



Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr
80524 München

Stadt Friedberg
Herrn berufsmäßigen Stadtrat
Wolfgang Schuß
Marienplatz 5
86316 Friedberg

Bayern.
Die Zukunft.

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen IB3-1512	Bearbeiterin Frau Merkel	München 09.08.2016
	Telefon / - Fax 089 2192-2728 / -12728	Zimmer LAZ67-1.304	E-Mail Ute.Merkel@stmi.bayern.de

Schaffung von Wohnraum durch die Stadt Friedberg

Sehr geehrter Herr Schuß,

das Staatsministerium für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie hat uns Ihre Anfrage vom 20.07.2016 mit der Bitte um Beantwortung übermittelt.

Zu Ihren Ausführungen ist Folgendes zu bemerken:

1. Vergaberecht

1.1. Ausschreibungspflicht

Eine Ausschreibungspflicht nach den Bestimmungen des Vergaberechts besteht für die dargestellte Bestellung eines Wohnerbbaurechts zu einem deutlich reduzierten Erbbauzins dann, wenn es sich um einen Bauauftrag handelt. Das ist nach § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs der Fall, wenn

- eine einklagbare Bauverpflichtung vereinbart wird,

- die Stadt einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat und
- die Bauleistung der Stadt unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt.

Die Bauleistung kommt der Stadt Friedberg schon deshalb unmittelbar wirtschaftlich zugute, weil sie mit der Reduzierung des Erbbauzinses ein Entgelt leistet. Ob eine einklagbare Bauverpflichtung und ein entscheidender Einfluss auf die Baumaßnahme gegeben sind, hängt von der konkreten vertraglichen Gestaltung ab. Vorbehaltlich weiterer Entwicklungen in der Rechtsprechung kann derzeit davon ausgegangen werden, dass für eine einklagbare Verpflichtung mehr als beispielsweise ein Rücktrittsrecht vereinbart sein muss. Für einen entscheidenden Einfluss auf die Art und Planung der Bauleistung reicht eine bloße Ausübung städtebaulicher Regelungszuständigkeiten nicht aus. Weitere Einzelheiten zur Anwendung des Vergaberechts bei kommunalen Grundstücksgeschäften können Sie der Handreichung des Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr vom 20.12.2010 entnehmen, die im Internet abrufbar ist ([Handreichung](#)).

Ist aufgrund der konkreten Vertragsbestimmungen von einer Bauleistung für die Stadt auszugehen, stellt sich die Frage, ob ein Bauauftrag oder eine Baukonzession vorliegt. Eine Konzession liegt dann vor, wenn die Gegenleistung für die Bauleistung in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks (eventuell zuzüglich einer Zahlung) besteht (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Bei der Vergabe einer Konzession geht im Unterschied zum Bauauftrag das Betriebsrisiko für die Nutzung auf den Konzessionsnehmer über. In § 105 Abs. 2 GWB ist näher konkretisiert, wann dies der Fall ist. In der von Ihnen dargestellten Konzeption kann von einer Baukonzession ausgegangen werden.

Der Schwellenwert für eine europaweite Ausschreibung beträgt derzeit 5,225 Mio € (ohne Umsatzsteuer). Allerdings kann bei der Berechnung des geschätzten Vertragswertes nicht nur auf das Vierfache der Jahresvergütung abgestellt werden. Vielmehr ist nach § 2 Abs. 3 und 4 der Konzessionsvergabeordnung (KonzVgV) vom voraussichtlichen **Gesamtumsatz** auszugehen, den der Konzessionsnehmer während der **gesamten Vertragslaufzeit** erzielt. Insbesondere sind neben dem Reduzierungsbetrag für die Erbpacht (§ 2 Abs. 4 Nr. 3 KonzVgV) die Mietzahlungen einzubeziehen (§ 2 Abs. 4

Nr. 2 KonzVgV). Damit ist davon auszugehen, dass der Schwellenwert überschritten wird.

1.2. Ausschreibungsverfahren

Nach der Reform des Vergaberechts zum 18.04.2016 sind Baukonzessionen ab Erreichen des EU-Schwellenwertes nicht mehr nach dem 2. Abschnitt der VOB/A, sondern ausschließlich nach den Bestimmungen der KonzVgV auszuschreiben. Das Verfahren kann nach § 12 KonzVgV am Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ausgerichtet werden. In der **Leistungsbeschreibung** können soziale Aspekte berücksichtigt werden, sofern sie in Verbindung mit dem Gegenstand der Konzession stehen und verhältnismäßig sind (§ 15 Abs. 2 KonzVgV). Auch bei den **Zuschlagskriterien** können nach § 31 Abs. 1 KonzVgV unter den in § 152 Abs. 3 GWB genannten Voraussetzungen soziale Merkmale einbezogen werden. Allerdings ist damit nicht die Beschränkung des Bieterkreises auf (regionale) soziale Wohnungsbauunternehmen zulässig. Abgesehen davon, dass aus Gründen der Nichtdiskriminierung keine Beschränkung auf **regionale** Anbieter zulässig ist, berechtigt die Möglichkeit, bei den Zuschlagskriterien auch soziale Aspekte einfließen zu lassen, **nicht die generelle Begünstigung von Unternehmen einzig auf der Grundlage ihrer allgemeinen Unternehmenspolitik**. Soziale Kriterien müssen vielmehr mit dem Konzessionsgegenstand in Verbindung stehen und dürfen dem Konzessionsgeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit einräumen (§ 152 Abs. 3 KonzVgV).

2. Beihilferecht

Der „Erlass“ des Erbbauzinses ist grundsätzlich als staatliche Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren, da

- es sich um eine Maßnahme zugunsten eines Unternehmens handelt;
- die Maßnahme das Unternehmen begünstigt;
- die Maßnahme aus staatlichen Mitteln finanziert wird (hierunter fallen auch Mittel aus dem kommunalen Haushalt);
- die Maßnahme bestimmte Unternehmen (oder Produktionszweige) begünstigt (Selektivität);

- die Maßnahme den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels hervorruft.

Eine Begünstigung scheidet nur dann aus, wenn sich eine finanzielle Leistung, die die Gemeinde einem Unternehmen einräumt, als marktübliche Gegenleistung für eine vom Unternehmen erbrachte Leistung an die Gemeinde darstellt. Als Maßstab für die Marktüblichkeit von Leistung und Gegenleistung wird das Verhalten der Gemeinde grundsätzlich mit dem eines fiktiven privaten Wirtschaftsteilnehmers in der jeweiligen Konstellation verglichen (so genannter Privatinvestortest). Ein Privater würde hier ohne die im Vordergrund stehenden Allgemeininteressen im Hinblick auf seine Ausrichtung an möglichst hoher Rendite nicht auf einen Erbbauzins verzichten, mithin nicht vergleichbar agieren.

Wir gehen davon aus, dass die Belegung nach sozialen Kriterien, namentlich anhand von Einkommensgrenzen wie auch sonst in der staatlichen Wohnraumförderung, erfolgt. Vorliegend kommt daher eine Freistellung von der Notifizierung über die **DAWI-De-minimis-Verordnung** – Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 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) – in Betracht. Hiernach sind staatliche bzw. kommunale Leistungen an ein Unternehmen, die **als Ausgleich für die Erledigung von DAWI-Aufgaben (Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse)** gewährt werden, notifizierungsfrei möglich, wenn die Voraussetzungen dieser Verordnung eingehalten werden. Insbesondere darf der **Schwellenwert von 500.000 € (brutto) je Unternehmen in drei Steuerjahren** nicht überschritten werden. Maßgeblich zur Bestimmung 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. Dabei ist der Drei-Jahreszeitraum beweglich zu betrachten. Bei der Gewährung einer jeden neuen Beihilfe sind daher die drei letzten zurückliegenden Jahre zu betrachten.

Nach der Vorhabenbeschreibung sollen der Stadt Friedberg für die Reduzierung des Erbbauzinses Belegungsrechte eingeräumt werden. Eine Wohnraumförderung mit staatlichen Mitteln gegen Einräumung von Belegungsbindungen zugunsten des Freistaats haben Sie insoweit nicht in den Raum gestellt. Allerdings ist wohl auch nicht auszuschließen, dass bei der Ausschreibung ein Bauherr zum Zuge kommt, der solche staatlichen Mittel in Anspruch nehmen will. Nach Art. 2 Abs. 8 der DAWI-De-minimis-Verordnung dürfen aber „De-minimis-Beihilfen nach dieser Verordnung“ nicht mit Ausgleichsleistungen für dieselbe DAWI kumuliert werden. Ein solches Kumulierungsverbot gilt nicht für die Anwendung der Allgemeinen De-minimis-Verordnung – Verordnung (EU) Nr. 1407/2013; Art. 3 Abs. 2 der Allgemeinen De-minimis-Verordnung verlangt, dass die Ausgleichsleistungen für ein Unternehmen einen Gesamtbetrag von 200.000 Euro in drei Steuerjahren nicht überschreiten.

Im Zusammenhang mit dem Wohnungspakt Bayern hat das Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr eine Handreichung als Download im Internet veröffentlicht, die auch auf Fragen des Beihilferechts ausführlich eingeht und der das Muster eines beihilferechtlichen Betrauungsakts beigefügt ist. Die Dokumente sind abrufbar unter:

http://www.stmi.bayern.de/assets/stmi/buw/wohnen/2016-07-25_handreichung-kommwfp_vergabe-beihilferecht.pdf

http://www.stmi.bayern.de/assets/stmi/buw/wohnen/muster_betrauungsakt_wohnungsbau.doc

Wir wären Ihnen dankbar, wenn Sie zunächst diese Informationsquellen nutzen würden. Für ergänzende Fragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Hofmann
Ministerialrat

