlich ist die Entscheidung immer im Einzelfall auf Grundlage der konkreten Gegebenheiten vor Ort, der Ziele der Kommune und wirtschaftlicher Aspekte zu treffen. Insbesondere die gegenüber den öffentlich-rechtlichen Rechtsformen größere unternehmerische Flexibilität, die ein effizienteres Agieren am Markt ermöglicht, ist aber ein wesentliches Argument für eine GmbH oder GmbH & Co. KG.

## Haftungsbegrenzung

Die Kommunen können durch entsprechende Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge die haftungsbeschränkenden Vorgaben des Kommunalrechts einhalten. Bei der GmbH ist die Haftung grundsätzlich auf die Einlage der Kommune beschränkt. Eine Nachschusspflicht ist im Gesellschaftsvertrag auszuschließen. Das gilt auch für die GmbH & Co. KG. Die Haftung der kommunalen Komplementär-GmbH für Verbindlichkeiten der GmbH & Co. KG ist auf das Stammkapital der GmbH begrenzt. Die Haftung der Kommune als Kommanditistin ist auf die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Höhe begrenzt.

## Kontrolle und Einfluss

Auch das Kontrollerfordernis ist bei einer allein im Eigentum der Stadt stehenden GmbH und der von der Kommune beherrschten GmbH & Co. KG gegeben. Durch entsprechende Regelungen in den Gesellschaftsverträgen kann die Kommune insbesondere den Einfluss des Rates auf die Wohnungsbaugesellschaft(en) noch verstärken.

Grundsätzlich muss die Kommune weder für eine GmbH noch für eine GmbH & Co. KG einen Aufsichtsrat vorsehen. Die Einrichtung ist – bis auf wenige gesetzliche Ausnahmefälle bei der GmbH – fakultativ. Ein Aufsichtsrat ermöglicht aber eine verstärkte Kontrolle der Wohnungsbaugesellschaft durch politische Gremien.

Wenn sich eine Kommune dazu entscheidet, einen Aufsichtsrat einzurichten, sind nach den Vorgaben der Gemeindeordnungen weitere Voraussetzungen zu beachten. In NRW sieht § 107 Abs. 5 Nr. 2 GO NRW vor, dass der Rat den von der Kommune bestellten oder auf Vorschlag der Kommune gewählten Aufsichtsratsmitgliedern Weisungen erteilen können muss. § 108a GO NRW regelt auch die Möglichkeit der Arbeitnehmermitbestimmung in einem fakultativen Aufsichtsrat. Zusätzliche Bestimmungen können sich aus anderen, landesrechtlich spezifischen Gesetzen ergeben, bspw. eine Frauensnote aus dem Landesgleichstellungsgesetzes.

### **§ 12 Landesgleichstellungsgesetz NRW:**

*Aufsichts- und Verwaltungsräte oder vergleichbare aufsichtsführende Organe müssen mit einem Mindestanteil von 40 % mit Frauen besetzt werden.*

65 Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.11.2012, 1 S 1258/12; VG Stuttgart, Urteil vom 08.07.2022, 7 K 7009/17; Held/Kotzea, in: PdK Nordrhein-Westfalen, Dirnberger/Henneke/Meyer u.a., Stand: Dezember 2014, § 107, Rn. 22.

Weitere Voraussetzungen zur Beteiligung im Aufsichtsrat einer Gesellschaft enthält auch § 113 GO NRW, u.a.:

- » Vertreter des Rates im Aufsichtsrat sind an die Beschlüsse des Rats gebunden.
- » Die vom Rat bestellten Mitglieder eines Aufsichtsrats müssen auf Beschluss des Rates ihr Amt jederzeit niederlegen.
- » Bei Kapitalgesellschaften wie der GmbH: Zu den entsandten Aufsichtsratsmitgliedern muss zwingend der Bürgermeister oder von ihm vorgeschlagene Bedienstete der Kommune gehören.
- » Vertreter der Kommune haben den Rat – vorbehaltlich entgegenstehender gesetzlicher Regelungen – über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung zu unterrichten.

#### **Für den Aufsichtsrat:**

*...sollte ebenso wie für die Geschäftsführung – eine Geschäftsordnung erstellt werden, um Kompetenzen, Abläufe und Beschlussfassungen zu regeln.*

#### **Anzeigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde**

In NRW regelt § 115 Abs. 1 lit. a) GO NRW, dass die Kommunen die Entscheidung über die Gründung der Wohnungsbau-gesellschaft unverzüglich, spätestens sechs Wochen vor Beginn des Vollzugs, der Aufsichtsbehörde anzeigen müssen. Hierdurch erhält die Aufsichtsbehörde die Möglichkeit, die Entscheidung der Kommune in rechtlicher Hinsicht und im Hinblick auf wirtschaftliche Auswirkungen überprüfen zu können.

#### **4.3.3 Vergaberecht**

Vergaberechtlich hat die GmbH bzw. die GmbH & Co. KG je nach landesrechtlicher Rechtslage einen Vorteil: Eine privatrechtlich organisierte Gesellschaft ist unterhalb der EU-Schwellenwerte grundsätzlich nicht ausschreibungspflichtig.

Ab Erreichen der EU-Schwellenwerte ist eine GmbH / GmbH & Co. KG, die öffentlichen Wohnungsbau betreibt, ausschreibungspflichtig. Im Gegenzug wäre eine GmbH / GmbH & Co. KG aber in der Regel auch inhousefähig, soweit und solange keine privaten Dritten an ihr beteiligt sind.

Anderes gilt allerdings, wenn es sich um eine Wohnungsbaugesellschaft handelt, die nicht vornehmlich Daseinsvorsorge betreibt, sondern mit der die Kommune auch Gewinne erwirtschaftet und bei der auch kein Verlustausgleich geplant ist. Diese ist in der Regel oberhalb der EU-Schwellenwerte nicht ausschreibungspflichtig, aber auch nicht inhousefähig. Wir kommen darauf im Rahmen des „2-Säulen-Modells“ noch einmal zurück, welches diesen Umstand berücksichtigt und gerade darauf zugeschnitten ist und neben der nicht-gewerblichen Tochtergesellschaft eine gewerbliche Tochtergesellschaft zu etablieren, die Gewinne erzielt.

#### **Vergabepflicht oberhalb der Schwellenwerte**

Oberhalb der EU-Schwellenwerte ist eine GmbH / GmbH & Co. KG, die kommunalen sozialen und preisgedämpften Wohnungsbau betreibt, öffentlicher Auftraggeber und damit grundsätzlich verpflichtet, ihre öffentlichen Aufträge auszu-schreiben.

Die Voraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB liegen, ebenso wie bei der AÖR, vor: Die private Gesellschaft übt mit dem sozialen Wohnungsbau eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art aus, soweit und solange sie ohne primäre Gewinnerzielungsabsicht tätig wird. Außerdem ist sie aufgrund ihrer Struktur, ihrer Finanzierung und der Kontrolle der Kommune nicht den üblichen Markt-mechanismen ausgesetzt. Insoweit verweisen wir hier auf die Ausführungen zur Ausschreibungspflicht der AÖR oberhalb der EU-Schwellenwerte (Ziffer 4.2.3).

#### **Vergabepflicht unterhalb der EU-Schwellenwerte**

Ein wesentlicher Vorteil, den die GmbH / GmbH & Co. KG hat, ist die Befreiung von der Ausschreibungspflicht unterhalb der EU-Schwellenwerte.

Grundsätzlich gilt: Eine kommunale GmbH / GmbH & Co. KG ist als verlängerter Arm der Kommune regelmäßig an die haushaltsrechtlichen Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gebunden. Das heißt aber nicht, dass sie die formalen Vorgaben des Vergaberechts (UVgO, VOL/A und VOB/A) unterhalb der Schwelle einhalten müssen. In der Regel sind sie von diesen Regelungen befreit.

In NRW ergibt sich die Befreiung von der Anwendung des Vergaberechts aus den „Vergabegrundsätzen für Kommunen nach § 26 der Kommunalhaushaltsverordnung Nordrhein-Westfalen“ (Kommunale Vergabegrundsätze). Gemäß § 26 Abs. 2 der Kommunalhaushaltsverordnung (KomHVO NRW)

sind bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte die Vergabebestimmungen anzuwenden, die das für Kommunales zuständige Ministerium bekannt gibt. Die Vorschrift verweist damit auf die Kommunalen Vergabegrundsätze. Diese nehmen kommunal beherrschte Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts ausdrücklich vom Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte aus.

Ähnliche Regelungen finden sich auch in anderen, aber nicht in allen Bundesländern. In Berlin, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz und im Saarland müssen GmbH und GmbH und Co. KG das Unterschwellenvergaberecht nach UVgO (oder VOL/A) und VOB/A nicht anwenden. In den Bundesländern Baden-Württemberg, Brandenburg, Hamburg und Sachsen müssen Gemeinden in Gesellschaften an denen sie mehrheitlich beteiligt sind, darauf hinwirken, dass das Unternehmen das Vergaberecht anwendet. Diese Regelungen werden z. B. in Baden-Württemberg durch Verwaltungsvorschriften weiter konkretisiert: Die Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich in Baden-Württemberg (VergabeVwV) sieht vor, dass die VOB/A zwingend anzuwenden ist. Die Anwendung der UVgO wird nur empfohlen (Ziffer 2.1.1 und Ziffer 2.3.1 VergabeVwV). In Bayern müssen die Kommunen lediglich auf die Anwendung der allgemeinen Vergabegrundsätze hinwirken. In Bremen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Sachsen-Anhalt und Thüringen müssen Unternehmen in privater Rechtsform dagegen regelmäßig die vergaberechtlichen Regelungen der UVgO (oder VOL/A) und der VOB/A anwenden.<sup>66</sup>

### Inhouse-Fähigkeit

Eine allein im Eigentum der Kommune stehende GmbH / GmbH & Co. KG, die ausschließlich für die Kommune sozialen und preisgedämpften Wohnraum schafft, ist grundsätzlich auch inhousefähig. Nicht gegeben ist die Inhouse-Fähigkeit dagegen in der Regel bei einer auf Gewinn ausgelegten, gewerblich tätigen Tochtergesellschaft.

Die Voraussetzungen der Inhouse-Fähigkeit nach § 108 Abs. 1 GWB – Kontrollkriterium, Tätigkeitskriterium und Beteiligungskriterium – sind gegeben (vgl. dazu Ziffer 4.2.2). Die Sach- und Rechtslage wird regelmäßig mit der bei der AÖR übereinstimmen. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei daher nur noch einmal kurz zusammengefasst:

- » Die Kommune muss über die GmbH / GmbH & Co. KG Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben. Dafür sorgen regelmäßig schon die Kontrollbefugnisse, welche die Kommune durch ihre alleinige Gesellschafterstellung über die Gesellschaft ausüben kann. Wesentlich ist, dass die Kommune einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftspolitik der GmbH / GmbH & Co. KG hat.
- » Die GmbH / GmbH & Co. KG muss mehr als 80 % ihrer Tätigkeiten mit Aufgaben erbringen, mit denen die Kommune sie betraut hat. Wenn die GmbH / GmbH & Co. KG im Auftrag der Kommune ausschließlich sozialen und preisgedämpften Wohnraum im Rahmen der Daseinsvorsorge schafft und verwaltet, wird dies in der Regel der Fall sein.
- » An der GmbH / GmbH & Co. KG darf keine private Kapitalbeteiligung bestehen, auch keine Minderheitsbeteiligung.

### Vorsicht!

*Auch die Beteiligung einer Sparkasse oder einer Tochtergesellschaft der Sparkasse kann als inhouse-feindlich angesehen werden. Nach Wegfall der Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung der Kommunen für ihre Sparkassen spricht vieles dafür, dass die Beteiligung der Sparkasse eine inhouse-feindliche Drittbeteiligung ist. Die Beteiligung einer Sparkasse sollte daher im Einzelfall geprüft werden.*

Eine auf Gewinn ausgelegte, gewerbliche Tochtergesellschaft ist dagegen – abhängig vom konkreten Einzelfall – nicht inhousefähig. Eine solche Gesellschaft ist kein öffentlicher Auftraggeber, was ein maßgebliches Indiz dafür ist, dass sie nicht inhousefähig ist. In Frage wird regelmäßig auch stehen, inwieweit sie überhaupt der Kontrolle der Kommune unterliegt. Ist ein privater Dritter beteiligt, scheidet die Inhouse-Fähigkeit grundsätzlich aus (siehe dazu ausführlicher unter Ziffer 4.4.2).

Zusätzliche Bestimmungen können sich aus anderen, landesrechtlich spezifischen Gesetzen ergeben, bspw. eine Frauennote aus dem Landesgleichstellungsgesetzes.

66 Vgl. die Übersicht bei Schröder, in: Wurzel/Schramel/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, Kapitel H, Rn. 103 ff.



#### 4.3.4 Beihilferecht

Beihilferechtlich ist ebenso wie bei den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen an die Betrauung zu denken, wenn die Kommune – im Rahmen des kommunalrechtlich Zulässigen – z. B. Verluste der Wohnungsbaugesellschaft übernehmen will. Die Grundstücksübertragung ist grundsätzlich zulässig, wenn die Grundstücke zum vollen Wert an die GmbH / GmbH & Co. KG übertragen werden (vgl. dazu unter Ziffer 4.1.3 ausführlich). Wenn die Übertragung unterhalb des Marktwerts erfolgt, ist auch hierfür die formale Betrauung erforderlich, denn dann gilt der vergünstigte Kaufpreis als Beihilfe, die zu rechtfertigen ist.

Eine Beihilfe kann allerdings nur dann durch eine Betrauung gerechtfertigt werden, wenn das begünstigte Unternehmen tatsächliche DAWI-Leistungen erbringt. Eine Betrauung ist daher nicht möglich, wenn die Kommune eine GmbH / GmbH & Co. KG auf Gewinnerzielung ausrichtet, die Gesellschaft also primär gewinnorientiert hochpreisigen Mietraum schafft. Hierzu noch ausführlicher im Rahmen der Erläuterungen zum „2-Säulen-Modell“ (Ziffer 4.4).

##### Unternehmenseigenschaft

Eine GmbH / GmbH & Co. KG, die sozial geförderten und preisgedämpften Wohnraum schafft und verwaltet, ist – ebenso wie ein Eigenbetrieb oder eine AöR – ein Unternehmen im beihilferechtlichen Sinne. Insbesondere ist die Frage der Unternehmenseigenschaft im Beihilferecht nicht davon abhängig, ob staatliche oder private Anteilseigner das

### BEISPIEL

#### AUSGANGSLAGE

Eine Stadt besitzt einen hohen eigenen Bestand an Wohnungen, die sie von ihrer kommunalen Tochtergesellschaft instandhalten und bewirtschaften lässt. Die kommunale Tochtergesellschaft hat noch weitere private Gesellschafter, u. a. ein ortsansässiges Unternehmen. Die Bewirtschaftungsverträge sind nie ausgeschrieben worden.

#### ZIELE

Die Kommune will auf einer freigezogenen Fläche ein Wohngebiet entwickeln und überlegt, die vorhandene Gesellschaft zu beauftragen.

#### RECHTSLAGE

Ein Direkt-Auftrag an die vorhandene Tochtergesellschaft ist rechtlich problematisch. Der Bewirtschaftungsvertrag kann nicht erweitert werden. Eine solch wesentliche Änderung wäre ausschreibungspflichtig.

Unternehmen kontrollieren. Es kommt allein darauf an, dass es sich um eine Einheit handelt, die Leistungen am Markt anbieten und nicht ausschließlich hoheitlich tätig wird.<sup>67</sup>

### Begünstigung

Die Einbringung von Grundstücken ist auch bei der GmbH und GmbH & Co. KG in der Regel nicht als unzulässige Beihilfe zu werten, wenn diese Grundstücke zum vollen Wert eingebracht und bilanziert werden. Maßstab für die Prüfung ist auch hier der sog. Private-Investor-Test.

Alle weiteren finanziellen Vorteile, insbesondere die Übernahme von Verlusten, sind beihilferechtlich im Grundsatz als unzulässige Begünstigung anzusehen. Sie sind nur dann zulässig, wenn sie der Finanzierung einer DAWI, wie dem sozialen Wohnungsbau, dienen. Hier gilt das bereits unter Ziffer 4.1.3 Dargestellte entsprechend auch für eine Wohnungsbau-einheit in der Rechtsform der GmbH oder GmbH & Co. KG.

## BEISPIEL

### AUSGANGSLAGE

Eine Kommune ist Gesellschafterin eines inhousefähigen Tochterunternehmens, das sie regelmäßig mit dem Bau von Kindertagesstätten, Schulen und anderen öffentlichen Gebäuden beauftragt. Die Vergaben der Stadt an die Tochtergesellschaft müssen nicht ausgeschrieben werden.

### ZIELE

Die Kommune will die Gesellschaft beauftragen, weitere Sozialwohnungen zu bauen und dafür eine Vergütung zahlen. Sie will auch Bürgschaften für Darlehen geben und ihr städtische Grundstücke übereignen.

### RECHTSLAGE

Ein Inhouse-Auftrag wäre vergaberechtlich zulässig. Bürgschaften und Grundstücksübereignung sind beihilferechtlich problematisch, aber ein Private-Investor-Test könnte helfen.

### 4.3.5 Steuerrecht

Die Steuerpflicht kann sich je nach Ausgestaltung der GmbH oder GmbH & Co. KG erheblich unterscheiden. Sie hängt von zahlreichen Einzelfaktoren ab. Daher können wir nur grundsätzliche Aussagen treffen und die Kommune muss die steuerrechtlichen Implikationen in jedem Einzelfall sorgfältig prüfen. Die GmbH & Co. KG bietet einer Kommune aber einen wesentlichen Vorteil: Anders als bei der GmbH fällt bei der Übertragung von Grundstücken keine Grunderwerbsteuer an.

### GmbH

Grundsätzlich unterliegt die GmbH aufgrund ihrer Rechtsform der Körperschaft- und Gewerbesteuer. Sie qualifiziert sich aufgrund der geplanten Tätigkeiten als Unternehmer und unterliegt damit der Umsatzsteuer. Bei der Übertragung der Grundstücke (Verkauf oder Einbringung) fällt zudem Grunderwerbsteuer an.

### Ertragsteuerrecht

Eine GmbH unterliegt der Körperschaftsteuer. Anders als z. B. Wohnungsbaugenossenschaften sind private Wohnungsbaugesellschaften nicht von der Körperschaftsteuerpflicht befreit.

Körperschaftsteuerlich ist zudem zu beachten: Gleicht die Trägerkörperschaft, bspw. die Kommune Verluste einer Wohnungsbau-GmbH aus, führt dies zu einer verdeckten Einlage. Dauerdefizitäre Tätigkeiten einer Wohnungsbau-GmbH werden regelmäßig als verdeckte Gewinnausschüttung an die Trägerkörperschaft qualifiziert. Jedoch sind dauerdefizitäre Tätigkeiten unter anderem von GmbHs an denen eine juristische Person des öffentlichen Rechts mehrheitlich beteiligt ist, privilegiert. Die Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung unterbleiben daher.<sup>68</sup>

Die Wohnungsbau-GmbH unterliegt ebenso der Gewerbesteuer. Allerdings kann die Wohnungsbau-GmbH im Hinblick auf ihre Einkünfte aus der späteren Vermietung von der sog. erweiterten Grundbesitzkürzung nach § 9 Nr. 1, S. 2 GewStG profitieren. Die Grundbesitzkürzung privilegiert Unternehmen, die ausschließlich Grundbesitz vermieten oder verpachten. Ihr bester Steuerertrag wird um sämtliche Einnahmen gekürzt, die auf die Vermietung oder

<sup>67</sup> Vgl. die Übersicht bei Schröder, in: Wurzel/Schramel/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, Kapitel H, Rn. 103 ff.

<sup>68</sup> Vgl. § 8 Abs. 7 Nr. 2 KStG.

Verpachtung des Grundbesitzes entfallen. Sollte die GmbH neben der Vermietung allerdings auch andere Gewinne erzielen, kann dadurch die Grundbesitzkürzung in vollem Umfang versagt werden. Dies gilt nicht, sofern die Gewinne aus Tätigkeiten erwirtschaftet werden, die für die Grundstücks-kürzung unschädlich sind, wie bspw. die Lieferung von Strom an Mieter aus Quellen nach Maßgabe des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder der Betrieb von Ladestationen für Elektrofahrzeuge, sofern die Einnahmen 10% der Einnahmen aus Vermietungstätigkeiten nicht überschreiten.

### Umsatzsteuerrecht

Die GmbH ist umsatzsteuerpflichtig. Sie ist ein Unternehmen im Sinne des Umsatzsteuerrechts.

Umsatzsteuerrechtlich ist vor allem auf Fragen des Vorsteuerabzugs zu achten. Da eine spätere Vermietung der Wohnungen gemäß § 4 Nr. 12 UStG von der Umsatzsteuer befreit ist, darf die GmbH keinen Vorsteuerabzug auf die Kosten für die Bauleistungen vornehmen. Nur wenn ein Unternehmen steuerpflichtige Umsätze erzielt, kann es die Vorsteuer, die es auf Einkäufe gezahlt hat, als Vorsteuer abziehen. Im Fall der Vermietung von Wohnungen ist jedoch die Vermietung selbst steuerfrei, sodass kein Vorsteuerabzug möglich ist. Erzielt die Wohnungsbau-GmbH allerdings auch noch Umsätze mit anderen, umsatzsteuerpflichtigen Leistungen, so ist ggf. insoweit ein Vorsteuerabzug auf die Kosten für diese Bauleistungen möglich.

### Grunderwerbsteuer

Bringt die Kommune Grundstücke in die GmbH ein, fällt Grunderwerbsteuer an. Es findet ein Rechtsträgerwechsel statt, der als steuerpflichtiger Erwerbsvorgang anzusehen ist. Die Ausnahme aufgrund des öffentlichen Zwecks, den die Wohnungsbau-GmbH erfüllt, ist nicht gegeben. Das Grunderwerbsteuerrecht sieht eine Ausnahme nur für Übertragungen zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts vor.

### GmbH & Co. KG

Die GmbH & Co. KG ist steuerrechtlich anders zu bewerten als die GmbH, da sie eine Personengesellschaft und keine Kapitalgesellschaft ist. Sie unterfällt damit nur in Ausnahmefällen dem Körperschaftsteuer- und dem Gewerbesteuerrecht. Umsatzsteuerrechtlich gelten dagegen die vorstehenden Ausführungen zur GmbH grundsätzlich entsprechend. Einen entscheidenden Vorteil bietet die GmbH & Co. KG bei der Grunderwerbsteuer.

## BEISPIEL

### AUSGANGSLAGE

Eine Universitätsstadt steht unter hohem Druck, um weiteren bezahlbaren Wohnraum zu schaffen.

### ZIELE

Die Stadt will möglichst umweltschonend bauen und dazu Baulücken schließen und vorhandene städtische Gebäude aufstocken, um möglichst wenig freie Flächen zu versiegeln. Da der Wohnungsbau in diesen Fällen keine oder nur ganz geringe Gewinne abwirft, will sie diese Ziele der Daseinsvorsorge in einer eigenen Tochtergesellschaft umsetzen. Sie will Baulücken-Grundstücke in die Tochtergesellschaft einbringen und überlegt, ob sie diese Tochtergesellschaft dazu in der Rechtsform einer GmbH oder einer GmbH & Co. KG gründet.

### RECHTSLAGE

Beide Rechtsformen sind zulässig. Um Grunderwerbsteuer zu sparen, ist es sinnvoller, eine GmbH & Co. KG zu gründen.

### Ertragsteuerrecht

Grundsätzlich unterfällt die GmbH & Co. KG nicht der Körperschaftsteuer. Gewinne und Verluste der Gesellschaft werden in der Regel bei den Gesellschaftern steuerlich berücksichtigt und nicht bei der Gesellschaft.

Die Einkünfte sind daher der Trägerkörperschaft zuzurechnen und auf dieser Ebene hinsichtlich der zutreffenden Besteuerung zu bewerten. Erzielt die GmbH & Co. KG Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung führt dies auch auf Ebene der Trägerkörperschaft zu Einkünften aus Vermögensverwaltung, die keinen BgA begründen. Anders wäre dies jedoch, wenn eine Wohnungsbau-GmbH & Co. KG gewerbliche Einkünfte erzielen würde, da dadurch auf Ebene der Trägerkörperschaft insoweit ein körperschaftsteuerpflichtiger BgA begründet würde. Eine Tätigkeit der Vermögensverwaltung liegt vor, wenn die Gesellschaft ihre vermieteten Objekte lediglich verwaltet, vermietet und instand hält, ohne darüber hinausgehende aktive Leistungen zu erbringen, die über das bloße Zurverfügungstellen von Wohnraum hinausgehen.



Quelle: iStock.com\_BrianAJackson

Hinsichtlich des Verlustausgleichs gilt: Bei Personengesellschaften finden die Grundsätze der verdeckten Gewinnausschüttung keine Anwendung, sodass der Verlustausgleich stets als Einlage zu bewerten ist.

Gewerbsteuerrechtlich gilt das zur GmbH Dargelegte entsprechend. Auch die GmbH & Co. KG kann grundsätzlich von der Grundbesitzkürzung nach § 9 GewStG profitieren.

### **Vorsicht!**

*Erzielt die GmbH & Co. KG z. B. Einkünfte aus dem Betrieb von Photovoltaikanlagen oder e-Ladesäulen, kann dies die Einkünfte aus der Vermietung infizieren und zu gewerblichen Einkünften umqualifizieren, für die Körperschaftsteuer anfällt. Um dies zu vermeiden, könnte die Kommune z. B. über Betreiberkonzepte nachdenken.*

### **Umsatzsteuerrecht**

Umsatzsteuerrechtlich ist auf die Ausführungen zur GmbH zu verweisen. Diese gelten für die GmbH & Co. KG entsprechend.

### **Grunderwerbsteuer**

Grundsätzlich unterliegt auch die Übertragung von Grundstücken (Verkauf oder Einbringung) an die GmbH & Co. KG der Grunderwerbsteuer. Allerdings kommt der Befreiungstatbestand des § 6 GrEStG in Betracht. Dieser sieht Ausnahmen von der Grunderwerbsteuer vor, wenn Grundstücke auf eine Gesamthand übertragen werden. Die GmbH & Co. KG als Personengesellschaft ist eine sog. Gesamthandsgemeinschaft. Zu beachten ist jedoch, dass die Nichterhebung der Grunderwerbsteuer auf den Anteil der künftigen Beteiligung an der GmbH & Co. KG begrenzt ist und ausgeschlossen ist, soweit sich die Beteiligung an der GmbH & Co. KG innerhalb von zehn Jahren nach Übertragung der Grundstücke vermindert.

## 4.4 „2-Säulen-Modell“

Will eine Kommune mit ihrem Wohnungsbau Gewinne für den Haushalt erwirtschaften, empfiehlt sich das „2-Säulen-Modell“, das einige Städte und Kommunen bereits erfolgreich umsetzen. Das Modell ist auch dann in Betracht zu ziehen, wenn eine Kommune bereits eine erfolgreiche Wohnungsbaugesellschaft besitzt, die gewinnbringend höherpreisigen Wohnraum realisiert. Will sie ergänzend sozial geförderten und preisgedämpften Wohnraum schaffen, der für die gewerbliche Tochter nicht wirtschaftlich umzusetzen ist, dann ist eine zweite nichtgewerbliche Tochtergesellschaft eine denkbare Lösung.

Das „2-Säulen-Modell“ gibt Kommunen auf der einen Seite die Möglichkeit, mit einer Tochtergesellschaft rechtssicher sozial geförderten und preisgedämpften Wohnraum zu realisieren. Mit einem zweiten Unternehmen kann die Kommune aber auch gewinnbringend und – wenn gewollt – mit einem oder mehreren privaten Partnern gewerblich am Markt tätig sein, um hochpreisigen Wohnraum oder auch gewerbliche Immobilien zu entwickeln und zu vermarkten. Auf diese Weise vermeidet das „2-Säulen-Modell“ vergabe- und beihilferechtliche Risiken, die entstehen, wenn eine Kommune beide Tätigkeitsbereiche in einer Gesellschaft vereint.

Die Zulässigkeit des 2-Säulen-Modell ist insbesondere kommunalrechtlich dezidiert anhand der einschlägigen Gemeindeordnung zu prüfen. Es ist nur dann umsetzbar,

## BEISPIEL

### AUSGANGSLAGE

In einer Stadt gibt es bereits eine erfolgreiche Wohnungsbaugesellschaft, die Gewinne erwirtschaftet und sowohl den freien als auch den sozialen Wohnungsbau erfolgreich vorantreibt.

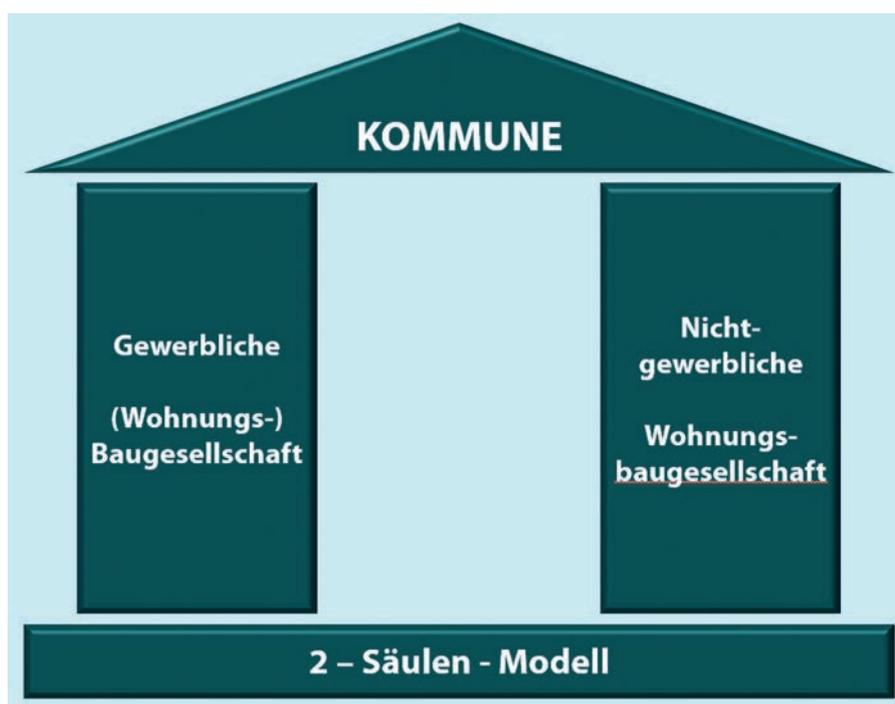
### ZIELE

Die Stadt möchte zusätzlich z. B. in Baulücken weniger wirtschaftliche Wohnungsbauprojekte umsetzen und diese fördern. Sie überlegt, ob sie das mit der vorhandenen Wohnungsbaugesellschaft umsetzen soll.

### RECHTSLAGE

Die Stadt darf die vorhandene Wohnungsbaugesellschaft nicht direkt beauftragen. Sie könnte über das 2-Säulen-Modell neben der auf Gewinnerzielung ausgerichteten Wohnungsbaugesellschaft eine zweite Tochtergesellschaft gründen, die inhousefähig ist, die sie also ohne Vergabeverfahren beauftragen darf.

wenn die Gemeindeordnungen eine gewinnorientierte Tätigkeit der Kommunen grundsätzlich und speziell im Wohnungsbau zulassen.



Das „2-Säulen-Modell“ besteht aus zwei Tochtergesellschaften: Die eine Tochtergesellschaft schafft mithilfe kommunaler Gelder, Kredite und gegebenenfalls auf kommunalen Grundstücken sozial geförderten und preisgedämpften Wohnraum. Sie arbeitet primär ohne Gewinnerzielungsabsicht, darf aber – soweit kommunal- und beihilferechtlich zulässig – auch gewinnbringende Projekte verwirklichen, um den sozialen Wohnungsbau zu refinanzieren.

Die andere Tochtergesellschaft ist dagegen wettbewerbsfähig am Markt tätig. Sie ist auf Gewinnerzielungsabsicht ausgelegt und kann somit hochpreisigen Wohnraum, aber z. B. auch andere Immobilienprojekte gewerblicher Art umsetzen.

Die gewerbliche Tochter, die in der Regel nicht ausschreibungspflichtig ist, kann schnell und effizient gewinnbringende Projekte umsetzen und so einen Beitrag zum städtischen Haushalt erbringen. Sie setzt die Projekte um, die primär darauf abzielen, hochpreisigen Mietwohnraum bzw. Mietraum zu den üblichen Preisen zu entwickeln und zu vermarkten. Dabei kann sie selbstverständlich auch sozial geförderten Wohnraum entwickeln, z. B. im Rahmen der Wohnraumförderungsgesetze. Sie entscheidet aber selbst, wann dies sinnvoll und wirtschaftlich ist. Die Stadt hat keine maßgebliche Kontrolle über die laufende Geschäftstätigkeit. Entsprechend ist diese Tochter auch nicht inhousefähig. Die Stadt kann die Tochtergesellschaft somit nicht „zwingen“, sozial geförderten Wohnraum zu schaffen und für sie unwirtschaftliche Projekte umzusetzen.

Diese Möglichkeit hat sie aber mit der nichtgewerblichen Tochtergesellschaft, die inhousefähig ausgestaltet ist. Diese dient dazu, die unwirtschaftlichen Projekte umzusetzen. In Betracht kommen hier z. B. die Schließung von Baulücken oder die Aufstockung von Bestandsbauten oder ggf. die Umnutzung oder Sanierung denkmalgeschützter Gebäude.

Die rechtlichen Hintergründe und Erwägungen erläutern wir nachstehend:

#### **4.4.1 Kommunalrecht**

Kommunalrechtlich unterfällt die gewerbliche Tochtergesellschaft den besonderen Vorgaben zur wirtschaftlichen Betätigung, da sie gewinnorientiert am Markt tätig wird. Die Gemeindeordnungen der Bundesländer sehen in der Regel drei Hürden für die wirtschaftliche Betätigung von Unter-

nehmen vor: (1) der öffentliche Zweck des Unternehmens, (2) die Leistungsfähigkeit und (3) der Subsidiaritätsgrundsatz<sup>69</sup>:

#### **Öffentlicher Zweck**

Das gemeindliche Verhalten muss einem öffentlichen Zweck dienen, der die Zielrichtung der Aufgabenzuweisung bestimmt. Hier ist die unterschiedliche Rechtslage in den Bundesländern zu beachten. Einige Bundesländer haben festgelegt, dass eine auf Gewinn ausgerichtete Tätigkeit grundsätzlich keinen öffentlichen Zweck erfüllt. Dies sehen insbesondere die Gemeindeordnungen und Kommunalverfassungen der Länder Bayern, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, das Saarland und Sachsen-Anhalt vor.<sup>70</sup> Wie eng diese Vorgabe ist und ob sie im Einzelfall auch gewinnorientierten Wohnungsbau der Kommune verbietet, ist im Zusammenhang mit den weiteren kommunalrechtlichen Regelungen auf Grundlage der konkreten Umstände zu prüfen.

Es sprechen gute Argumente dafür, dass auch in diesen Bundesländern der gewinnorientierte Wohnungsbau zulässig sein kann. Wenn ein Unternehmen nicht ausschließlich auf Gewinnerzielungsabsicht ausgelegt ist, sondern seine Leistungen unmittelbar dem Wohl der Gemeindebürger und insbesondere einem Versorgungsbedarf dienen, lässt sich ein öffentlicher Zweck ggf. begründen. Dies gilt gerade vor dem Hintergrund der derzeitigen schwachen Wohnungslage und zwar nicht nur im sozial geförderten Wohnungssegment.

#### **Leistungsfähigkeit**

Die Leistungsfähigkeit des Unternehmens muss gewährleistet sein. Art und Umfang der Tätigkeit müssen zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf in einem angemessenen Verhältnis stehen. Das ergibt sich aber auch schon aus haushaltsrechtlichen Erwägungen, die die Kommune immer anstellen muss. Im Übrigen darf das Unternehmen nur innerhalb des sachlichen und räumlichen Kompetenzbereiches der Kommune tätig werden.

#### **Subsidiaritätsklausel**

Die Subsidiaritätsklausel ist in allen Gemeindeordnungen in unterschiedlicher Art und Weise vorgesehen. Sie besagt, dass eine wirtschaftliche Beteiligung einer Kommune nur zulässig ist, wenn der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch Private erfüllt werden kann.

<sup>69</sup> Vgl. § 107 Abs. 1 GO NRW, § 102 Abs. 1 GO Baden-Württemberg

<sup>70</sup> Vgl. für Bayern Art. 87 Abs. 1 S. 2 BayGO, für Brandenburg § 91 Abs. 2 Nr. 1 BbgKVVerf, für Mecklenburg-Vorpommern § 68 Abs. 2 S. 2 KV M-V, für das Saarland § 108 Abs. 3 S. 3 KSVG und für Sachsen-Anhalt § 128 Abs. 1 S. 2 KVG LSA; Vgl. für Hamburg § 7 LHO.

In einigen Gemeindeordnungen sind explizite Ausnahmen vom Subsidiaritätsprinzip für Aufgaben der Daseinsvorsorge vorgesehen, z. B. § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO Baden-Württemberg (siehe dazu auch schon unter Ziffer 4.1.1). In NRW gilt die Subsidiaritätsklausel dagegen für alle wirtschaftlichen Tätigkeiten einer Kommune, mit Ausnahme der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs sowie des Betriebs von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Dienstleistungen.

#### 4.4.2 Vergaberecht

Vergaberechtlich ist Vorsicht geboten, wenn eine Kommune gewerbliche Tätigkeiten und nichtgewerbliche Tätigkeiten im Rahmen einer Gesellschaft zusammenführt. Das „2-Säulen-Modell“ bietet vergaberechtlich dagegen Vorteile.

Die gewerbliche, auf Gewinnerzielungsabsicht ausgerichtete Tochtergesellschaft ist in der Regel nicht ausschreibungspflichtig. Sie kann entsprechend schnell und flexibel am Markt agieren, so wie es für ein im Wettbewerb stehendes und auf Gewinn ausgerichtetes Unternehmen erforderlich ist. Dieser Vorteil ginge verloren, wenn die Kommune das Unternehmen daneben mit dem an sich unrentablen sozialen und preisgedämpften Wohnungsbau beauftragt und sogar die daraus folgenden Verluste ausgleichen würde. Dies wäre auch in der Regel gar nicht zulässig, da die gewerbliche Tochter nicht inhousefähig ist. Diesen Vorteil bringt demgegenüber die nicht-wirtschaftliche Tochtergesellschaft mit, die mit dem sozialen Wohnungsbau betraut ist.

#### Keine Ausschreibungspflicht der gewerblichen Tochter

Eine gewerblich tätige Tochtergesellschaft hat den Vorteil, dass sie – anders als ihr nicht-wirtschaftlich tätiges Pendant – grundsätzlich nicht an das Vergaberecht gebunden ist. Sie ist in der Regel kein öffentlicher Auftraggeber.

Die Auftraggebereigenschaft setzt voraus, dass das kommunale Unternehmen nichtgewerblich tätig ist. Indizien für eine gewerbliche Tätigkeit sind – wie bereits unter 4.3.3 dargelegt – die Gewinnerzielungsabsicht, eine wettbewerbliche Preisgestaltung und das Tragen eigener Verluste. Entscheidend ist letztlich, ob das Unternehmen jedenfalls partiell von den üblichen Marktmechanismen entkoppelt ist.

Das kommunale Unternehmen, das hochpreisigen Wohnraum mit Gewinnerzielungsabsicht schafft, bewirtschaftet und vermarktet, ist dies in der Regel nicht. Im Gegenteil: Es steht im Wettbewerb, erwirtschaftet Gewinne und soll seine Verluste

selbst tragen. Entsprechend hat das Unternehmen gegenüber seiner nicht-wirtschaftlich tätigen Schwestergesellschaft den Vorteil, dass sie keine aufwendigen Vergabeverfahren durchführen muss.

Dieser Vorteil ginge verloren, würde die Kommune eine gewerbliche Tochtergesellschaft anweisen, auch den defizitären sozialen Wohnungsbau auf städtischen Flächen zu übernehmen und ggf. sogar die daraus entstehenden Verluste ausgleiche. In diesem Fall würde die Tochtergesellschaft nämlich insgesamt öffentlicher Auftraggeber und müsste auch die Aufträge öffentlich ausschreiben, die sie im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit vergibt. Der gewerbliche Teil des Unternehmens würde durch den nichtgewerblichen Teil „infiziert“.

#### „Infizierungstheorie“ des EuGH

*Die sog. „Infizierungstheorie“ des EuGH besagt, dass ein Unternehmen, das im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrnimmt, selbst dann öffentlicher Auftraggeber ist, wenn es daneben Tätigkeiten ausübt, die nicht im Allgemeininteresse liegen oder gewerblicher Art sind. Welchen Umfang diese Tätigkeiten am Gesamtportfolio des Unternehmens haben, ist dabei unerheblich. Auch nichtgewerbliche Aufgaben von gänzlich untergeordneter Rolle können ein Unternehmen infizieren (EuGH, Urteil v. 15.01.1998, C-360/96; Urteil v. 12.12.2002, C-470/99)*

#### Inhouse-Fähigkeit der nichtgewerblichen Tochter

Die nichtgewerbliche Tochtergesellschaft hat dagegen den Vorteil, dass sie grundsätzlich inhousefähig sein wird. Die Kommune darf sie also unmittelbar mit dem Bau sozial geförderter und preisgedämpfter Wohnungen beauftragen. Entsprechend großen Einfluss hat sie darauf, was die Tochtergesellschaft tut und wie sich der Wohnungsbestand entwickeln soll. Denkbar wäre es auch, die Tochtergesellschaft mit Aufträgen außerhalb der Kernaufgabe zu betrauen, z. B. mit der Bewirtschaftung und Verwaltung der kommunalen Bestandsimmobilien.

Eine gewerbliche Tochtergesellschaft ist dagegen grundsätzlich nicht inhousefähig. Das gilt jedenfalls dann, wenn an ihr auch private Dritter beteiligt sind. Eine solche Beteiligung führt immer dazu, dass die Inhouse-Fähigkeit ausgeschlossen ist.

Besteht keine private Beteiligung an der gewerblichen Tochtergesellschaft, könnte zwar auch die gewerbliche Tochtergesellschaft inhousefähig sein.<sup>71</sup> Allerdings nur, wenn das gewerbliche Tochterunternehmen weit überwiegend (mindestens 80 % ihrer Tätigkeit) Aufgaben erfüllt, mit denen die Kommune es betraut hat und die Kommune die Gesellschaft wie eine eigene Dienststelle kontrolliert. Das wird bei einer gewerblichen Tochtergesellschaft, die ohne kommunale Finanzierung auf dem freien Markt im Wettbewerb tätig ist, häufig nicht der Fall sein. Das Ergebnis – Ausschreibungspflicht nein, Inhouse-Fähigkeit ja – wäre auch ordnungspolitisch kaum vertretbar. Denn dann könnte die Kommune sich durch Inhouse-Aufträge an das wettbewerbliche Unternehmen ihrer eigenen Ausschreibungspflicht entziehen.

### **Vergabe von Aufträgen zwischen den Tochtergesellschaften**

Ist die gewerbliche Tochter nicht inhousefähig gegenüber der Kommune, ist sie es auch nicht gegenüber der nichtgewerblichen kommunalen Tochter. Sie kann also keine Aufträge ohne Vergabeverfahren an die nichtgewerbliche und auch an keine andere kontrollierte Tochtergesellschaft der Kommune vergeben. Andersherum darf aber auch die inhousefähige nichtgewerbliche Tochter in der Regel keine Aufträge an die gewerbliche Tochter ohne Ausschreibung vergeben. Das dürfte sie nur, wenn die Kommune über die gewerbliche Tochter eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübte (sog. Kontrollkriterium). Das heißt, wenn sie ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der gewerblichen Tochter hätte. Ausgeschlossen ist eine Inhouse-Vergabe von der nichtgewerblichen Tochter an die gewerbliche Tochter in jedem Fall, wenn an der nichtgewerblichen Tochter ein privater Dritter beteiligt ist.

Im Einzelfall müssen für eine Inhouse-Vergabe unter den Tochtergesellschaften nach § 108 Abs. 3 GWB folgende Voraussetzungen vorliegen:

- 1.** Die kommunale Tochtergesellschaft, die den Auftrag vergibt, muss öffentlicher Auftraggeber sein.
- 2.** Die kommunale Tochtergesellschaft, die den Auftrag erhält, muss von der Kommune wie eine eigene Tochtergesellschaft kontrolliert werden.
- 3.** An der kommunalen Tochtergesellschaft, die den Auftrag erhält, darf keine private Kapitalbeteiligung bestehen.

### **4.4.3 Beihilferecht**

Vermischt eine Kommune die Tätigkeiten von gewerblichen und nichtgewerblich tätigen Tochtergesellschaften im sozialen Wohnungsbau, kann dies auch zu beihilferechtlichen Problemen führen.

Wie zu den einzelnen Modellen unter Ziffer 4.1 – 4.3 bereits dargelegt, erfordern grundsätzlich alle Modelle für den reinen sozialen Wohnungsbau eine formale beihilferechtliche Betrauung. Denn nur dann darf die Kommune in zulässiger Weise die Einrichtung finanziell stützen, z. B. durch vergünstigte Darlehen oder durch Verlustübernahmen. Die Betrauung sorgt dafür, dass solche Zuwendungen beihilferechtlich als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden. Sie sind dementsprechend von der Anmeldepflicht bei der EU-Kommission befreit.

Natürlich könnte die Kommune auch eine gewerblich tätige Tochter mit der Aufgabe des defizitären sozialen Wohnungsbaus beihilferechtlich betrauen und ihre daraus entstehenden Verluste ausgleichen. Dies würde aber wieder zu dem unerwünschten Ergebnis führen, dass die gewerbliche Tochter vergaberechtlich ausschreibungspflichtig würde. Denn nach der Infizierungstheorie des EuGH (siehe dazu 4.4.2) reicht es für eine Ausschreibungspflicht aus, dass die gewerbliche Tochter auch nur zu einem geringen Anteil nichtgewerbliche Aufgaben ausführt.

### **4.4.4 Steuerrecht**

Die steuerrechtliche Rechtslage ist im „2-Säulen-Modell“ im Einzelfall dezidiert zu prüfen und wird daher hier nicht abschließend dargestellt. Sie ist maßgeblich abhängig von der Ausgangslage, z. B. ob es bereits eine gewerbliche Tochter gibt, ob eine neue geschaffen wird, welche Rechtsform diese hat. Einiges von dem, was zu den Modellen des sozialen Wohnungsbaus dargestellt wurde, ist auch für das „2-Säulen-Modell“ relevant. Zu berücksichtigen ist stets, dass für die Übertragung von Grundstücken auf eine GmbH & Co. KG, anders als bei der GmbH, eine Grunderwerbsteuerbefreiung (§ 6 GrEStG) in Betracht kommen kann, wenn und soweit eine künftige Beteiligung an der sodann grundbesitzenden GmbH & Co. KG vorliegt und beibehalten wird.

<sup>71</sup> Vgl. § 107 Abs. 1 GO NRW, § 102 Abs. 1 GO Baden-Württemberg

# 5 FAZIT UND AUSBLICK

Nach der Lektüre dieser Broschüre bestätigt sich: Für den sozialen Wohnungsbau gibt es kein „One size fits all“-Modell – viel zu individuell sind die Ausgangslagen und die Ziele jeder einzelnen Kommune. Und entsprechend flexibel sind die Gestaltungsmöglichkeiten!

Nur eine genaue Analyse der eigenen Ziele und Gegebenheiten wird Sie dazu in die Lage versetzen, für Ihre Kommune das passende Modell zu wählen.

Die Fragen, die Sie sich als Kommune stellen müssen, haben wir bereits in der Einleitung dieser Broschüre aufgezeigt und verweisen gern darauf. Letztlich geht es immer darum: „Wo stehen Sie?“ und „Wo wollen Sie hin?“. Bei der Beantwortung dieser Fragen kann diese Broschüre Ihnen eine Hilfe sein.

Neben den hier erörterten kommunal-, beihilfe-, vergabe- und steuerrechtlichen Stellschrauben, kommen weitere Aspekte hinzu, wie u.a. haushaltsrechtliche Vorgaben, bauplanungsrechtliche Gegebenheiten, personalrechtliche Implikationen und gegebenenfalls fördermittelrechtliche Anforderungen.

Auch unterscheidet sich die Rechtslage in den Bundesländern im Hinblick auf wesentliche rechtliche Details, z. B. die Haftungsregelungen bei der AöR und die Ausschreibungspflicht unterhalb der EU-Schwellenwerte.

Das zeigt wie komplex im Einzelfall die Entscheidung für ein bestimmtes Modell ist. Zumal ein Vorteil für die eine Kommune einen Nachteil für die andere Kommune darstellen kann, weil zum Beispiel bei einer Kommune keine Fachkräfte vorhanden sind, bei der anderen aber das Know-how eines Eigenbetriebs einzubeziehen ist.

Festzuhalten bleibt: Je mehr politische Kontrolle eine Kommune über ihre Wohnungsbaueinheit ausüben will, desto zweckmäßiger sind die öffentlich-rechtlichen Rechtsformen. Will die Kommune ihrer Wohnungsbaueinheit dagegen ein hohes Maß an unternehmerischer Flexibilität geben, und Ausschreibungen auf das Nötigste begrenzen,

sind die privatrechtlichen Rechtsformen der GmbH oder GmbH & Co. KG eine bedenkenswerte Alternative.

Abschließend fassen wir noch einmal die wesentlichen Aspekte der einzelnen Modelle zusammenfassen:

## **Eigenbetrieb / eigenbetriebsähnliche Einrichtung:**

Der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung ist als Rechtsform in Betracht zu ziehen, wenn die Kommune den politischen Gremien einen hohen Einfluss auf den Wohnungsbau belassen will. Das kann sinnvoll sein, um politische Ziele stringent umzusetzen. Dem steht aber ein geringes Maß an unternehmerischer Flexibilität gegenüber. Das zeigt sich u.a. daran, dass der Eigenbetrieb sowohl unterhalb als auch oberhalb der EU-Schwellenwerte ausschreibungspflichtig ist. Dies ist ein Nachteil auf einem Nachfragemarkt. Öffentliche Auftraggeber konkurrieren derzeit um gute Auftragnehmer, insbesondere um Planer und Bauunternehmer. Diese wiederum schätzen eine partnerschaftliche Zusammenarbeit mit kurzfristigen Entscheidungswegen. Es ist derzeit auch nicht davon auszugehen, dass sich diese Marktlage kurzfristig ändert.

## **Anstalt des öffentlichen Rechts:**

Die AöR steht hinsichtlich Kontrolle und Flexibilität zwischen dem Eigenbetrieb / der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung und den privatrechtlichen Rechtsformen. Durch die Gestaltung der Unternehmenssatzung kann die Kommune eine relativ gute Balance zwischen diesen beiden Polen schaffen. Dennoch ist durch den – jedenfalls in NRW – zwingenden Verwaltungsrat, die Kontrolle der Kommune grundsätzlich noch stärker ausgebildet als bei der GmbH und GmbH & Co. KG. Soweit die AöR nach den landesrechtlichen Vorschriften sowohl oberhalb als auch unterhalb der EU-Schwellenwerte ausschreibungspflichtig ist, steht auch dies der unternehmerischen Flexibilität des Unternehmens entgegen. Wirtschaftlich muss die Kommune berücksichtigen, dass sie in einigen Bundesländern (z. B. NRW) für die Verbindlichkeiten der AöR vollumfänglich haftet, wenn auch nur nachrangig.

## GmbH / GmbH & Co. KG:

Die GmbH / GmbH & Co. KG als privatrechtliche Rechtsformen bieten den Kommunen die weitgehendsten Möglichkeiten, unternehmerische Flexibilität ihres Wohnungsbauunternehmens herzustellen. Da die Regelungen des GmbH-Gesetzes und des HGB weitgehend dispositiv sind, haben die Kommunen große Freiheiten bei der Gestaltung der Gesellschaftsverträge und damit der Verteilung der Kontroll- und Entscheidungsbefugnisse. Ein Aufsichtsrat ist nach dem GmbH-Gesetz in der Regel nicht zwingend. Verzichtet eine Kommune auf diesen Aufsichtsrat, stellt sie ein größeres Maß an unternehmerischer Freiheit her, da dies die politische Kontrolle einschränkt.

Unternehmerisch flexibler als der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung und der AöR ist die Gesellschaft auch dadurch, dass sie – jedenfalls in einem Teil der Bundesländer – unterhalb der EU-Schwellenwerte nicht ausschreibungspflichtig ist.

## „2-Säulen-Modell“:

Das „2-Säulen-Modell“ kommt insbesondere in Frage, wenn eine Kommune bereits eine Wohnungsbaugesellschaft hat, die Gewinne erwirtschaftet. Um die gewerbliche Tochter nicht beihilferechtlichen und vergaberechtlichen Risiken auszusetzen, sollte die Kommune sie nicht zusätzlich mit unwirtschaftlichen Aufgaben der Daseinsvorsorge/ Aufgaben der Daseinsvorsorge, sofern diese unwirtschaftlich sind, beauftragen. Die gewerbliche Tochter könnte dadurch ausschreibungspflichtig werden. Nach der Infizierungstheorie des EuGH ist für eine Ausschreibungspflicht ausreichend, wenn die Gesellschaft auch nur zu einem geringen Anteil nichtgewerbliche Aufgaben ausübt. Auch beihilferechtlich wäre die Beauftragung der gewerblichen Tochter mit Aufgaben der Daseinsvorsorge kritisch, wenn die Kommune die Verluste aus dem sozial geförderten und preisgedämpften Wohnungsbau ausgleicht. In diesem Fall ist über eine Betrauung nachzudenken.

Beihilferechtlich sind die ersten drei Modelle ähnlich zu behandeln. Sowohl die AöR, als auch der Eigenbetrieb / die eigenbetriebsähnliche Einrichtung und GmbH / GmbH

& Co. KG gelten als Unternehmen im beihilferechtlichen Sinne. Verschafft die Kommune der Wohnungsbaueinheit einen wirtschaftlichen Vorteil, liegt zunächst eine unzulässige Beihilfe vor. Im Bereich des sozial geförderten und preisgedämpften Wohnungsbau ohne primäre Gewinnerzielungsabsicht kann dies aber durch eine beihilferechtliche Betrauung aufgelöst werden.

Sicherlich wird sich in den nächsten Jahren einiges im Bereich des kommunalen Wohnungsbau tun. Allein die Gesetzesinitiative zur Wiedereinführung der Wohnungsgemeinnützigkeit könnte hier wesentliche Änderungen herbeiführen. Wir bleiben – ebenso wie Sie – gespannt auf die weitere Entwicklung.

Im Anhang finden Sie noch eine Übersicht der Vor- und Nachteile der besprochenen Modelle für den sozial geförderten und preisgedämpften Wohnungsbau.

Zum Schluss eine Bitte an Sie: Wir würden diese Broschüre gern fortführen und in der nächsten Auflage Ihre Fragen und Beispielfälle mit allen übrigen Interessierten teilen. Zögern Sie nicht uns zu kontaktieren, damit wir gemeinsam diese Broschüre weiterentwickeln und zu einem noch praxisgerechteren Leitfaden weiter entwickeln können. Wir freuen uns über jede Rückmeldung.

Organisationsform	Kontrolle	Unternehmerische Flexibilität	Haftung	Ausschreibungspflicht	Inhousefähigkeit
<b>Eigenbetrieb / Eigenbetriebsähnliche Einrichtung</b>	Hohes Maß an Kontrolle aufgrund der organisatorischen Einbindung in die Kommune	Eingeschränkte Flexibilität aufgrund sehr enger Verzahnung mit den kommunalen Organen und dadurch teilweise unklarer Kompetenzverteilung	Nachrangig, aber vollumfänglich	Ober- und unterhalb der EU-Schwellenwerte	Nicht erforderlich. Der Eigenbetrieb ist rechtlich unselbstständiger Teil der Kommune und kann ohne Weiteres Handlungsanweisungen der Kommune erhalten.
<b>AöR</b>	Hoßes Maß an Kontrolle möglich, abhängig von der konkreten Ausgestaltung der Betriebsatzung	Hohes Maß an unternehmerischer Flexibilität, abhängig von der konkreten Ausgestaltung der Betriebsatzung.	Nachrangig, aber vollumfänglich	Ab Erreichen und Unterhalb der EU-Schwellenwerte. Unterhalb der EU-Schwellenwerte, soweit sie hoheitliche Aufgaben ausführt oder sich per Satzung selbst an das Vergaberecht gebunden hat	In der Regel gegeben.
<b>Nicht-gewerbliche GmbH</b>	Weitgehende Kontrollmöglichkeiten aufgrund alleiniger Gesellschafterstellung und passgenauer Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags.	Hohe unternehmerische Flexibilität, abhängig von konkreter Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags	Beschränkt auf Einlage	Nur oberhalb der EU-Schwellenwerte	In der Regel gegeben.
<b>Nicht-gewerbliche GmbH &amp; Co. KG</b>	Weitgehende Kontrollmöglichkeiten aufgrund alleiniger Gesellschafterstellung und passgenauer Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge	Hohe unternehmerische Flexibilität wegen klarer Kompetenzverteilung, abhängig von konkreter Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge.	Beschränkt auf Einlagen	Nur oberhalb der EU-Schwellenwerte	In der Regel gegeben.
<b>2-Säulen Modell</b>					
<b>Gewerbliche Tochtergesellschaft</b>	Weitgehende Kontrollmöglichkeiten aufgrund alleiniger Gesellschafterstellung und passgenauer Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge	Hohe unternehmerische Flexibilität, abhängig von konkreter Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags	Beschränkt auf Einlage	In der Regel weder oberhalb noch unterhalb der EU-Schwellenwerte.	In der Regel nicht gegeben.
<b>Nicht-gewerbliche Tochtergesellschaft</b>	Weitgehende Kontrollmöglichkeiten aufgrund alleiniger Gesellschafterstellung und passgenauer Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge	Hohe unternehmerische Flexibilität wegen klarer Kompetenzverteilung, abhängig von konkreter Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags	Beschränkt auf Einlage	Nur oberhalb der EU-Schwellenwerte	In der Regel gegeben.

Organisationsform	Beihilferechtliche Betrauung	Kommunalrechtliche Zulässigkeit der Grundstücksübertragung	Ertragsteuer	Umsatzsteuer	Grunderwerbsteuer
Eigenbetrieb / Eigenbetriebsähnliche Einrichtung	Erforderlich	Keine "echte" Grundstücksübertragung. Grundstück wechselt nicht den Rechtsträger	Keine, wenn lediglich Vermögensverwaltung	Grundsatz: Umsatzsteuerpflichtig. Bautätigkeit und Vermietung für Wohnzwecke aber nicht umsatzsteuerpflichtig. Daher kein Vorsteuerabzug für Bauleistungen möglich.	Keine, da keine Übertragung stattfindet.
AöR	Erforderlich	Zulässig zum vollen Wert. In Ausnahmefällen auch unter Wert.	Keine, wenn lediglich Vermögensverwaltung	Grundsatz: Umsatzsteuerpflichtig. Bautätigkeit und Vermietung für Wohnzwecke aber nicht umsatzsteuerpflichtig. Daher kein Vorsteuerabzug für Bauleistungen möglich.	Fällt an.
Nicht-gewerbliche GmbH	Erforderlich	Zulässig zum vollen Wert.. In Ausnahmefällen auch unter Wert.	Körperschaft- und Gewerbesteuer fällt an. Ggf. Gewerbesteuerkürzung bei der Vermietung nach § 9 Nr. 1 GewStG	Grundsatz: Umsatzsteuerpflichtig. Bautätigkeit und Vermietung für Wohnzwecke aber nicht umsatzsteuerpflichtig. Daher auch kein Vorsteuerabzug für Bauleistungen möglich. Übertragung der Grundstücke umsatzsteuerfrei.	Fällt an.
Nicht-gewerbliche GmbH & Co. KG	Erforderlich	Zulässig zum vollen Wert. In Ausnahmefällen auch unter Wert.	Keine, wenn Ausgestaltung als vermögensverwaltende Gesellschaft	Grundsatz: Umsatzsteuerpflichtig. Bautätigkeit und Vermietung für Wohnzwecke aber nicht umsatzsteuerpflichtig. Daher auch kein Vorsteuerabzug für Bauleistungen möglich. Übertragung der Grundstücke umsatzsteuerfrei.	Befreiung von der Grunderwerbssteuer
<b>2-Säulen Modell</b>					
Gewerbliche Tochtergesellschaft	Nicht erforderlich.	Zulässig zum vollen Wert. In Ausnahmefällen auch unter Wert.	Abhängig von der Rechtsform: <b>GmbH:</b> Grundsätzlich fällt Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer an. Aber ggf. Gewerbesteuerkürzung nach § 9 Nr. 1 GewStG <b>GmbH &amp; Co. KG:</b> Keine, wenn Ausgestaltung als vermögensverwaltende Gesellschaft	Grundsatz: Umsatzsteuerpflichtig. Bautätigkeit und Vermietung für Wohnzwecke aber nicht umsatzsteuerpflichtig. Daher auch kein Vorsteuerabzug für Bauleistungen möglich. Übertragung der Grundstücke umsatzsteuerfrei.	Abhängig von der Rechtsform: <b>GmbH:</b> Fällt an. <b>GmbH &amp; Co. KG:</b> Befreiung von der Grunderwerbsteuer
Nicht-gewerbliche Tochtergesellschaft	Erforderlich	Zulässig zum vollen Wert.. In Ausnahmefällen auch unter Wert.	Abhängig von der Rechtsform: <b>GmbH:</b> Grundsätzlich fällt Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer an. Aber ggf. Gewerbesteuerkürzung nach § 9 Nr. 1 GewStG <b>GmbH &amp; Co. KG:</b> Keine, wenn Ausgestaltung als vermögensverwaltende Gesellschaft	Grundsatz: Umsatzsteuerpflichtig. Bautätigkeit und Vermietung für Wohnzwecke aber nicht umsatzsteuerpflichtig. Daher auch kein Vorsteuerabzug für Bauleistungen möglich. Übertragung der Grundstücke umsatzsteuerfrei.	Abhängig von der Rechtsform: <b>GmbH:</b> Fällt an. <b>GmbH &amp; Co. KG:</b> Befreiung von der Grunderwerbsteuer

## BISHER IN DIESER REIHE ERSCHIENEN

<b>No. 171</b>	Klimafolgenanpassung in der Bauleitplanung	05/2023
<b>No. 170</b>	Nachhaltigkeit in der Wirtschaftsförderung	04/2023
<b>No. 169</b>	Klimaschutz und Klimaanpassung	10/2022
<b>No. 168</b>	Bewegung in der Stadt	09/2022
<b>No. 167</b>	Das neue Baulandmobilisierungsgesetz	04/2022
<b>No. 166</b>	Hitze, Trockenheit und Starkregen	01/2022
<b>No. 165</b>	Wasserstoff im kommunalen Einsatz	12/2021
<b>No. 164</b>	Friedhöfe im Wandel der Zeit	12/2021
<b>No. 163</b>	Auslaufende Konzessionsverträge	09/2021
<b>No. 162</b>	Bevölkerungsschutz in Städten und Gemeinden	08/2021
<b>No. 161</b>	Bundeswehr und Kommunen	08/2021
<b>No. 160</b>	Kommunale Außenbeleuchtung – draußen wird es digital	08/2021
<b>No. 159</b>	Freibäder in Kommunen	07/2021
<b>No. 158</b>	Förderung des Radverkehrs in Städten + Gemeinden	04/2021
<b>No. 157</b>	Kommunen innovativ	11/2020
<b>No. 156</b>	Infobaukasten Mobilfunk	10/2020
<b>No. 155</b>	Insektenfreundliche Kommune	10/2020
<b>No. 154</b>	Deutsche und Türkische Integrationskonzepte in KommunenIntegration als gesamtgesellschaftlicher Auftrag	09/2020
<b>No. 153</b>	Kommunen gestalten Ernährung – Neue Handlungsfelder nachhaltiger Stadtentwicklung	1/2020
<b>No. 152</b>	Einsatz von Gasbussen im ÖPNV – Ein Beitrag zum Klimaschutz und zur Luftreinhaltung	9/2019
<b>No. 151</b>	EU-Beihilfenrecht in der kommunalen Praxis	6/2019
<b>No. 150</b>	Vielfalt leben – Anregungen und Praxisbeispiele für das Älterwerden und Teilhaben im Quartier	3/2019
<b>No. 149</b>	Wasser in der Stadt – Planungsinstrumente, Risikomanagementsysteme und Entwicklungskonzepte aus der BMBF-Fördermaßnahme ReWaM	1/2019
<b>No. 148</b>	Mobilfunk – Gestern-Heute-Morgen	6/2018
<b>No. 147</b>	Bezahlbaren Wohnraum schaffen – Kommunale Instrumente der Baulandmobilisierung	3/2018
<b>No. 146</b>	Genossenschaften und Kommunen – Erfolgreiche Partnerschaften	1/2018

Diese und frühere Dokumentationen stehen im Internet unter [www.dstgb.de](http://www.dstgb.de) > Publikationen zum Download zur Verfügung.



Marienstraße 6 · 12207 Berlin  
Telefon 030 77307-0  
Telefax 030 77307-200  
birgit.pointinger@dstgb.de  
www.dstgb.de