

Kommunales Wohnraumförderungsprogramm KommWFP

Handreichung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr für die Gemeinden zur Schaffung von Mietwohnraum in Bayern

Stand: 25.07.2016

I.

Förderrechtliche Hinweise

Eine Handreichung mit förderrechtlichen Hinweisen steht im Internetangebot des Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr zur Verfügung
ter: <http://www.innenministerium.bayern.de/buw/wohnen/wohnungspakt/wohnraumfoerderung/index.php>

II.

Vergaberechtliche Hinweise

1. Rechtliche Ausgangssituation

Bestandteil des Zuwendungsbescheides an die Gemeinde nach dem KommWFP sind die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften (ANBest-K). Nach Nummer 3.1 ANBest-K sind bei der Vergabe von Aufträgen zur Erfüllung des Zuwendungszwecks die Vergabegrundsätze anzuwenden, die das Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat auf Grund des § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik bekanntgegeben hat. Weitergehende Bestimmungen, die den Zuwendungsempfänger zur Anwendung von Vergabevorschriften verpflichten, bleiben unberührt.

Ebenso wie bei anderen gemeindlichen Projekten müssen die Gemeinden damit – ausgehend von den konkreten Umständen des Einzelfalls – folgen-

de Regelungen zur Vergabe beachten, bevor sie einen Auftrag, Mietwohnraum zu erstellen, erteilen:

- Bei Auftragswerten **unterhalb der EU-Schwellenwerte**¹ muss der Auftragserteilung nach § 31 Abs. 1 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 1 KommHV-Doppik eine öffentliche Ausschreibung vorangehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen. Bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen kann davon ausgegangen werden, dass der Ausnahmetatbestand für eine freihändige Vergabe in der Regel erfüllt ist. Auch bei der freihändigen Vergabe sind aber grundsätzlich Vergleichsangebote einzuholen. Bei der Vergabe von Bauleistungen sind die Kommunen zur Beachtung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) verpflichtet. Einzelheiten ergeben sich aus der Bekanntmachung des Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr zur „Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich“ in der jeweils geltenden Fassung.

- Bei Auftragswerten **ab Erreichen der EU-Schwellenwerte**¹ müssen die Gemeinden die bundesrechtlichen Vergabevorschriften beachten. Für Maßnahmen des Sozialen Wohnungsbaus sind nach der Vergaberechtsreform 2016 insbesondere der Vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17.02.2016 und die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) in der Fassung des Artikels 1 der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModVO) vom 12.04.2016, BGBl. I S. 624, oder gegebenenfalls die Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung – KonzVgV) in der Fassung des Artikels 3 der VergRModVO einschlägig. Bei Baumaßnahmen ist außerdem der Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Januar 2016 zu beachten.

¹ Ab 01.01.2016: Bauaufträge: 5.225.000 €, Dienstleistungsaufträge: 209.000 €
ab 18.04.2016: Bau- und Dienstleistungskonzessionen: 5.225.000 € - jeweils ohne Umsatzsteuer

- Umfasst der Auftrag im konkreten Fall nicht nur die Schaffung von Wohnraum durch entsprechende Baumaßnahmen, sondern auch Dienstleistungen beispielsweise im Zusammenhang mit der Belegung und/oder Bewirtschaftung der Wohnungen, ist Folgendes zu beachten:
 - Bei der Schätzung des Auftragswertes ist vom Gesamtwert aller Leistungen (ohne Umsatzsteuer) auszugehen. Dabei ist auch die Laufzeit der Vereinbarungen zu berücksichtigen (§ 3 VgV).
 - Welche vergaberechtlichen Vorschriften im Einzelnen zu beachten sind, richtet sich nach dem Hauptgegenstand des Auftrags (§ 110 Abs. 1 GWB).

- Eine Bau- oder Dienstleistungskonzession liegt vor, wenn bei der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks beziehungsweise der Verwertung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Der Unterschied zu Bau- oder Dienstleistungsaufträgen besteht darin, dass das Betriebsrisiko auf den Konzessionsnehmer übergeht.

- Generell nicht vom Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst sind die Pacht oder der Kauf von Grundstücken (§ 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Dies gilt auch für den Kauf oder die Miete von vorhandenen Gebäuden, sofern diese im Vorfeld nicht nach den Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers erstellt worden sind, das heißt, dieser nicht einen entscheidenden Einfluss auf die bauliche Konzeption hatte.

2. Konkrete Fallkonstellationen

Nachfolgend werden vergaberechtliche Hinweise zu möglichen konkreten Fallkonstellationen gegeben. Sie erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Die Gemeinde ist als öffentlicher Auftraggeber verantwortlich, die Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Bestimmungen anhand des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen. Die zuständigen Aufsichtsbehörden beraten die Gemeinden bei Bedarf. Änderungen aufgrund eventueller künftiger Entwick-

lungen in der Rechtsprechung bleiben vorbehalten.

Die Ausführungen gelten gleichermaßen für die Beauftragung mit Bau- oder mit Dienstleistungen (z.B. Belegung, Bewirtschaftung der Wohnungen).

Unzulässig sind Konstruktionen, die lediglich gewählt werden, um Vergaberecht zu umgehen. Eine Umgehung liegt beispielsweise nahe, wenn - ohne Anwendung des Vergaberechts - ein kommunales Unternehmen eingebunden werden soll, das zur Erledigung der ihm übertragenen Aufgaben selbst keine Leistungen erbringt, sondern diese ausnahmslos – ebenfalls ohne Anwendung des Vergaberechts - an Dritte weitervergibt. Auch die Gründung eines Unternehmens ausschließlich zum Zweck der baulichen Realisierung eines einzigen Wohnungsprojektes könnte eine Umgehung des Vergaberechts bedeuten. Sofern in solchen Fällen keine objektiven, sachlichen Gründe für die Einbindung des kommunalen Unternehmens hinzutreten, die sorgfältig zu dokumentieren sind, ist sie nicht zulässig.

2.1. Einbindung kommunaler Unternehmen

2.1.1. Vergabe eines Auftrags an ein bestehendes kommunales Wohnungsbaunternehmen

Bei einem Auftrag an ein kommunales Unternehmen in öffentlicher oder privater Rechtsform, an dem die Gemeinde allein oder gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern beteiligt ist, kann die vergaberechtliche Prüfung zu dem Ergebnis führen, dass Vergaberecht nicht anwendbar ist (§ 108 Abs. 1 bis 5 GWB). Voraussetzung ist, dass die folgenden Kriterien für eine Inhouse-Vergabe (kumulativ) erfüllt sind:

- Die Gemeinde übt allein oder gemeinsam mit den anderen öffentlichen Auftraggebern eine ähnliche Kontrolle über das Unternehmen aus wie über ihre eigenen Dienststellen (Kontrollkriterium).
- Mehr als 80 % der Tätigkeiten des Unternehmens dienen der Ausführung von Aufgaben, mit denen es von den kontrollierenden öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von ihnen kontrolliert wird, betraut wurde (Wesentlichkeitskriterium).

➤ Es besteht keine private Kapitalbeteiligung an dem Unternehmen.

• Allgemeine Hinweise zum Kontrollkriterium:

Nach § 108 Abs. 2, Abs. 5 Nr. 2 GWB wird eine ausreichende Kontrolle vermutet, wenn die Gemeinde allein oder gemeinsam mit den anderen öffentlichen Auftraggebern einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen des Unternehmens ausübt.

Sind an dem Unternehmen mehrere öffentliche Auftraggeber beteiligt, setzt eine ausreichende gemeinsame Kontrolle außerdem voraus, dass sich die beschlussfassenden Organe des Unternehmens aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen. Ein einzelner Vertreter kann mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten (§ 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB). Außerdem darf das Unternehmen keine Interessen verfolgen, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen (§ 108 Abs. 5 Nr. 3 GWB).

• Allgemeine Hinweise zum Wesentlichkeitskriterium:

Maßgeblich ist der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor der Auftragsvergabe oder ein anderer geeigneter tätigkeitsgestützter Wert. Mieteinnahmen, die das Unternehmen im Rahmen der ihm von der Gemeinde übertragenen Aufgaben im öffentlich geförderten Wohnungsbau erzielt, können bei Ermittlung der Quote nach der Rechtsauffassung des Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr berücksichtigt werden. Als geeigneter tätigkeitsgestützter Wert können zum Beispiel auch die Kosten herangezogen werden, die dem Unternehmen oder dem öffentlichen Auftraggeber in diesem Zeitraum in Bezug auf Bau- oder Dienstleistungen entstanden sind (§ 108 Abs. 7 GWB).

Bei der Prüfung, ob die zur Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums erforderliche Quote erreicht wird, können alle Aufgaben einbezogen werden, mit denen das Unternehmen von den beteiligten öffentlichen Auftraggebern

betrachtet wurde. In Fällen, in denen sich die Aufgaben des Unternehmens nicht auf den Wohnungsbau beschränken, genügt es, dass 80 % aller Tätigkeiten für die öffentlichen Auftraggeber ausgeführt werden.

- Praxisbeispiele

Hinweis: Die nachstehenden Beispiele gehen nur auf einzelne Aspekte ein. In jedem Fall ist zu prüfen, ob **alle** Inhouse-Kriterien erfüllt sind.

Auftragsvergabe der Gemeinde an eine kommunale GmbH, an der auch eine **Sparkasse** beteiligt ist

Die Beteiligung einer Sparkasse an einem kommunalen Wohnungsbaun-ternehmen führt nicht zu einer privaten Kapitalbeteiligung, die eine In-house-Vergabe ausschließen würde. Sparkassen sind Anstalten des öffentlichen Rechts, an denen keine privaten Träger beteiligt sind (Art. 1 Sparkassengesetz – SpkG). Zwar werden sie nicht durch ihre Träger finanziert, sondern durch die Anlagen ihrer (privaten) Kunden. Deswegen kann aber nicht bereits von einer inhouse-schädlichen Einbindung privaten Kapitals in die Wohnungsbaun-ternehmen ausgegangen werden.

Die Sparkasse ist kein öffentlicher Auftraggeber. Daher ist im Einzelfall besonders darauf zu achten, dass die Beteiligung der Sparkasse nicht dazu führt, dass die Gemeinden – gegebenenfalls gemeinsam mit weiteren beteiligten öffentlichen Auftraggebern - über das Unternehmen keine ausreichende Kontrolle mehr haben² oder das Unternehmen nicht mehr wesentlich für die kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber tätig ist.

Auftragsvergabe der Gemeinde an eine kommunale GmbH, an der eine **Stiftung** beteiligt ist

Die Beteiligung einer Stiftung an einem kommunalen Wohnungsbaun-ternehmen ist nicht generell inhouse-schädlich. Hier kommt es auf die konkrete Konstellation im Einzelfall an.

² Dies wäre beispielsweise bei einer Mehrheitsbeteiligung der Sparkasse der Fall.

Beispiel: Bei der Beteiligung einer **Katholischen Kirchenstiftung** an einem kommunalen Unternehmen kann nicht von einer inhouse-schädlichen Einbindung privaten Kapitals ausgegangen werden. Katholische Kirchenstiftungen sind rechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts, die ausschließlich oder überwiegend kirchlichen Zwecken der katholischen Kirche dienen und deren Vermögen wirtschaftlich der Kirche zuzuordnen ist. Sofern die übrigen Kriterien erfüllt sind, ist eine ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe daher möglich.³

Auftragsvergabe an eine kommunale GmbH, an der eine **Genossenschaft** beteiligt ist

Eine Inhouse-Vergabe an gemeinsame Unternehmen von Gemeinden und (Bau-)Genossenschaften ist in der Regel nicht möglich, da an Genossenschaften regelmäßig auch privates Kapital beteiligt ist.

2.1.2. Gründung eines kommunalen Wohnungsbauunternehmens in Privatrechtsform zum Zwecke des Sozialen Wohnungsbaus im Rahmen des KommWFP

Die Gründung eines kommunalen Wohnungsbauunternehmens ist in der Regel kein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang, sondern ein nicht vergaberechtsrelevanter Organisationsakt. Bei der Gründung einer Beteiligungsgesellschaft mit privaten Partnern weist die EU-Kommission in ihrer Mitteilung vom 05.02.2008 zu Institutionalisierten Öffentlich-Privaten Partnerschaften (IÖPP) allerdings darauf hin, dass bei der Auswahl des privaten Partners ein faires und transparentes Verfahren durchzuführen ist. Bringt bereits die Gründung der Gesellschaft die Übertragung eines öffentlichen Auftrags mit sich, der in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt, so richtet sich das Verfahren für die Auswahl des privaten Partners nach den einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen.

Grundsätzlich gilt dies zwar auch, wenn es sich bei dem Partner um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt. Wenn aber das Unterneh-

³ Inwieweit eine Einbindung kirchenrechtlich zulässig ist, wäre von der zuständigen kirchlichen Stiftungsaufsicht zu beurteilen.

men im Gesellschaftsvertrag so ausgestaltet ist, dass eine Inhouse-Konstruktion vorliegt, fällt ein ihm übertragener öffentlicher Auftrag gerade nicht unter den Anwendungsbereich der europäischen Vergaberichtlinien, so dass sich für den der Gesellschaft übertragenen Auftrag keine Ausschreibungspflicht ergibt. Daher finden in diesem Fall auch bei der Auswahl eines Partners in öffentlich-rechtlicher Rechtsform vergaberechtliche Kriterien keine Anwendung. Die Ausführungen unter Ziffer 2.1.1 zu den Voraussetzungen einer zulässigen Inhouse-Vergabe gelten entsprechend.

2.1.3. Übertragung der Aufgabe der Schaffung von Mietwohnraum im Rahmen des KommWFP auf ein bestehendes kommunales Wohnungsbaunternehmen (Kommunalunternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts)

Erteilt die Gemeinde an ihr Unternehmen⁴ keinen Auftrag zur Durchführung einer einzelnen Maßnahme, sondern überträgt sie ihm die Aufgabe einschließlich der zur Erledigung erforderlichen Befugnisse, ohne sich eigene Entscheidungskompetenzen im Zusammenhang mit der Realisierung des konkreten Projektes des Sozialen Wohnungsbaus vorzubehalten, so liegt von vornherein kein ausschreibungspflichtiger Vorgang mit Beschaffungscharakter vor. Vielmehr handelt es sich um einen Organisationsakt, der nicht vom Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst ist. Dies kann allerdings nur für eine Aufgabenübertragung auf ein Kommunalunternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts gelten, da nur hier kommunalrechtlich die Übertragung von Aufgaben und Befugnissen mit befreiender Wirkung für die Gemeinde möglich ist. Für Unternehmen in Privatrechtsform gelten die Ausführungen in Ziffer 2.1.2.

2.2. Anwendung des Vergaberechts durch das kommunale Wohnungsbaunternehmen

Unterhalb der EU-Schwellenwerte sind kommunale Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit nicht an die vergaberechtlichen Bestimmungen gebunden, die sich aus dem kommunalen Haushaltsrecht ergeben. Dies gilt

⁴ Gleiches gilt für eine Aufgabenübertragung an einen Zweckverband.

sowohl für Unternehmen in privater Rechtsform (insb. GmbHs) als auch für Kommunalunternehmen als Anstalten des öffentlichen Rechts.

Die Gemeinde ist bei Erteilung eines Bauauftrags an ihr kommunales Unternehmen vergaberechtlich nicht verpflichtet, die sich aus den ANBest-K ergebende förderrechtliche Auflage zur Einhaltung der Vergabegrundsätze an das Unternehmen weiterzugeben. Dies gilt auch dann, wenn sie den Bauauftrag als zulässige Inhouse-Vergabe ohne Ausschreibung vergeben hat. Die erforderliche Anwendung der Vergabegrundsätze durch die Gemeinde kann auch dazu führen, dass sie mit der Inhouse-Vergabe eine dort vorgesehene Ausnahme in Anspruch nimmt. Damit ist auch die förderrechtliche Auflage, Vergabegrundsätze einzuhalten, insoweit erfüllt.

Auch für kommunale Unternehmen gelten unterhalb der Schwelle aber die aus den primärrechtlichen Vorgaben des EU-Vertrags abgeleiteten Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung. Demnach sind bei der Auftragsvergabe ein angemessener Grad von Öffentlichkeit und Dokumentation sowie ein diskriminierungsfreies Vorgehen erforderlich.

Außerdem sollen Gemeinden ihre Gesellschafterrechte in Unternehmen des privaten Rechts, auf die sie bestimmenden Einfluss nehmen können, so ausüben, dass bei der Vergabe von Aufträgen die Grundsätze des fairen Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung beachtet und die Belange des Mittelstandes berücksichtigt werden (Art. 18 Abs. 5 MfG).

Ab Erreichen der EU-Schwellenwerte sind kommunal beherrschte Wohnungsbauunternehmen und Kommunalunternehmen als Anstalten des öffentlichen Rechts als öffentliche Auftraggeber ihrerseits an die Einhaltung der Vergabebestimmungen, insbesondere der VOB/A gebunden.

2.3. Vereinbarung einer Kooperation mit anderen öffentlichen Stellen

Eine Vereinbarung zwischen einer Gemeinde und einem oder mehreren weiteren öffentlichen Auftraggebern kann in bestimmten Fällen auch dann ohne Anwendung des Vergaberechts geschlossen werden, wenn keine Inhouse-Konstruktion vorliegt (§ 108 Abs. 6 GWB).

Dies setzt Folgendes voraus:

- Es muss eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt werden, mit der sichergestellt wird, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen zur Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden.
- Die Zusammenarbeit muss ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt sein. Dies gilt auch für etwaige Finanztransfers zwischen den Beteiligten.
- Falls die öffentlichen Auftraggeber darüber hinaus die Tätigkeiten, die von dieser Zusammenarbeit erfasst sind, auch auf dem Markt erbringen, muss diese Marktleistung weniger als 20 % ausmachen.⁵

- Allgemeine Hinweise zu möglichen Kooperationspartnern

Kooperationspartner können nur öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nrn. 1 bis 3 GWB sein, das heißt:

- ✓ Gebietskörperschaften und ihre Sondervermögen (§ 99 Nr. 1 GWB);
- ✓ juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen und die von der öffentlichen Hand beherrscht werden (§ 99 Nr. 2 GWB);
- ✓ Verbände, deren Mitglieder unter § 99 Nr. 1 oder 2 GWB fallen (§ 99 Nr. 3 GWB)

Unerheblich ist, ob an den öffentlichen Auftraggebern eine private Kapitalbeteiligung besteht.

- Allgemeine Hinweise zu möglichen Inhalten der Kooperation

Grundsätzlich kann die Schaffung, Belegung und Bewirtschaftung von günstigem Mietwohnraum Gegenstand einer solchen Zusammenarbeit

⁵ Bei der Bestimmung dieses prozentualen Anteils gelten dieselben Grundsätze wie unter Ziffer 2.1.1 zum Wesentlichkeitskriterium bei der Inhouse-Vergabe beschrieben.

sein. Gegenstand der Kooperation können grundsätzlich alle Arten von Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Ausführung der Leistungen in der Zuständigkeit der teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber sein. Ob Vergaberecht zur Anwendung kommt, hängt aber wesentlich vom Inhalt der konkreten Vereinbarung an.

Die Zusammenarbeit muss auf einem kooperativen Konzept beruhen. Dies erfordert jedoch nicht, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Leistung zu erbringen (beispielsweise kann der Beitrag der Gemeinde in der Bereitstellung des Grundstücks bestehen).

- Praxisbeispiele

Vorausgesetzt, dass alle unter Ziffer 2.3 genannten Kriterien erfüllt sind, können beispielsweise **kommunale oder kommunal verwaltete Stiftungen** mögliche Kooperationspartner der Gemeinden sein, wenn sie aufgrund ihrer konkreten Konstruktion öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB sind.

Dagegen findet eine Kooperation zwischen Gemeinden und **Sparkassen** nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 108 Abs. 6 GWB, da Sparkassen keine öffentlichen Auftraggeber sind.

2.4. Ersterwerb eines bereits errichteten, noch nicht zu Wohnzwecken genutzten Wohngebäudes

Ein solcher Ersterwerb unterliegt (nur) dann nicht dem Vergaberecht, wenn die Gemeinde bei der Errichtung oder baulichen Anpassung des Gebäudes keinen wesentlichen Einfluss auf dessen Gestaltung genommen hat. Bestimmt sie dagegen Art und Planung der Bauleistung entscheidend mit, liegt ein Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB vor, der nach der VOB/A auszuschreiben ist.

3. Zulässigkeit der Zusammenfassung von Losen / Vergabe an einen Generalunternehmer

Rechtliche Ausgangslage

Die Regelungen im Vergaberecht (§ 97 Abs. 4 GWB, § 5 Abs. 2, § 5 EU Abs. 2 VOB/A) sehen grundsätzlich vor, dass Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben sind. Auf eine Aufteilung kann ausnahmsweise verzichtet werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Über eine Zusammenfassung von Losen kann nur im jeweiligen Einzelfall entschieden werden, da die konkreten Umstände maßgebend sind. Eine pauschale Festlegung, dass für bestimmte Vorhaben, z.B. für Schulbauten oder im Wohnungsbau, auf die losweise Ausschreibung verzichtet werden kann, eröffnet das Vergaberecht nicht.

3.1. Erteilung eines Inhouse-Auftrages an ein kommunales Unternehmen

Das von der Gemeinde beauftragte kommunale Unternehmen wird zumindest die zur Schaffung des geförderten Mietwohnraums erforderlichen Bauleistungen in der Regel nicht selbst erbringen. Wurde das kommunale Unternehmen durch eine zulässige Inhouse-Vergabe eingebunden (siehe Ziffern 2.1.1 und 2.1.2), ist nach § 108 Abs. 1 GWB der Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht eröffnet. Daher ist eine Prüfung, ob das kommunale Unternehmen die Funktion eines Generalunternehmers wahrnimmt und die Voraussetzungen für eine Vergabe eines – nicht in Lose aufgeteilten - Gesamtauftrags an einen Generalunternehmer vorliegen (§ 97 Abs. 4 GWB) nicht erforderlich. Zur Anwendung des Vergaberechts durch das kommunale Unternehmen wird auf Ziffer 2.2 verwiesen.

3.2. Erteilung eines Auftrages an ein Unternehmen, das nicht die Inhouse-Kriterien erfüllt

Für einen Auftrag an ein Unternehmen, das nicht die Inhouse-Kriterien erfüllt, ist das Vergaberecht uneingeschränkt anzuwenden. Dies bedeutet, dass der Verzicht auf eine losweise Vergabe die Ausnahme darstellt und in der Vergabedokumentation zu begründen ist.

Der öffentliche Auftraggeber kann die auszuschreibende Leistung nach seinen Vorstellungen festlegen (Leistungsbestimmungsrecht) und diese dem Wettbewerb unterstellen. Er ist nicht gezwungen, seine Interessen dem Ziel des Mittelstandschutzes unterzuordnen. Der Auftraggeber hat hier einen Ermessensspielraum. Er muss zwischen seinem Interesse an einer bedarfsgerechten Auftragsdurchführung, und den Interessen des Mittelstands abwägen und diese zum Ausgleich bringen.

Eine Zusammenfassung von Losen ist aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen möglich sowie dann, wenn eine Ausschreibung mit Leistungsprogramm im Sinne des § 7c oder § 7c EU VOB/A erfolgt. Zu den wirtschaftlichen Gründen können nicht nur reine Kostenvorteile, sondern auch nicht-monetäre Vorteile gehören. Diese können zum Beispiel in einem volkswirtschaftlichen Nutzen einer früheren oder schnelleren Realisierung des Projekts liegen. Denkbar ist also auch, dass fehlende Bearbeitungskapazitäten wegen vorübergehender, erheblich höherer Aufgaben, die zeitnah erfüllt werden müssen, eine Generalunternehmervergabe rechtfertigen können. Bautechnische Rahmenbedingungen sowie auch system- oder herstellungsbedingte Strukturen können technische Gründe für eine Zusammenfassung von Losen sein. Entscheidet der Auftraggeber, dass er ein Projekt in Form einer modularen Bauweise oder Systembauweise realisieren will, führt dies zwangsläufig zu einer Zusammenfassung von Losen. Ein solches Projekt kann nur im Wege einer Ausschreibung mit Leistungsprogramm im Sinne des § 7c oder § 7c EU VOB/A umgesetzt werden. Nur so wird den einzelnen Firmen ermöglicht, ihre unterschiedlichen Systeme im Wettbewerb anzubieten.

III.

Beihilferechtliche Hinweise

1. Rechtliche Ausgangssituation

1.1 Hinweise zur Vermeidung beihilferechtlicher Risiken

Finanzielle Leistungen der Gemeinden an ihre Wohnbauunternehmen können unter bestimmten Voraussetzungen staatliche Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV sein.

Eine kommunale Maßnahme ist als **staatliche Beihilfe** zu qualifizieren, wenn

- es sich um eine Maßnahme zugunsten eines Unternehmens handelt;
- die Maßnahme das Unternehmen begünstigt;
- die Maßnahme aus staatlichen Mitteln finanziert wird;
- die Maßnahme bestimmte Unternehmen (oder Produktionszweige) begünstigt (Selektivität)⁶;
- die Maßnahme den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels hervorruft.

1.2 Vermeidung der Handelsbeeinträchtigung

Von einer (drohenden) **Wettbewerbsverfälschung** ist auszugehen, wenn durch eine kommunale Maßnahme ein Unternehmen in einem liberalisierten Markt im Vergleich zu seinen Wettbewerbern gestärkt wird und dies geeignet ist, ungleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen. Es genügt, dass es für die Tätigkeit des Unternehmens einen gemeinschaftsweiten Markt mit (privaten) Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten gibt. Denn dies führt dazu, dass es den Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten durch die Finanzierung des kommunalen Unternehmens vor Ort erschwert oder unmöglich gemacht wird, ihre Leistungen anzubieten. Lediglich in den seltenen Fällen, in denen

⁶ Durch das Kriterium der Selektivität werden allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahmen, von denen alle Unternehmen gleichermaßen profitieren können und die daher kein Unternehmen im Wettbewerb gegenüber anderen bevorzugen, vom Anwendungsbereich des Beihilferechts ausgenommen. So lässt z.B. ein europaweites Ausschreibungsverfahren die Selektivität der Maßnahme zugunsten eines bestimmten Unternehmens entfallen, weil alle Marktteilnehmer dieselben Chancen haben.

ein Vorhaben rein lokale Auswirkungen hat, liegt eine (drohende) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung nicht vor.

Kommunale Wohnbaugesellschaften werden schon wegen des für die Gemeinden geltenden Örtlichkeitsprinzips regelmäßig auf Maßnahmen im Gemeindegebiet der kommunalen Gesellschafter beschränkt sein. Nur insoweit wurzelt der das gemeindliche Unternehmen rechtfertigende Zweck in den Angelegenheiten der jeweiligen örtlichen Gemeinschaft. Die Begrenzung des Wohnungsbauunternehmens auf den räumlichen Wirkungskreis der kommunalen Gesellschafter kann das Risiko, dass eine beihilferechtlich unzulässige Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung angenommen wird, reduzieren und ist daher zu empfehlen. Allerdings schließt der lokale Charakter eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht zuverlässig aus. Aus den von der Kommission am 29.04.2015 getroffenen so genannten Nichtbeihilfe-Entscheidungen, die insoweit eine Orientierungshilfe bieten sollen, lassen sich rechtssichere oder „gerichts feste“ Folgerungen für den Bereich des sozialen Wohnungsbaus kaum herleiten. Ein Beitrag, beihilferechtliche Risiken zu begrenzen, kann es sein, wenn im konkreten Fall vor Umsetzung der Maßnahme eine Prüfung stattfindet, ob das begünstigte Unternehmen nur in einem bestimmten Bereich innerhalb eines Mitgliedsstaates tätig wird, ob Kunden (Mieter) aus anderen Mitgliedsstaaten nicht angezogen werden und ob die Auswirkungen auf Bedingungen für grenzüberschreitende Investitionen oder Niederlassung marginal sind. Werden diese Kriterien eingehalten und die Prüfung dokumentiert, kann eine Begründung tragen, dass aufgrund dieser spezifischen Umstände von einer Handelsbeeinträchtigung nicht auszugehen war, da sich die Maßnahme vorhersehbar rein lokal auswirken wird.

1.3 Beihilferechtlich relevante Fälle bei der Einschaltung kommunaler Unternehmen

Die nachfolgenden Hinweise beziehen sich auf Fallgestaltungen, in denen sich Gemeinden zur Umsetzung von Maßnahmen nach dem KommWFP kommunaler Wohnungsbauunternehmen bedienen und

- die Einschaltung des Unternehmens nicht nachweislich zu marktüblichen Bedingungen erfolgt und
- eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns nicht zuverlässig ausgeschlossen werden kann.

2. Anforderungen des EU-Beihilferechts

Staatliche Beihilfen sind nach Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) grundsätzlich verboten. Sie müssen deshalb **vor** ihrer **Gewährung** gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV bei der Europäischen Kommission **angemeldet** werden (Notifizierung). Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn ein so genannter Freistellungstatbestand eingreift. In Betracht kommen hier Beihilfen unterhalb der Bagatellgrenze der so genannten DAWI-De-minimis-Verordnung und Ausgleichszahlungen im Bereich der Daseinsvorsorge, wenn die Gemeinde den so genannten DAWI – Freistellungsbeschluss anwendet.

Eine Anmeldung bei der Kommission ist dann nicht erforderlich,

- wenn das Unternehmen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) nach Art. 106 Abs. 2 AEUV erbringt und
- die Voraussetzungen einer sog. Freistellungsregelung eingreifen oder
- (die Kriterien der Altmark-Trans-Rechtsprechung erfüllt sind)⁷.

⁷ Die Kriterien der Altmark-Trans-Rechtsprechung werden in dieser Handreichung nicht weiter behandelt, da sie sich weitgehend mit den Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses der Kommission decken und sich daher die Lösung über den Freistellungsbeschluss anbietet.

2.1 Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)

sind solche Tätigkeiten, die **im Interesse der Allgemeinheit erbracht** werden und dazu mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden sind, die ein Unternehmen - wenn es im eigenen gewerblichen Interesse handelt - nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen hätte (vgl. Ziffer 47 der sog. DAWI-Mitteilung⁸). Kommt ein Mitgliedsstaat – ohne offenkundige Fehler in der Beurteilung zu machen – zu dem Ergebnis, dass der Markt bestimmte Leistungen ohne staatlichen Eingriff nicht oder in nur unzureichendem Maß bereithält, diese Leistungen aber aus Gemeinwohlgründen vorgehalten werden müssen, steht ihm ein Gestaltungsspielraum offen, diese als DAWI zu qualifizieren. Bei der Versorgung der breiten Bevölkerung einschließlich der großen Zahl von aufgenommenen Flüchtlingen mit preisgünstigem Wohnraum, die Ziel des KommWFP ist, stehen vor allem sozial- und integrationspolitische Gründe des Gemeinwohls im Vordergrund.

Der DAWI-Freistellungsbeschluss⁹ ordnet bei der Definition seines Anwendungsbereichs in Art. 2 c) den **sozialen Wohnungsbau** den Kategorien zu, in denen Ausgleichsleistungen für DAWI erbracht werden können. Allerdings ist die Frage, wie der Begriff des sozialen Wohnungsbaus im Sinn des europäischen Beihilferechts zu definieren ist, nicht abschließend geklärt. Weder die DAWI-Mitteilung⁹, noch der DAWI-Rahmen¹⁰, noch der (im Übrigen ausführliche) Leitfaden der Kommission für DAWI vom 29.4.2013, SWD (2013) 53 final/2, enthalten dazu klärende Aussagen, die eine verlässliche Beurteilung ermöglichen würden. Soweit ersichtlich, gibt es bislang auch keine (rechtskräftigen¹¹) Entscheidungen der europäischen Gerichte, die zu einer Klärung geführt hätten. Unklarheit besteht vor allem darüber, ob der soziale

⁸ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C8/02; ABl. C8 vom 11.01.2012, S. 4).

⁹ Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (2012/21/EU; ABl. L7 vom 11.01.2012, S. 3).

¹⁰ Mitteilung der Kommission 2012/C 8/03 ABl. C8 vom 11.01.2012, S.15

¹¹ Gegen den Beschluss des EuG vom 12.05.2015 in der Rechtssache T-202/10 RENV wurde ein Rechtsmittel eingelegt, über das noch nicht entschieden ist

Wohnungsbau im Sinn des europäischen Beihilferechts ausschließlich auf die Versorgung benachteiligter und sozial schlechter gestellter Bevölkerungsgruppen zielt und ob diese Zielgruppe durch bestimmte Kriterien – wie beispielsweise Einkommensgrenzen – klar abgegrenzt werden muss.

Über eine derart eng gezogene Begriffsbestimmung würden die Aufgaben der Gemeinden im Wohnungsbau (Art. 7 Abs. 1 GO i.V.m. Art. 83 Abs. 1 Halbsatz 5 BV) einschließlich der ihnen in der Bayerischen Verfassung zugewiesenen Aufgabe, gemeinsam mit dem Staat den Bau billiger Volkswohnungen zu fördern (Art. 106 Abs. 2 BV), hinausgehen. Aber selbst wenn der im DAWI-Freistellungsbeschluss verwandte Begriff des sozialen Wohnungsbaus enger zu verstehen sein sollte als die kommunalen Aufgabenstellungen im nationalen Recht, begründet der DAWI-Freistellungsbeschluss nach der Rechtsauffassung des Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr doch keine Schranke in dem Sinn, dass es den Mitgliedsstaaten verwehrt wäre, weiterreichende Aufgaben als DAWI zu qualifizieren, wenn sie aufgrund einer beurteilungsfehlerfreien Entscheidung zu dem Ergebnis kommen, dass dies aus Gründen des Allgemeininteresses erforderlich ist, ein Marktversagen besteht und bei der Definition der DAWI diesen Kriterien der Kommission und der europäischen Gerichte Rechnung getragen wird

2.2 Freistellung von der Notifizierung nach der DAWI-De-minimis-Verordnung

Staatliche bzw. kommunale Leistungen an ein Unternehmen, die als Ausgleich für die Erledigung von **DAWI-Aufgaben** gewährt werden, sind nach der **DAWI-De-minimis-Verordnung**¹² notifizierungsfrei möglich, wenn die Voraussetzungen dieser Verordnung eingehalten werden. Dies kommt nur dann in Betracht, wenn der Schwellenwert **von 500.000 €(brutto) je Unternehmen in drei Steuerjahren** nicht überschritten wird. Dabei gilt für den Drei-Jahreszeitraum eine fließende Betrachtung. Bei jeder Neubewilligung einer „De-minimis“-Beihilfe ist die Gesamtsumme der dem Unternehmen im laufenden Steuerjahr sowie in den vorangegangenen zwei Steuerjahren gewährten „De-minimis“-Beihilfen festzustellen. Maßgeblich zur Bestimmung

¹² Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen (ABl. L 114 vom 26.04.2012, S. 8)

des Drei-Jahreszeitraumes ist das Jahr, in dem das Unternehmen nach dem geltenden nationalen Recht einen Rechtsanspruch auf die Beihilfe erwirbt, unabhängig davon, wann die Beihilfe tatsächlich ausgezahlt wird. Das Steuerjahr ist das jeweilige Kalenderjahr.

Das begünstigte Unternehmen sollte schriftlich mit der Erbringung der DAWI, für die die Beihilfe bestimmt ist, betraut werden. Das mit der Erbringung der DAWI betraute Unternehmen sollte dem Betrauungsakt Einzelheiten zu dem Auftrag entnehmen können, der Betrauungsakt muss jedoch nicht unbedingt alle Details enthalten, die im DAWI-Freistellungsbeschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 aufgeführt sind (so Erwägungsgrund Nr. 6 der DAWI-De-minimis-Verordnung).

Wegen der - bezogen auf die Aufgabe der Wohnraumversorgung – geringen Höhe des Schwellenwerts der DAWI-De-minimis-Verordnung soll auf deren weitere Voraussetzungen im Rahmen dieser Handreichung nicht weiter eingegangen werden. Eine beihilferechtlich konforme Lösung über diesen Freistellungstatbestand wird im vorliegenden Fall eher die Ausnahme bleiben.

2.3 Freistellung von der Notifizierung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss

Ausgleichszahlungen für DAWI von bis zu 15 Mio. € pro Jahr¹³ sind nach dem **DAWI-Freistellungsbeschluss¹⁰** von der Notifizierung befreit, wenn die dort geregelten Voraussetzungen eingehalten werden, insbesondere ein Betrauungsakt vorliegt, der den Kriterien des Art. 4 des DAWI-Freistellungsbeschlusses genügt.

Ein **pauschaler Ausgleich** der beim betrauten Unternehmen entstehenden Verluste ist **beihilferechtlich unzulässig** und führt – sowohl für die Gemeinde wie für das betraute Unternehmen – zum Risiko einer Rückforderung. Der DAWI-Freistellungsbeschluss regelt in Art. 5 und 6, dass die Ausgleichsleistungen auf das Volumen zu beschränken sind, das erforderlich ist, um die mit der Erledigung der DAWI verbundenen Kosten zu kompensieren. Dabei darf ein angemessener Gewinn des Unternehmens in die Kalkulation

¹³ Für Ausgleichsleistungen im sozialen Wohnungsbau im Sinn des europäischen Beihilferechts gilt diese Grenze nicht (Art 2 Abs. 1 c) des Freistellungsbeschlusses).

der Kosten eingestellt und der Erledigung der DAWI kostenmäßig zugerechnet werden. Einnahmen aus der Durchführung der DAWI (wie z. B. Mietzahlungen) sind in Abzug zu bringen (Nettokosten). **Ausgleichszahlungen, die über dieses Maß hinausgehen und für das Funktionieren der DAWI nicht erforderlich sind, sind beihilferechtlich nicht zulässig.**

2.3.1 Voraussetzungen für die Anwendung des DAWI-Freistellungsbeschlusses

Die Anwendung des DAWI-Freistellungsbeschlusses setzt Folgendes voraus:

- Der Empfänger der Ausgleichsleistung wurden tatsächlich mit der Erbringung von DAWI betraut;
- Betrauungsakt, der den Anforderungen des Art. 4 des DAWI-Freistellungsbeschlusses Rechnung trägt; als zusätzliches Erfordernis verlangt der DAWI - Freistellungsbeschluss, dass im Rahmen des Betrauungsakts ein Verweis auf den DAWI-Freistellungsbeschluss erfolgt;
- Erfordernis einer getrennten Buchführung für solche Leistungen, die nicht dem DAWI-Bereich zuzuordnen sind und im Einzelnen geregelte weitere Anforderungen an die Ausgleichszahlung (Art. 5 DAWI-Freistellungsbeschluss);
- Kontrolle, insbesondere zum Ausschluss von Überkompensationen, diese muss mindestens alle drei Jahre erfolgen (Art. 6 DAWI-Freistellungsbeschluss);
- für einen Zeitraum von zehn Jahren nach Auslaufen des jeweiligen Betrauungsakts müssen alle Informationen verfügbar gehalten werden, die eine Überprüfung der Einhaltung der Anforderungen des Freistellungsbeschlusses ermöglichen (Art. 8 DAWI-Freistellungsbeschluss).

2.3.2 Anforderungen an den Betrauungsakt

Beim **Betrauungsakt** handelt es sich um einen – unionsrechtlich erforderlichen – Rechtsakt der Gemeinde, durch den dem Unternehmen die Durchführung der gemeinwohlorientierten Tätigkeit (DAWI) rechtsverbindlich übertragen wird. Eine bestimmte Form schreibt das Unionsrecht für den Betrau-

ungsakt nicht vor. Allerdings muss der Betrauungsakt in eine geeignete Rechtsform des Rechts des Mitgliedsstaats gegossen werden. In Betracht kommen vertragliche Regelungen¹⁴, Verwaltungsakte (z.B. in einem Zuwendungsbescheid) oder satzungsrechtliche Regelungen. Es genügt nicht, dem Empfänger der Ausgleichsleistung ein Dokument mit der Bezeichnung „Betrauungsakt“ zuzustellen, ohne dieses in einen Rechtsakt nach dem nationalen Recht einzubetten.

Nach **Art. 4 des DAWI-Freistellungsbeschlusses** muss ein Betrauungsakt transparente und hinreichend bestimmte Regelungen zu folgenden Punkten beinhalten:

- Gegenstand und Dauer der dem Unternehmen übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung;
- das Unternehmen und das Gebiet, in dem dieses die Verpflichtung übernimmt;
- Art etwaiger dem Unternehmen gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte;
- Beschreibung des Ausgleichsmechanismus und der Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen;
- Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von etwaigen Überkompensationszahlungen;
- einen Verweis auf den DAWI-Freistellungsbeschluss.

Für die Betrauung eines gemeindlichen Wohnbauunternehmens zur Umsetzung des KommWFP ist dieser Handreichung das **Muster für einen Betrauungsakt** beigefügt. Dieser ist auf die konkreten Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall anzupassen und entbindet die die Betrauung vornehmenden Gemeinden nicht von der Verantwortung, für eine beihilferechtskonforme Umsetzung Sorge zu tragen. Zur Vermeidung unnötiger steuerlicher Risiken und gegebenenfalls auch einer Umsatzsteuerrückstellung empfiehlt sich im Übrigen eine verbindliche Abstimmung des Betrauungsakts im Einzelfall mit den zuständigen Finanzbehörden. Über die Konformität des Betrauungsak-

¹⁴ Gesellschaftsverträge reichen nach Auffassung der Kommission allerdings nicht aus, da in diesen Fällen der Betrauungsakt quasi von dem künftigen Empfänger der Ausgleichsleistung selbst ausgehe

tes und der Umsetzung der Maßnahmen mit Unionsrecht können ausschließlich die Europäische Kommission und die europäischen Gerichte (EuGH und Gericht erster Instanz) verbindlich entscheiden.

2.3.3 Umsetzung von Berichtspflichten und Monitoring-Anfragen

Nach Art. 9 DAWI-Freistellungsbeschluss sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle zwei Jahre an die Kommission über die Umsetzung des Beschlusses zu berichten. Jeder Fördergeber, d.h. auch jede Gemeinde, die im Bereich der Mietraumförderung den Freistellungsbeschluss umsetzt, ist verpflichtet, die dazu erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen. Zur Umsetzung der Berichtspflicht erfolgt alle zwei Jahre eine gezielte Aufforderung des StMI mit detaillierten Informationen. Sollte die Kommission für einen konkreten Einzelfall, z.B. im Rahmen des Monitorings über die Umsetzung, nähere Informationen anfordern, sind diese ebenfalls zur Verfügung zu stellen.

IV.

Haushaltsrechtliche Hinweise

Denkbar ist, dass eine Gemeinde ihren im KommWFP vorgesehenen Eigenanteil i. H. v. mindestens 10 % der zuwendungsfähigen Gesamtkosten wie auch diejenigen (Neben-) Kosten, die nicht zuwendungsfähig sind, durch eine Kreditaufnahme finanzieren möchte. Eine solche Kreditaufnahme bedarf als Gesamtbetrag im Rahmen der Haushaltssatzung (Art. 71 GO) oder in haushaltsloser Zeit (Art. 69 GO) auch im Einzelfall der Genehmigung durch die jeweils zuständige Rechtsaufsichtsbehörde.

Soweit die unter Berücksichtigung des Marktumfelds, der Mietbindung, der Mietausfall- und Leerstandsrisiken realistisch erzielbaren Mieteinnahmen gewährleisten, dass die Kosten für die Finanzierung, Verwaltung und Unterhaltung der Wohnungen vollständig abgedeckt werden und allgemeine Haushaltsmittel nicht – auch nicht zeitweise – beansprucht werden, wird sich die Genehmigungsfähigkeit in der Regel als unproblematisch erweisen.

Unter Berücksichtigung der Bedingungen im sozialen Wohnungsbau und bei der Versorgung der breiten Bevölkerung mit preisgünstigem Mietwohnraum ist jedoch nicht immer sichergestellt, dass die erzielbaren Mieteinnahmen die Kosten für die Finanzierung, Verwaltung und Unterhaltung der Wohnungen vollständig abdecken. Nach den Maßstäben des Art. 71 Abs. 2 Satz 3 GO ist die Genehmigung in der Regel zu versagen, wenn die damit verbundenen Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht im Einklang stünden. Die Problematik relativiert sich allerdings schon dadurch, dass entsprechende Investitionen - wenn auch möglicherweise nicht vollständig, so doch zumindest zu einem hohen Grad - aus entsprechenden Mieteinnahmen finanziert werden können, so dass sich die Auswirkungen auf den kommunalen Haushalt im Rahmen halten und ggf. durch eine andere Priorisierung lösen lassen sollten.

Sollten in Einzelfällen gleichwohl Probleme bestehen, sind diese auch im Einzelfall zu lösen. Die notwendige Sensibilität bei den Rechtsaufsichtsbehörden kann unterstellt werden, zumal diese auch für die Unterbringung von Asylbewerbern zuständig sind und ihnen bekannt ist, dass der Zustrom von Flüchtlingen die Konkurrenz auf dem allgemein angespannten Markt für preisgünstigen Mietwohnraum weiter anheizt. Eine pauschale Befreiung von kommunalen haushalts- und kreditwesenrechtlichen Vorschriften ist jedoch nicht möglich.