



Ausarbeitung

EU-Beihilferechtlicher Rahmen für die Wohnraumförderung
Fördermöglichkeiten für genossenschaftliche und kommunale Wohnungsunternehmen auch außerhalb des sozialen Wohnungsbaus

EU-Beihilferechtlicher Rahmen für die Wohnraumförderung

Fördermöglichkeiten für genossenschaftliche und kommunale Wohnungsunternehmen auch außerhalb des sozialen Wohnungsbaus

Aktenzeichen: EU 6 - 3000 - 014/23
Abschluss der Arbeit: 21. April 2023 (zugleich Datum des letzten Zugriffs auf Online-Quellen)
Fachbereich: EU 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
1.1.	Fragestellung und Eingrenzung des Prüfungsumfangs	4
1.2.	Tatsächlicher Hintergrund: Kategorisierung von Fördermodellen	5
1.3.	Unionsrechtliche Perspektive auf die Wohnraumförderung als Daseinsfürsorge	6
2.	EU-Beihilferechtlicher Rahmen	8
2.1.	Überblick und Gang der Untersuchung	8
2.2.	Regelfall: Staatliche Wohnraumförderung erfüllt (zunächst) die allgemeinen Beihilfemerkmale	9
2.2.1.	Staatliche Förderung von Unternehmen	10
2.2.2.	Begünstigung / Vorteil	11
2.2.3.	Selektivität	12
2.2.3.1.	Insbesondere: Steuervergünstigungen für Genossenschaften	13
2.2.3.2.	Steuervergünstigungen für kommunale Unternehmen	15
2.2.4.	Auswirkungen auf Wettbewerb und zwischenstaatlichen Handel	16
2.2.5.	Zwischenergebnis zu den allgemeinen Beihilfemerkmale	16
2.3.	Gleichwohl: EU-Beihilferechtskonformität durch die Einstufung der Bereitstellung bezahlbaren Wohnraums als DAWI?	17
2.3.1.	Überblick	17
2.3.2.	Wohnraumförderung als DAWI	18
2.3.2.1.	Sozialer Wohnungsbau als DAWI	18
2.3.2.1.1.	Aktuelles Begriffsverständnis der EU-Organe	18
2.3.2.1.2.	Kritik und Reformappelle	19
2.3.2.1.3.	Schlussfolgerungen aufgrund des aktuellen Rechtsstandes	20
2.3.2.2.	Darüber hinaus: Bezahlbarer Wohnraum als DAWI?	23
2.3.2.2.1.	Bezahlbarer Wohnraum als DAWI i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a DAWI-Freistellungsbeschluss	23
2.3.2.2.2.	Bezahlbarer Wohnraum als DAWI i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV	26
2.3.2.3.	Zwischenergebnis	26
2.3.3.	Tatbestandsausschluss nach der DAWI-De-minimis-Verordnung	27
2.3.4.	Altmark Trans-Kriterien und DAWI-Freistellungsbeschluss insbesondere hstl. selektiver Förderung genossenschaftlicher und kommunaler Wohnungsunternehmen	28
2.3.4.1.	Überblick über die Voraussetzungen	28
2.3.4.2.	Förderung genossenschaftlicher und kommunaler Wohnungsunternehmen	32
2.3.5.	Freistellung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. dem DAWI-Rahmen	35
2.3.6.	Exkurs: Freistellungen nach der AGVO	36
2.3.7.	Zwischenergebnis	37
2.4.	Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV	38
3.	Ergebnis	41

1. Einleitung

1.1. Fragestellung und Eingrenzung des Prüfungsumfangs

Der Fachbereich Europa wurde um Prüfung gebeten, ob es unionsrechtlich zulässig wäre, gezielt nur genossenschaftliche und kommunale Wohnungsunternehmen (d.h. keine Privatunternehmen) staatlich zu fördern, ohne dies auf den sozialen Wohnungsbau zu beschränken. Hierbei sollen sämtliche Fördermöglichkeiten in den Blick genommen werden (etwa vergünstigte Kredite, Zuschüsse, Steuervergünstigungen). Die Auftraggeberin wirft insbesondere die Frage auf, ob die Bezeichnung bezahlbaren Wohnraums als „öffentliche Daseinsfürsorge“ im Rahmen rechtlicher Regelungen die unionsrechtliche Zulässigkeit einer derartigen Förderung beeinflussen könnte.

Die von der Auftraggeberin skizzierte Förderung würde sich insbesondere in zwei Aspekten vom aktuell in Deutschland geltenden System des sozialen Wohnungsbaus unterscheiden:¹ Zum einen wäre sie auf genossenschaftliche und kommunale Unternehmen beschränkt, wohingegen das aktuelle Förderregime in erster Linie projektbezogen ist und nicht nach bestimmten Unternehmensformen differenziert, sodass auch private Investoren als Fördernehmer in Betracht kommen.² Zum anderen zielt die Frage darauf, ob und inwieweit sich der aktuell im Rahmen des sozialen Wohnungsbaus begünstigte Personenkreis erweitern ließe.³

Die **Wohnungspolitik** ist in der Europäischen Union (EU) auf Ebene der Mitgliedstaaten angesiedelt. Die nationalstaatlichen Wohnungspolitiken werden jedoch durch verschiedene Bereiche des Unionsrechts beeinflusst bzw. begrenzt. Im Zusammenhang mit der staatlichen Wohnraumförderung stellen sich insbesondere Fragen des **EU-Beihilferechts**.⁴ Allein diesen wird in dieser Ausarbeitung vertieft nachgegangen, wobei keine Analyse nationaler Zuständigkeiten und konkreter Realisierungsoptionen erfolgt. Der Vollständigkeit halber sei aber darauf verwiesen, dass bei der

1 Ausführlich zur sozialen Wohnraumförderung in Deutschland: *Keßler*, in: Säcker/Montag (Hrsg.), *European State Aid Law*, 2016, Teil VIII, Rn. 997 ff.

2 Vgl. *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 4 a.E.; *Keßler*, in: Säcker/Montag (Hrsg.), *European State Aid Law*, 2016, Teil VIII, Rn. 1022.

3 Vgl. im Einzelnen zur sog. Belegungsbindung zugunsten bestimmter Personengruppen die Übersicht der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, *Soziale Wohnraumförderung in den Bundesländern – Überblick über die Rechtsgrundlagen*, Dokumentation, [WD7 – 3000 – 067/22](#), 16. September 2019.

4 *Kuhnert/Leps*, [Neue Wohnungsgemeinnützigkeit](#), 2017, S. 213.

konkreten Ausgestaltung nationaler Förderregime für wirtschaftliche Tätigkeiten etwa auch das Vergaberecht,⁵ die Grundfreiheiten⁶ und das Steuerrecht⁷ relevant sein können.

Nachfolgend soll zunächst ein kurzer Überblick über die Kategorien bestehender Fördermodelle in den EU-Mitgliedstaaten und die unionsrechtliche Perspektive auf die Wohnraumförderung als Daseinsfürsorge bzw. als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gegeben werden (Ziff. 1.2. und Ziff. 1.3.). Unter Ziff. 2 erfolgt dann die beihilferechtliche Prüfung, deren Ergebnisse unter Ziff. 3 zusammengefasst werden.

1.2. Tatsächlicher Hintergrund: Kategorisierung von Fördermodellen

Hintergrund der Fragestellung ist der Befund, dass auch Personen aus **mittleren Einkommenschichten**, die typischerweise nicht zu den Berechtigten des sozialen Wohnungsbaus zählen, zunehmend Schwierigkeiten haben, bezahlbaren Wohnraum zu finden.⁸ Damit steht die Fragestellung in unmittelbarem Zusammenhang zu den verschiedenen **Kategorien von Fördermodellen**, die sich auf EU-Ebene im Bereich des Wohnungswesens identifizieren lassen. Zum einen gibt es Modelle, die auf die Sicherstellung einer elementaren Wohnraumversorgung für **sozial schwache Bevölkerungsschichten** zielen (zielgruppenorientierte Förderung). Der Kreis der Berechtigten wird durch Einkommensobergrenzen oder die Definition bestimmter Nachfragegruppen (bspw.

5 Näher: Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 29.4.2013, SWD(2013) 53 final/2, S. 97 ff, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_de.pdf (im Folgenden: Leitfaden vom 29. April 2013).

6 Vgl. etwa: EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013, verb. Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u.a., Rn. 37 ff.; *Derksen*, Der unionsrechtliche Rahmen für die Wohnungswirtschaft als Daseinsvorsorge, EuZW 2022, S. 157 (161 f.); Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 113 ff, auch mit Erörterungen zur Dienstleistungsrichtlinie, die jedoch gemäß Art. 2 Abs.2 Buchst. j keine Anwendung im Bereich der Sozialwohnungen findet (Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, [ABl. L 376, 27. Dezember 2006, S. 36](#)).

7 Im Bereich des direkten Steuerrechts sind insofern die Grundfreiheiten maßgeblich, vgl. etwa EuGH, Urteil vom 14. September 2006, Rs. C-386/04, Stauffer, sowie Urteil vom 10. Februar 2011, Rs. C-25/10, Missionswerk Werner Heukelbach, zur unzulässigen sitzbezogenen Diskriminierung bei Steuervergünstigungen für gemeinnützige Genossenschaften. Im Bereich des indirekten Steuerrechts könnten beispielsweise Art. 135 Abs. 1 Buchst. l, Abs. 2 und Anhang III Nr. 10, 15 der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, [ABl. L 347, 11. Dezember 2006, S. 1 \(konsolidierte Fassung\)](#), Bedeutung haben.

8 *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 3, dazu, dass dieser Befund infolge der Finanz- und Coronakrise europaweit gelte.

Alleinerziehende, kinderreiche Familien, ältere Menschen) festgelegt (engl. „social housing“).⁹ Zum anderen gibt es Ansätze, die **allgemein leistbares Wohnen für die (gesamte) Bevölkerung sicherstellen sollen** (engl. „affordable housing“). Sie verfolgen also umfassende gesellschaftspolitische aber auch marktregulierende Ziele und sollen der gesamten oder jedenfalls der Mehrheit der Bevölkerung zugutekommen (sog. „Mittelschichtenorientierung“). Dadurch, dass keine Beschränkung auf den „Armenwohnungsbau“ erfolgt, sollen die soziale Durchmischung gewährleistet und eine Ghettoisierung verhindert werden.¹⁰

Dass in den EU-Mitgliedstaaten in den vergangenen Jahrzehnten eine Hinwendung zur **ersten Kategorie** der Förderung erfolgte, wird in der Literatur auch auf den Einfluss des **EU-Beihilfenrechts** zurückgeführt.¹¹

1.3. Unionsrechtliche Perspektive auf die Wohnraumförderung als Daseinsfürsorge

Die Auftraggeberin möchte insbesondere wissen, ob die Bezeichnung **bezahlbaren Wohnraums als öffentliche Daseinsfürsorge** die unionsrechtliche Zulässigkeit einer derart selektiven Förderung beeinflussen könnte. Dieser Frage wird unter Ziff. 2.3. noch vertieft nachgegangen.

Vorab sei an dieser Stelle aber bereits auf Folgendes hingewiesen: Der Begriff der Daseinsvorsorge stammt aus der deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik.¹² Auf Unionsebene wird der Begriff der Daseinsvorsorge zwar teils aufgegriffen.¹³ Unionsrechtlich verankert und praktisch relevant ist hingegen der Begriff der **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse**

9 Vgl. *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 1 f. Vgl. auch *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1253, wonach die große Mehrheit der Mitgliedstaaten die Förderung auf die Unterstützung der sozial schwächsten Haushalte durch Festlegung von Einkommenshöchstgrenzen beschränke. Allerdings legten einzelne Staaten die Grenzen so hoch, dass beispielsweise in Österreich ca. 80% der Bevölkerung, in Frankreich nach 62,8% der Bürger die Voraussetzungen für eine geförderte Sozialwohnung erfüllten.

10 Vgl. *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 1, demzufolge in der EU etwa Schweden, die Niederlande, Dänemark und Österreich, im Ansatz aber auch Deutschland eine solche Wohnungspolitik verfolgten. *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1253.

11 *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 3.

12 Vgl. *Storr*, Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, DÖV 2002, S. 357; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1, 6. Auflage 2019, Art. 107 AEUV, Rn. 2; ausführlich auch: *Hrbek/Nettesheim* (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002.

13 Vgl. Kommission, Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, [KOM\(2000\) 580 endgültig](#), 20. September 2000, Anhang II, S. 41: „Leistungen der Daseinsvorsorge (oder gemeinwohlorientierte Leistungen) sind marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden“.

(DAWI).¹⁴ Diese unterfallen dem in Protokoll Nr. 26 zum Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹⁵ normierten Oberbegriff der Dienste von allgemeinem Interesse, der neben den DAWI auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten umfasst.¹⁶ Nach Art. 1 des Protokolls Nr. 26 zählt zu den gemeinsamen Werten der EU in Bezug auf DAWI der **weite Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten** bei der Frage, wie DAWI zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind. Die besondere Bedeutung der DAWI für die Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts in der EU sowie die grundrechtliche Dimension des Zugangs zu DAWI werden in Art. 14 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) sowie Art. 36 der EU-Grundrechtecharta (GRCh) herausgestellt.

Die Europäische **Kommission** (Kommission) **definiert DAWI** als „*wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden*“.¹⁷ Angesichts des grundsätzlich weiten mitgliedstaatlichen Spielraums bei der Festlegung der als DAWI qualifizierenden Dienste, ist die Kontrolle durch die Unionsorgane auf **offenkundige Fehler** beschränkt.¹⁸ Es ist also nicht die Aufgabe der Kommission, Kriterien zur Begrifflichkeit „allgemeines Interesse“ in Bezug auf einzelne Dienstleistungen vorzugeben.¹⁹ Auf der anderen Seite ist die Definitionsfreiheit der Mitgliedstaaten auch nicht unbegrenzt und darf insbesondere nicht willkürlich mit dem alleinigen Ziel ausgeübt werden, einen bestimmten Sektor der Anwendung der Wettbewerbsregeln zu entziehen.²⁰

Art. 106 Abs. 2 AEUV bildet die Rechtsgrundlage für die **beihilferechtliche Prüfung staatlicher Beihilfen für DAWI**. Nach Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV gelten für Unternehmen, die mit der Erbringung von DAWI betraut sind, zwar grundsätzlich die Bestimmungen des AEUV. Es gilt aber eine

14 *Bauer*, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und das Beihilfeverbot des EG-Vertrages, 2008, S. 34.

15 [ABl. Nr. 115 vom 9. Mai 2008](#), S. 308.

16 Vgl. Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 20. Danach unterliegen nichtwirtschaftliche Tätigkeiten weder spezifischen EU-Vorschriften noch den EU-Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln. Andere allgemeine Vorschriften wie etwa das Diskriminierungsverbot könnten gleichwohl in bestimmten Konstellationen greifen.

17 Vgl. Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 20; vgl. auch: Kommission, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, [ABl. C 8, 11. Januar 2012, S. 4](#), Rn. 47 ff. (im Folgenden: DAWI-Mitteilung).

18 Vgl. EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 79, 82 m.w.N. aus der Rechtsprechung; [DAWI-Mitteilung](#), Rn. 46; ErwG 8 Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 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, [ABl. L 7, 11. Januar 2012, S. 3](#), (im Folgenden: DAWI-Freistellungsbeschluss).

19 Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 22 f., Frage 5.

20 Vgl. EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 80 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

Ausnahme vom Verbot staatlicher Beihilfen, wenn andernfalls die Erfüllung der übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert würde.²¹

Der **unionsrechtliche Begriff des sozialen Wohnungsbaus** (siehe noch Ziff. 2.3.2.1.) wird sowohl von den Unionsgerichten (Europäischer Gerichtshof/ EuGH und Europäisches Gericht/ EuG) als auch der Kommission **als DAWI** eingestuft.²²

2. EU-Beihilferechtlicher Rahmen

Nachfolgend wird zunächst ein grober Überblick über das EU-Beihilferecht gegeben (Ziff. 2.1.), bevor dann unter den Ziff. 2.2. bis Ziff. 2.4. der EU-beihilferechtliche Rahmen für die nationale Wohnraumförderung dargestellt wird.

2.1. Überblick und Gang der Untersuchung

Den materiellen Kern des EU-Beihilferechts bildet das an die Mitgliedstaaten gerichtete **grundsätzliche Verbot staatlicher Beihilfen**. Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV 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 den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Diesem Normtext werden mehrere Merkmale entnommen: Neben der **Begünstigung von Unternehmen** aus **staatlichen Mitteln** gehören hierzu die **Selektivität** sowie die **Wettbewerbsverfälschung** und **Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels**. Fehlt es nur an einem dieser allgemeinen Beihilfemerkmale, so liegt keine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV vor und das EU-Beihilferecht findet keine Anwendung.²³

Sind die Merkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV hingegen erfüllt, ist dies nicht gleichbedeutend mit einer Unionsrechtswidrigkeit der betreffenden nationalen Maßnahme. Denn das in dieser Vertragsvorschrift geregelte Beihilfeverbot gilt nicht absolut, sondern nur insoweit, als in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist. Zu diesen „anderen Bestimmungen“ zählen die unter Ziff. 1.3. bereits genannte **Ausnahmevorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV** bezüglich Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI sowie die Ausnahmevorschriften in **Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV**.

21 Vgl. näher: Kommission, Mitteilung der Kommission – Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), [ABl. C 8, 11. Januar 2012, S. 15](#) (im Folgenden: DAWI-Rahmen), Rn. 5; *Storr*, Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, DÖV 2002, S. 357 (359), folgert, dass die Regel-Ausnahme-Struktur des Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV (ex-Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG-Vertrag) die überkommene Daseinsfürsorge des deutschen Rechts verdrängt.

22 Vgl. EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 83 ff.; EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013, verb. Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u.a., Rn. 88; Art. 2 Abs. 1 Buchst. c [DAWI-Freistellungsbeschluss](#).

23 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013, verb. Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u.a., Rn. 74; Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, Rn. 74, m.w.N. aus der Rechtsprechung.

Der **Vollzug des EU-Beihilferechts** obliegt auf Grundlage von Art. 108 AEUV vor allem der Kommission.²⁴ Diese hat überwiegend nicht verbindliche Maßgaben formuliert, nach denen sie das Vorliegen des Beihilfetatbestands und der Ausnahmetatbestände prüft.²⁵ Dieses „Soft Law“ begründet zumindest eine Selbstbindung der Kommission²⁶ und erhöht damit die Rechtssicherheit (Vorhersehbarkeit) und Transparenz ihres Entscheidungsprozesses.²⁷ Letztlich maßgeblich ist aber immer die Auslegung durch die **Unionsgerichte**.²⁸ In **verfahrenstechnischer Hinsicht** schreibt das Primärrecht grundsätzlich die Pflicht der Mitgliedstaaten vor, Beihilfen vor der Einführung bei der Kommission anzumelden (Notifizierungspflicht, vgl. Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV). Bis zu einer positiven Entscheidung der Kommission darf die Beihilfe nicht gewährt werden (sog. Durchführungsverbot, vgl. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV). Das Primärrecht eröffnet neben dieser Präventivkontrolle aber auch die Möglichkeit, Beihilfen ohne vorherige Anmeldung und Kommissionsüberprüfung zu gewähren, soweit bestimmte vorab bekannte materielle und formale Anforderungen („**Freistellungstatbestände**“) eingehalten werden.²⁹

Die beihilferechtliche Bewertung **im Bereich des Wohnungswesens** richtet sich zunächst allgemein nach Art. 107 Abs. 1 AEUV (Ziff. 2.2.). Von besonderer Bedeutung im Bereich des sozialen Wohnungsbaus und der sonstigen Wohnraumförderung sind die **Regelungen für DAWI**, nach denen die Beihilfequalität einer Maßnahme ausgeschlossen sein, eine Anmeldepflicht entfallen oder eine Genehmigung erteilt werden kann (Ziff. 2.3.). Schließlich kommt eine Genehmigung von Beihilfen nach den Art. 107 Abs. 2 und Art. 107 Abs. 3 AEUV in Betracht (Ziff. 2.4.).³⁰

2.2. Regelfall: Staatliche Wohnraumförderung erfüllt (zunächst) die allgemeinen Beihilfemerkmale

Nachfolgend wird das Vorliegen der Beihilfemerkmale hinsichtlich staatlicher Wohnraumförderung erläutert:

24 Zu den wenigen, zum Teil auf Ausnahmesituationen beschränkten Kompetenzen des Rates im EU-Beihilfenrecht nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. e, Art. 108 Abs. 2 UAbs. 3 sowie Art. 109 AEUV, vgl. allgemein, *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3: Beihilfe- und Vergaberecht, 2. Auflage 2021, Rn. 1224 ff.

25 Vgl. den Gesamtüberblick der verschiedenen Rechtsakte auf den [Seiten der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission](#) (Stand vom 15. April 2014).

26 Vgl. EuGH, Urteil vom 7. März 2002, Rs. C-310/99, Italien/Kommission, Rn. 52; Urteil vom 5. Oktober 2000, Rs. C-288/96, Deutschland/Kommission, Rn. 62; vgl. zum Zusammenwirken von Recht und Soft Law auch: *Knauff*, Die mitgliedstaatliche Finanzierung der Daseinsvorsorge im Dickicht des europäischen Regelungsgeflechts, ZG 2013, S. 139 (153).

27 *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 4.

28 Vgl. etwa Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, [ABl. 2016 C 262, 19. Juli 2016, S. 1](#), Rn. 3 (im Folgenden: Beihilfemitteilung).

29 Vgl. zur Entwicklung *Soltész*, Das neue europäische Beihilferecht, NJW 2014, S. 3128 (3130).

30 Vgl. *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1237.

2.2.1. Staatliche Förderung von Unternehmen

Sofern die Förderung bestimmter Wohnungsunternehmen unmittelbar von **Trägern der öffentlichen Hand** gewährt oder den **öffentlichen Haushalt belasten** würde, wäre das Merkmal der **Staatlichkeit** ohne Weiteres gegeben.³¹ Dies dürfte der Regelfall sein.³²

Die Beihilfenvorschriften gelten ausschließlich für „**Unternehmen**“. Dies sind nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH alle Einheiten, die wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben, ungeachtet ihrer Rechtsform bzw. Eingliederung in die öffentliche Verwaltung und der Art ihrer Finanzierung.³³ **Wirtschaftlich** ist jede Tätigkeit, die darin besteht, auf einem **bestimmten Markt Waren und/oder Dienstleistungen** anzubieten.³⁴ Dass eine Tätigkeit als „sozial“ eingestuft werden kann oder dass diese ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird, steht der Einstufung als wirtschaftliche Tätigkeit nicht entgegen.³⁵

Auf dieser Grundlage bejahen die Unionsgerichte und die Kommission im Bereich des **(sozialen) Wohnungsbaus** die Unternehmenseigenschaft auch bei **gemeinnützigen Wohnbauvereinigungen**³⁶ sowie **öffentlichen Einrichtungen** bzw. **öffentlichen Unternehmen**^{37, 38} Nach Ansicht der Kommission stehen auch (gemeinnützige) Einrichtungen, die durch die staatliche Vorzugsfinanzierung günstigere Wohnbedingungen für bestimmte Bevölkerungsgruppen anbieten können, im

31 Vgl. [Beihilfemitteilung](#), Rn. 38.

32 Vgl. zu Zurechnungsfragen im Einzelnen: EuGH, Urteil vom 16. Mai 2002, Rs. C-482/99, Frankreich/Kommission, Rn. 51 f., 55; *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 8; [Beihilfemitteilung](#), Rn. 49 ff.

33 Vgl. die Nachweise in der [Beihilfemitteilung](#), Rn. 6-8.

34 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 12 ff.

35 Vgl. [Beihilfemitteilung](#), Rn. 12 ff. sowie etwa: EuGH, Urteil vom 12. September 2000, verb. Rs. C-180/08 bis C-184/98, Rn. 118 und Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 36 Frage 31.

36 Vgl. Kommission, Beihilfesache N 89/2004 – Irland, Bürgschaft für von der Housing Finance Agency (HFA) finanzierte soziale Wohnungsbauprojekte, [C\(2004\) 2205 final](#), 30. Juni 2004, Rn. 32 ff. *Kuhnert/Leps*, [Neue Wohnungsgemeinnützigkeit](#), 2017, S. 216 ff.

37 Vgl. Kommission, Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 395/05 – Irland – Bürgschaft für von der Housing Finance Agency (HFA) finanzierte soziale Infrastrukturprojekte, [C\(2005\) 4668 final](#), 7. Dezember 2005, Rn. 36, 38, wo es um die günstige Finanzierung von Infrastruktureinrichtungen in der Nähe von Sozialwohnungen ging, die von den kommunalen Behörden nach ihrem gesetzlichen Auftrag zur Verfügung zu stellen waren; allgemein zur Unternehmenseigenschaft öffentlicher Unternehmen: *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 38.

38 *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 9.

Wettbewerb mit anderen Akteuren auf dem Wohnungsmarkt, weshalb sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.³⁹

Vor diesem Hintergrund dürften **staatlich geförderte genossenschaftliche oder kommunale Wohnungsunternehmen**, die zur Gewährleistung bezahlbaren Wohnraums (unter Marktpreisen) tätig werden, **grundsätzlich als Unternehmen** i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen sein. Hinsichtlich wirtschaftlich tätiger Genossenschaften hat die Kommission dies ausdrücklich bestätigt. Eine Sonderbehandlung von Genossenschaften sei durch die allgemeinen Wettbewerbsregeln nicht gerechtfertigt, wobei im Einzelfall bestimmte Aspekte ihrer Rechtsform und ihrer Struktur berücksichtigt werden sollten.⁴⁰

2.2.2. Begünstigung / Vorteil

Ein Vorteil i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV ist jede wirtschaftliche Vergünstigung gleich welcher Art, die ein **Unternehmen** unter normalen Marktbedingungen, d.h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte.⁴¹ Als Begünstigungen gelten nicht nur positive Leistungen, sondern auch Maßnahmen, die von Unternehmen regelmäßig zu tragende Belastungen vermindern.⁴² Als Begünstigungen gelten daher neben (nicht rückzahlbaren) **Zuschüssen** und **Zuwendungen** auch **zinsvergünstigte Darlehen**, **Bürgschaften** sowie **Steuererleichterungen**.⁴³ Folglich stellen sämtliche der von der Auftraggeberin genannten Förderoptionen im Ausgangspunkt Vorteile i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar.

39 Vgl. Kommission, Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 395/05 – Irland – Bürgschaft für von der Housing Finance Agency (HFA) finanzierte soziale Infrastrukturprojekte, [C\(2005\) 4668 final](#), 7. Dezember 2005, Rn. 36; *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1239, 1241 mit Beispielen, in denen die Kommission ausnahmsweise die Überlassung von Wohnraum nicht als wirtschaftliche Tätigkeit einstuft; *Keßler*, in: Säcker/Montag (Hrsg.), European State Aid Law, 2016, Teil VIII, Rn. 1013. Kritisch zu diesem „wirkungsorientierten Ansatz“, der allein fragt, ob sich die Tätigkeit im sozialen Wohnbau verzerrend auf den privaten Markt für Wohnbau und Wohnungswesen auswirkt: *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 9.

40 Vgl. Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss, und der Ausschuss der Regionen über die Förderung der Genossenschaften in Europa, [KOM\(2004\) 18 endgültig](#), 23. Februar 2004, Ziff. 3.2.7.

41 Vgl. EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013, verb. Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u.a., Rn. 83; [Beihilfemitteilung](#), Rn. 66 und näher zum Privatinvestortest: *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 12.

42 Ständige Rechtsprechung der Unionsgerichte, vgl. nur: EuGH, Urteil vom 26. April 2018, Rs. C-234/16 und C-235/16, ANGED, Rn. 30; Urteil vom 4. Juni 2015, Rs. C-5/14, Kernkraftwerk Lippe, Rn. 71.

43 *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1242. Speziell zu den Steuererleichterungen: EuGH, Urteil vom 4. Juni 2015, Rs. C-5/14, Kernkraftwerk Lippe, Rn. 72 m.w.N.; Urteil vom 8. Mai 2013, verb. Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u.a., Rn. 80; *Jatzke*, Europäisches Verbrauchsteuerrecht, 2016, B 10; *Seiler*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.) 77. EL September 2022, Art. 110 AEUV, Rn. 5.

Beihilferechtlich irrelevant sind Fördermaßnahmen im Baubereich hingegen, wenn sie ausschließlich die **Nutzer des Wohnraums** und nicht (d.h. auch nicht mittelbar) Wohnungsunternehmen begünstigen.⁴⁴ In der Literatur geht *Damjanovic* davon aus, dass eine „Durchreichung“ von Wohnungsunternehmen gewährten Begünstigungen an Wohnungsnutzer die Beihilfequalität nur ausschließe, wenn es sich hierbei um Wohnungseigentümer handele. Bei Mietwohnungen blieben die Wohnungsunternehmen demgegenüber Eigentümer und profitierten damit von der jeweiligen Förderung.⁴⁵ *Wagner* hebt in diesem Zusammenhang die **Sonderstellung von Genossenschaften** hervor, da diese weder dem Bereich der Selbstnutzung noch dem Bereich der Vermietung an Dritte eindeutig zugeordnet werden könnten. So dienten die Genossenschaften zwar letztlich der Selbstversorgung der Mitglieder. Ein wesentlicher Unterschied zum selbstgenutzten Wohneigentum sei jedoch, dass Wohnungsbestände von Wohnungsbaugenossenschaften im Gemeinschaftseigentum ihrer Mitglieder stünden, also nicht dem jeweiligen Bewohner gehörten. Vor diesem Hintergrund bedürfe es bei jeder Förderung einer genauen Prüfung, ob diese letztlich der Genossenschaft (als Vermieterin) oder den einzelnen Mitgliedern (als Selbstnutzer) zugutekomme.⁴⁶

Eine **Begünstigung** i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt nach der Rechtsprechung zudem dann **nicht vor**, wenn eine staatliche Maßnahme lediglich als Ausgleich für die Erbringung von DAWI bzw. „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“⁴⁷ erbracht wird, sodass die jeweiligen Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten.⁴⁸ Ein derartiger Ausgleich ist indes nur dann nicht als Beihilfe einzustufen, wenn im jeweiligen Einzelfall weitere Voraussetzungen erfüllt sind (sog. **Altmark Trans-Kriterien**).⁴⁹ Diese sollen – da sie im Zusammenhang mit weiteren Ausnahmetatbeständen für DAWI stehen – unter **Ziff. 2.3.** näher erörtert werden. Bereits an dieser Stelle sei aber darauf hingewiesen, dass der Nachweis eines Tatbestandsausschluss nach den Altmark Trans-Kriterien nur selten gelingt (vgl. Ziff. 2.3.4.2.).

2.2.3. Selektivität

Art. 107 Abs. 1 AEUV verbietet Beihilfen zur „Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“, d. h. **selektive Beihilfen**. Eine Maßnahme von rein allgemeinem Charakter, die nicht bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt, fällt folglich nicht unter Art. 107 Abs. 1 AEUV.⁵⁰ Allerdings kann eine Beihilfe selbst dann selektiv sein, wenn sie einen

44 *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1238.

45 *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 13.

46 *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1240.

47 Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entspricht dem der DAWI, vgl. etwa: EuG, Urteil vom 12. Februar 2008, Rs. T-289/03, BUPA, Rn. 162.

48 EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 72 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

49 EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, Rn. 89-93.

50 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 117 f.

ganzen Wirtschaftssektor betrifft.⁵¹ Selektivität liegt zudem in der Regel vor, wenn die Förderung aufgrund einer Ermessensentscheidung gewährt wird.⁵²

Jedenfalls dann, wenn – wie es hier zur Prüfung steht – Förderungen **ausschließlich genossenschaftlichen und kommunalen Unternehmen** zugutekommen, dürfte grundsätzlich die Selektivität gegeben sein.⁵³

Bezüglich **steuerlicher Maßnahmen** ergeben sich aus der Rechtsprechung des EuGH jedoch mit Blick auf **Genossenschaften** Besonderheiten, die nachstehend erläutert werden sollen (Ziff. 2.2.4.1.), um anschließend ihre Übertragbarkeit auf etwaige Steuervergünstigungen für kommunale Unternehmen prüfen zu können (Ziff. 2.2.4.2.).

2.2.3.1. Insbesondere: Steuervergünstigungen für Genossenschaften

Im **Paint Graphos-Urteil** entschied der EuGH zu der Frage, ob **Körperschaftsteuervergünstigungen für bestimmte Genossenschaften** (sog. Produktions- und Arbeitsgenossenschaften) eine selektive Beihilfe darstellen. Hierfür komme es darauf an, ob sich diese Genossenschaften im Hinblick auf das mit Körperschaftsteuer verfolgte Ziel – die Besteuerung von Gesellschaftsgewinnen – in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation mit den steuerlich nicht begünstigten Gesellschaften mit Gewinnerzielungsabsicht befänden.⁵⁴

51 Vgl. etwa: EuGH, Urteil vom 8. September 2011, verb. Rs. C-78/08 bis 80/08, Paint Graphos u.a., Rn. 59 f.; [Beihilfemitteilung](#), Rn. 118. Daher geht *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 10, davon aus, dass auch nach dem aktuellen deutschen Modell des sozialen Wohnungsbaus Selektivität (zugunsten eines Wirtschaftssektors) gegeben sei. Anders *Keßler*, in: Säcker/Montag (Hrsg.), European State Aid Law, 2016, Teil VIII, Rn. 1023, der die Selektivität und damit Beihilfequalität des aktuellen Systems sozialen Wohnungsbaus ablehnt, da nicht nur ein inländischer Wirtschaftszweig, sondern unionsweit alle Unternehmen gleichermaßen profitieren könnten.

52 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 123 ff.; *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1248.

53 Vgl. [Beihilfemitteilung](#), Rn. 121; *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 10.

54 EuGH, Urteil vom 8. September 2011, Paint Graphos u.a., verb. Rs. C-78/08 bis C-80/08, Rn. 52, 54.

Der EuGH betonte, dass auf Unionsebene in der Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE)⁵⁵ sowie durch die Kommissionsmitteilung über die Förderung der Genossenschaften in Europa⁵⁶ anerkannt sei, dass sich Genossenschaften klar **von anderen Wirtschaftsteilnehmern unterschieden**.⁵⁷ Insbesondere hätten Genossenschaften keinen oder nur begrenzten Zugang zu den Kapitalmärkten, sodass sie in ihrer Entwicklung von ihrem eigenen Kapital oder von Kreditfinanzierungen abhängig seien (kein Börsenhandel von Genossenschaftsanteilen). Zudem sei die Verzinsung des Fremdkapitals und der Geschäftsguthaben begrenzt, was die Anlage in eine Genossenschaft weniger vorteilhaft mache. Daher sei die Gewinnspanne bei dieser speziellen Art von Gesellschaften deutlich niedriger als bei Kapitalgesellschaften, die sich den Markterfordernissen besser anpassen könnten.⁵⁸

Vor diesem Hintergrund befänden sich Genossenschaften im Hinblick auf das mit der Körperschaftsteuer verfolgte Ziel **nicht in einer rechtlich und tatsächlich vergleichbaren Situation** mit anderen Gesellschaften, **wenn und soweit** sie einen echten **Gegenseitigkeitszweck** verfolgen, also

- im **wirtschaftlichen Interesse ihrer Mitglieder** handeln,
- mit diesen in einer nicht rein geschäftlichen, sondern **besonderen persönlichen Beziehung** stehen,
- in deren Rahmen die **Mitglieder aktiv beteiligt** sind,
- und Anspruch auf eine **gerechte Verteilung der wirtschaftlichen Erträge** haben.⁵⁹

55 ABl. L 207, 18. August 2003, S. 1 ([konsolidierte Fassung](#)).

56 Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss, und der Ausschuss der Regionen über die Förderung der Genossenschaften in Europa, [KOM\(2004\) 18 endgültig](#), 23. Februar 2004. Vgl. zu den Merkmalen der Genossenschaften und ihrer Rolle bei der Erreichung der gemeinschaftspolitischen und sozialer Ziele insbesondere ebenda, Ziff. 1.1., 1.2., 2.1., 2.2.3, 2.3.2. sowie Ziff. 3.2.6.: „Eine besondere steuerliche Behandlung ist begrüßenswert, aber bei der Ausarbeitung des Rechtsrahmens für Genossenschaften sollte immer der Grundsatz gelten, dass der Schutz oder die Vorteile, die einer bestimmten Unternehmensform gewährt werden, zu den rechtlichen Einschränkungen, dem zusätzlichen gesellschaftlichen Nutzen und den sonstigen Beschränkungen, die mit dieser Unternehmensform verbunden sind, in einem angemessenen Verhältnis stehen und nicht zu unlauterem Wettbewerb führen sollten [...]“.

57 Vgl. hierzu im Einzelnen: EuGH, Urteil vom 8. September 2011, verb. Rs. C-78/08 bis 80/08, Paint Graphos u.a., Rn. 56 ff. Vgl. auch: [Beihilfemitteilung](#), Rn. 157, wonach Genossenschaften besondere Mitgliedschaftsregeln aufweisen, sie zum gegenseitigen Nutzen ihrer Mitglieder und nicht im Interesse externer Investoren handeln, Rücklagen und Vermögen nicht ausgeschüttet werden dürfen, sondern entsprechend dem gemeinsamen Interesse der Mitglieder verwendet werden müssen.

58 EuGH, Urteil vom 8. September 2011, verb. Rs. C-78/08 bis 80/08, Paint Graphos u.a., Rn. 59 f.

59 Vgl. EuGH, Urteil vom 8. September 2011, verb. Rs. C-78/08 bis 80/08, Paint Graphos u.a., Rn. 61 ff.; [Beihilfemitteilung](#), Rn. 158.

Sollten diese Voraussetzungen nicht gegeben sein, gelten die allgemeinen Grundsätze zur Selektivität.⁶⁰

Wenn und soweit also die Gewährung von Steuervergünstigungen⁶¹ zugunsten von Genossenschaften im vorgenannten Sinne in Rede stehen sollte, könnte es insoweit an der Selektivität und damit am Beihilfecharakter mangeln. Derartige Steuervergünstigungen für Genossenschaften wären danach nicht am EU-Beihilfenrecht zu messen.

2.2.3.2. Steuervergünstigungen für kommunale Unternehmen

Fraglich ist, ob kommunale Wohnungsunternehmen im Hinblick auf Steuervergünstigungen mit den Genossenschaften im vorstehend beschriebenen Sinn (Ziff. 2.2.4.1.) gleichgestellt werden können, sodass bei Steuervergünstigungen auch zu ihren Gunsten das Merkmal der Selektivität nicht gegeben wäre.

Kommunale Unternehmen zeichnen sich – wie das bei sonstigen öffentlichen Unternehmen der Fall ist – durch den Einfluss des Staates⁶² und dadurch aus, dass ihre Tätigkeit an einen öffentlichen Zweck gebunden ist: Eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ohne Bezug zu ihren öffentlichen Aufgaben ist nicht zulässig.⁶³ Rein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Unternehmen sind den Gemeinden folglich untersagt.⁶⁴ Soweit aber die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird, können kommunale Unternehmen auch auf die Erwirtschaftung eines Gewinns für die Gemeinde abzielen.⁶⁵ Vor diesem Hintergrund mag die **Gewinnspanne** kommunaler Wohnungsbauunternehmen zwar **vergleichsweise gering** sein. Entscheidend **gegen eine strukturelle Vergleichbarkeit mit Genossenschaften** spricht aber, dass kommunalen Unternehmen der vom EuGH hinsichtlich der Genossenschaften hervorgehobene **Gegenseitigkeitszweck fehlt**. Sie unterscheiden sich zudem per se gerade nicht strukturell von anderen Wirtschaftsteilnehmern, weil sie beispielsweise als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)⁶⁶ oder Aktiengesellschaft (AG)⁶⁷ ausgestaltet werden können.

60 Vgl. [Beihilfemitteilung](#), Rn. 159, 160 i.V.m. 128 ff.

61 Anders als der EuGH beschränkt die Kommission ihre Ausführungen in der [Beihilfemitteilung](#), Rn. 158, nicht auf die Körperschaftsteuer.

62 Vgl. zum unionsrechtlichen Begriff des öffentlichen Unternehmens: *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 78. EL Januar 2023, Art. 107 AEUV. Rn. 24 ff.

63 BVerfGE 61, 82 (107).

64 Ebenda.

65 Vgl. Art. 109 Abs. 1 S. 2 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen.

66 Vgl. Art. 108 Abs. 5 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen.

67 Vgl. Art. 108 Abs. 4 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen. Jeweils allgemein zur Privatrechtsform: Art. 86 Nr. 3 Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern und § 96 Kommunalverfassung des Landes Brandenburg.

Folglich dürfte sich die auf Genossenschaften bezogene Paint Graphos-Entscheidung des EuGH nicht ohne Weiteres auf kommunale Wohnungsunternehmen übertragen lassen.

2.2.4. Auswirkungen auf Wettbewerb und zwischenstaatlichen Handel

Staatliche Förderungen für Unternehmen sind nur dann Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV, wenn sie „den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“, und nur „soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.⁶⁸ Nach der Rechtsprechung des EuGH bedarf es insoweit keines Nachweises, dass eine nationale Maßnahme tatsächlich zu Handelsbeeinträchtigungen und Wettbewerbsverzerrungen führt. Es kommt vielmehr lediglich darauf an, ob die Beihilfe geeignet ist, diese Wirkungen hervorzurufen. Hiervon sei auszugehen, wenn die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen, konkurrierenden Unternehmen in diesem Handel gestärkt werde, wobei unerheblich sei, ob das begünstigte Unternehmen selbst am innerunionalen Handel teilnehme.⁶⁹

Auswirkungen von Fördermaßnahmen auf den Wettbewerb und den zwischenstaatlichen Handel können zwar **ausnahmsweise** ausgeschlossen sein, wenn ein **rein lokales Vorhaben** gefördert wird.⁷⁰ Die bisherige Kommissionspraxis in Bezug auf Wohnraum wird in der Literatur aber dahingehend bewertet, dass potentielle Auswirkungen auf den Wettbewerb und den zwischenstaatlichen Handel regelmäßig bejaht würden. Dies werde teils mit der hohen Anzahl grenzüberschreitender Immobilientransaktionen und dem abschreckenden Effekt umfangreich staatlich geförderter Wohnungen auf grenzüberschreitende Investitionen begründet.⁷¹ Folglich dürfte selbst bei der Förderung nur lokal tätiger (genossenschaftlicher und kommunaler) Wohnungsunternehmen davon auszugehen sein, dass auch **dieses Beihilfemerkmale erfüllt** wäre.

2.2.5. Zwischenergebnis zu den allgemeinen Beihilfemerkmale

Förderungen im Bereich des sozialen Wohnungsbaus bzw. der Schaffung bezahlbaren Wohnraums erfüllen die Beihilfemerkmale in der Regel.⁷² Das Vorliegen einer Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV wäre aber im Detail **anhand eines konkreten nationalen Fördervorhabens** zu überprüfen. Neben dem unter Ziff. 2.3.3. noch näher dargestellten Tatbestandsausschluss für DAWI-Ausgleichsleistungen nach den Altmark Trans-Kriterien, könnte die Beihilfequalität im Bereich

68 Vgl. zu diesen Voraussetzungen im Einzelnen: [Beihilfemitteilung](#), Rn. 185 ff.

69 EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013, verb. Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u.a., Rn. 76 ff.

70 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 196 ff.

71 Vgl. *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1249; *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 16.

72 *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 7. Vgl. aber *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1236, mit Beispielen für wohnungspolitische Maßnahmen, die mangels Übertragung staatlicher Mittel, Unternehmensbegünstigung oder Selektivität beihilferechtlich irrelevant sind (bspw. gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes, Begrenzung von Mieterhöhungen, Wohngeldzahlungen an Verbraucher, allgemeine Senkung der Grunderwerbssteuer).

der Wohnraumförderung im Einzelfall etwa auch entfallen, wenn ausschließlich Wohnungsnutzer, nicht aber Unternehmen begünstigt werden (vgl. Ziff. 2.2.2.). Bei Steuervergünstigungen für Genossenschaften kann nach den im Paint Graphos-Urteil des EuGH entwickelten Vorgaben die Selektivität entfallen (vgl. Ziff. 2.2.3.).

2.3. Gleichwohl: EU-Beihilferechtskonformität durch die Einstufung der Bereitstellung bezahlbaren Wohnraums als DAWI?

Nach der Rechtsprechung des EuGH weisen DAWI im Vergleich zu anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens **besondere Merkmale** auf.⁷³ Ihre Förderung durch einen Mitgliedstaat kann daher im Ergebnis – auch wenn die allgemeinen Beihilfemerkmale zunächst vorliegen – EU-beihilferechtskonform sein. Hierfür kommen verschiedene Ansatzpunkte in Betracht, die nachfolgend unter Ziff. 2.3.1. zunächst überblicksartig und dann unter den Ziff. 2.3.2. bis 2.3.6 im Einzelnen dargestellt werden.

2.3.1. Überblick

Wie oben unter Ziff. 2.1. dargelegt, kommen bei **Ausgleichsleistungen für DAWI** grundsätzlich ein Ausschluss der Beihilfequalität trotz Vorliegens der allgemeinen Beihilfemerkmale i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV (**Tatbestandsausschluss**), ein Entfallen der Anmeldepflicht (**Freistellung**) oder die Erteilung einer **Genehmigung** in Betracht.

Neben dem Tatbestandsausschluss nach den Altmark Trans-Kriterien (Ziff. 2.3.4.1) kann die Beihilfequalität entfallen, wenn der in der sog. **DAWI-De-minimis-Verordnung**⁷⁴ normierte Schwellenwert nicht überschritten wird (vgl. Ziff. 2.3.3.). Freistellungen von der Anmeldepflicht kommen nach dem sog. **DAWI-Freistellungsbeschluss**⁷⁵ (vgl. Ziff. 3.3.4.) und der **Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung** (AGVO, siehe Ziff. 2.3.6.)⁷⁶ in Betracht. Sofern eine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt und eine Freistellung ausscheidet, ist eine Genehmigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. dem sog. **DAWI-Rahmen**⁷⁷ möglich (siehe Ziff. 2.3.5.).⁷⁸

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der vorgenannten Regelungen ist das **Vorliegen einer DAWI**. Es stellt sich also zunächst die Frage, **welche Konzepte** des „**sozialen Wohnungsbaus**“

73 Vgl. nur: EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998, Rs. C-266/96, Corsica Ferries France SA u.a., Rn. 45.

74 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, 26. April 2012, S. 8 ([konsolidierte Fassung](#)).

75 [ABl. L 7, 11. Januar 2012, S. 3](#) (siehe schon Fn. 18).

76 Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 187, 26. Juni 2014, S. 1 ([konsolidierte Fassung](#)).

77 [ABl. C 8, 11. Januar 2012, S. 15](#) (siehe schon Fn. 21).

78 Vgl. Ziff. 7 [DAWI-Rahmen](#).

und darüber hinaus **allgemeiner Wohnraumförderung** unionsrechtlich überhaupt **als DAWI anerkannt** werden (Ziff. 2.3.2.).⁷⁹

2.3.2. Wohnraumförderung als DAWI

Im Folgenden wird zunächst das unionsrechtliche Begriffsverständnis des sozialen Wohnungsbaus näher analysiert (Ziff. 2.3.2.1.) und sodann der Frage nachgegangen, ob auch eine allgemeine, nicht zielgruppenorientierte Wohnraumförderung als DAWI eingestuft und damit den spezifischen Beihilfebestimmungen zu Ausgleichsleistungen für DAWI unterfallen kann (Ziff. 2.3.2.2.).

2.3.2.1. Sozialer Wohnungsbau als DAWI

Der **soziale Wohnungsbau** findet in **Art. 2 Abs. 1 Buchst. c DAWI-Freistellungsbeschluss** als DAWI-Kategorie i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV ausdrücklich Erwähnung. Der Bereich des sozialen Wohnungsbaus genießt insofern eine privilegierte Stellung, als Ausgleichsleistungen ohne finanzielle Obergrenze möglich sind. Art. 2 Abs. 1 Buchst. c weicht hierin⁸⁰ von der allgemeinen Regel aus Art. 2 Abs. 1 Buchst. a DAWI-Freistellungsbeschluss ab, nach der für DAWI-Ausgleichsleistungen eine Obergrenze von 15 Mio. EUR gilt.

2.3.2.1.1. Aktuelles Begriffsverständnis der EU-Organe

Wie bei der Definition sonstiger DAWI verfügen die Mitgliedstaaten auch bei Dienstleistungen des sozialen Wohnungsbaus im Ausgangspunkt über ein **weites Ermessen**.⁸¹ Die Kommission überprüft entsprechende mitgliedstaatliche Entscheidungen daher nur auf offenkundige Fehler und auch die Unionsgerichte überprüfen nur, ob die Kommission das Vorliegen eines offenkundigen Fehlers zu Recht angenommen hat.⁸² In seiner Entscheidung zum niederländischen System des sozialen Wohnungsbaus, hat das EuG in seinem Urteil vom 15. November 2018 aber bestätigt,

79 Vgl. in diesem Sinne zu Art. 106 Abs. 2 AEUV: Kommission, Beschluss über die staatlichen Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – Niederlande – Bestehende Beihilfe und Sonderbeihilfe für Projekte für Wohnungsbaugesellschaften, C(2009) 9963 final, 15. Dezember 2009, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/197757/197757_1155868_173_2.pdf, Rn. 49.

80 Ebenso wie Art. 2 Abs. 1 Buchst. b, d, e DAWI-Freistellungsbeschluss.

81 EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013, verb. Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u.a., Rn. 88; *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1252; *Dietrich*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, 2012, S. 33 ff. Vgl. auch Kommission, Beschluss über die staatlichen Beihilfe N 209/2001 – Irland – Garantie for borrowings of the Housing Finance Agency, [SG \(2001\) D/ 289528](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/2001/2001_289528_3.pdf), 3. Juli 2001, wonach nicht nur an der Bereitstellung von bezahlbaren Mietwohnungen, sondern auch an der Finanzierung des Wohnraumerwerbs ein Gemeinwohlinteresse bestehen kann.

82 EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 79, 81.

dass dieser mitgliedstaatliche Ermessensspielraum durch das im DAWI-Freistellungsbeschluss⁸³ zum Ausdruck kommende **Begriffsverständnis der Kommission beschränkt** ist:⁸⁴ Art. 2 Abs. 1 Buchst. c DAWI-Freistellungsbeschluss bezieht sich ausschließlich auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI „**zur Deckung des sozialen Bedarfs**“. Aus Erwägungsgrund (ErwG) 11 DAWI-Freistellungsbeschluss geht zudem hervor, dass mit sozialem Wohnungsbau die Bereitstellung von „*Wohnraum für benachteiligte Bürger oder sozial schwächere Bevölkerungsgruppen*“ gemeint ist, die „*nicht die Mittel haben, sich auf dem freien Wohnungsmarkt eine Unterkunft zu beschaffen*“.

Aus der vom EuG bestätigten Kommissionspraxis bei der Anwendung des Begriffs „sozialer Wohnungsbau“ folgt daher jedenfalls, dass mitgliedstaatliche Fördermodelle, die eine **umfassende wohnungspolitische Agenda ohne Eingrenzung der Zielgruppe** verfolgen und **bezahlbaren Wohnraum für die Bevölkerung insgesamt** gewährleisten wollen, **nicht** bereits nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. c **DAWI-Freistellungsbeschluss EU-beihilferechtskonform** sein dürften.⁸⁵

2.3.2.1.2. Kritik und Reformappelle

Das vorstehend beschriebene **enge Begriffsverständnis** der Kommission wird in der Wissenschaft und Praxis **kritisiert**.⁸⁶ So wurden in der Literatur Bedenken geäußert, dass hierdurch soziale Segregation befördert, Leerstände in manchen Regionen verursacht und die Mittelklasse vom sozialen Wohnbau ausgeschlossen werden könnte.⁸⁷ Im **Aktionsplan der Partnerschaft im Bereich Wohnungswesen** aus dem Jahr 2018 wurde eine Neufassung des DAWI-Freistellungsbeschlusses gefordert, in der die Beschränkung des sozialen Wohnungsbaus auf benachteiligte Bürger oder

83 Der Fall war anhand der vor dem DAWI-Freistellungsbeschluss geltenden Entscheidung der Kommission 2005/842/EG vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, [ABl. L 312, 29. November 2005](#), S. 67, zu entscheiden. Das Konzept des sozialen Wohnungsbaus in der Kommissionsentscheidung 2005/842/EG und dem DAWI-Freistellungsbeschluss ist aber identisch, vgl. insbesondere ErwG 16 Kommissionsentscheidung 2005/842/EG und ErwG 11 DAWI-Freistellungsbeschluss.

84 EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 83 ff.

85 Vgl. die entsprechende Einschätzung von *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 21.

86 Vgl. Kommission, Arbeitsunterlage, Evaluation of the State subsidy rules for health and social services of general economic interest (“SGEIs”) and of the SGEI de minimis Regulation, [SWD\(2022\) 388 final, 1. Dezember 2022](#), S. 31.

87 Vgl. die Nachweise bei Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung, Vorschläge für einen zukunftsorientierten EU-Beihilfenrahmen, [März 2022](#), S. 109; sowie die Kritik bei: *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 22, und *Keßler*, in: Säcker/Montag (Hrsg.), European State Aid Law, 2016, Teil VIII, Rn. 1018, die hierin eine unzulässige Beschränkung des mitgliedstaatlichen Ermessensspielraums bei der Definition von DAWI sehen.

sozial schwache Gruppen gestrichen werden solle.⁸⁸ In seiner **Entschließung** „Angemessener und erschwinglicher Wohnraum für alle“ vom 21. Januar 2021 verweist das **Europäische Parlament** darauf, dass der soziale Wohnungsbau der einzige Sektor im DAWI-Freistellungsbeschluss sei, der eine Zielgruppe (benachteiligte Bürger oder sozial schwächere Gruppen) angebe. Diese restriktive Definition könne die Möglichkeit einschränken, erschwinglichen Wohnraum für alle bereitzustellen. Vor diesem Hintergrund hat das Europäische Parlament die Kommission **nachdrücklich aufgefordert** die **Definition der Zielgruppe** für sozialen und öffentlich geförderten Wohnungsbau **anzupassen**.⁸⁹ Es solle nicht nur der soziale Wohnungsbau, sondern der **gesamte Wohnungssektor** in die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse aufgenommen werden, da dies unbedingt erforderlich sei, um das Recht auf erschwinglichen und angemessenen Wohnraum für alle sicherzustellen.⁹⁰

Aus öffentlich zugänglichen Quellen ist indes nicht ersichtlich, dass die Kommission konkret an einer Änderung des DAWI-Freistellungsbeschlusses arbeitet. Vielmehr hat sie noch im Jahr 2021, als der soziale Wohnungsbau als Kategorie in Art. 2 Nr. 103b AGVO eingefügt wurde, an der engen Definition festgehalten (siehe noch Ziff. 2.3.6.).⁹¹

2.3.2.1.3. Schlussfolgerungen aufgrund des aktuellen Rechtsstandes

Nach aktuellem Stand bleibt es damit trotz der Kritik und Reformappelle bei der (engen) Definition des sozialen Wohnungsbaus in Art. 2 Abs. 1 Buchst. c i.V.m. ErwG 11 DAWI-Freistellungsbeschluss. Sollen nationale Wohnraumförderungen unter die Freistellung „sozialer Wohnungsbau“ fallen, ist der mitgliedstaatliche Ausgestaltungsspielraum folglich dahingehend eingeschränkt, dass die staatlich finanzierten Leistungen „**zur Deckung des sozialen Bedarfs**“ dienen

88 Vgl. Die Partnerschaft im Bereich Wohnungswesen der EU-Städteagenda, Aktionsplan, Dezember 2018. S. 27, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ua_housing_ap_trad_de.pdf, wo stattdessen eine Bereitstellung von Sozialwohnungen für klar definierte Gruppen von Menschen zur Förderung der sozialen Durchmischung und Wiederbelebung städtischer Gebiete mit rückläufiger Entwicklung als DAWI-Kategorie gefordert wurde.

89 Europäisches Parlament, Entschließung, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 21. Januar 2021 zu dem Zugang zu angemessenem und erschwinglichem Wohnraum für alle (2019/2187(INI)), [P9_TA\(2021\)0020](#), Rn. 52. Vgl. bereits: Europäisches Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 11. Juni 2013 zum sozialen Wohnungsbau in der Europäischen Union (2012/2293(INI)), [P7_TA\(2013\)0246](#), Rn. 12, wo das Europäische Parlament seine Besorgnis über die restriktive, nur auf benachteiligte Gruppen abzielende Definition des sozialen Wohnungsbaus zum Ausdruck bringt.

90 Europäisches Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 21. Januar 2021 zu dem Zugang zu angemessenem und erschwinglichem Wohnraum für alle (2019/2187(INI)), [P9_TA\(2021\)0020](#), Rn. 52.

91 Vgl. Verordnung (EU) 2021/1237 der Kommission vom 23. Juli 2021 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, [ABl. L 270, 29. Juli 2021, S. 39](#).

müssen und eine **Zielgruppe zu definieren** ist, die sich i.S.v. ErwG 11 nicht auf dem freien Wohnungsmarkt mit Wohnraum versorgen kann.⁹² Wie schon festgestellt, folgt aus der vom EuG bestätigten Kommissionspraxis daher jedenfalls, dass es von Art. 2 Abs. 1 Buchst. c DAWI-Freistellungsbeschluss **nicht gedeckt** wäre, Leistungen im Wohnungsbau ohne Eingrenzung der Zielgruppe – also **für die gesamte Bevölkerung** – staatlich zu fördern.⁹³

Hinsichtlich des verbleibenden mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums dürfte Folgendes relevant sein:

- Die Begriffe „benachteiligte Bürger“ und „sozial schwache Bevölkerungsgruppen“ in ErwG 11 DAWI-Freistellungsbeschluss werden dort lediglich dahingehend konkretisiert, dass es sich um Personen handelt, die nicht die Finanzmittel haben, um sich auf dem freien Wohnungsmarkt mit Wohnraum zu versorgen.
- In ihrer Entscheidung zum niederländischen Sozialwohnungsbau betonte die Kommission das weite Ermessen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der **Größe der Zielgruppe** und der **genauen Modalitäten für die Anwendung des Systems** auf die Zielgruppen.⁹⁴
- Das EuG fasste in seinem Urteil zum niederländischen Sozialwohnungsbau die Pflichten der Mitgliedstaaten dahingehend zusammen, dass es an ihnen sei,

*„rechtlich hinreichend nachzuweisen, dass der **Umfang** der den Wohnungsbaugesellschaften übertragenen DAWI in Bezug auf die **tatsächliche Notwendigkeit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung** erforderlich und verhältnismäßig war. Sie hatten somit nachzuweisen, dass die Definition der den Wohnungsbaugesellschaften übertragenen Aufgabe **hinreichend präzise** war, um dem **Ziel der DAWI des sozialen Wohnungsbaus zu entsprechen**, das nach der Entscheidung 2005/842^[95] darin besteht, Wohnraum für benachteiligte*

92 Hierfür ließ die Kommission eine Regelung, nach der „vorrangig“ Personen mit „Schwierigkeiten [...], eine angemessene Wohnung zu finden“ nicht ausreichen, vgl. Kommission, Beschluss über die staatlichen Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – Niederlande – Bestehende Beihilfe und Sonderbeihilfe für Projekte für Wohnungsbaugesellschaften, C(2009) 9963 final, (siehe Fn. 79), Rn. 55 (eigene Übersetzung); EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 93. Zustimmend: *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1252. Kritisch hingegen: *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 22, der hierin eine unzulässige Beschränkung des mitgliedstaatlichen Ermessensspielraums bei der Definition von DAWI sieht.

93 Vgl. in diesem Sinne auch: *Lange*, [Die Neue Wohngemeinnützigkeit](#), Unionsrechtliche Bedingungen für die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe, Dezember 2022, S. 23.

94 Vgl. Kommission, Beschluss über die staatlichen Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – Niederlande – Bestehende Beihilfe und Sonderbeihilfe für Projekte für Wohnungsbaugesellschaften, C(2009) 9963 final, (siehe Fn. 79), Rn. 55.

95 Jetzt: DAWI-Freistellungsbeschluss.

*Bürger oder sozial schwache Bevölkerungsgruppen bereitzustellen, die **nicht die Mittel haben, sich auf dem freien Wohnungsmarkt eine Unterkunft zu beschaffen**“.*⁹⁶

Aus dem Vorstehenden folgt, dass sich der Umfang der DAWI und der Zielgruppe an der „*tatsächlichen Notwendigkeit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung*“ bzw. am sozialen Bedürfnis ausrichten muss, wobei das Unionsrecht **keine Vorgaben zur Größe der Zielgruppe** macht. Sofern die Gegebenheiten des Wohnungsmarktes bedingen, dass sich auch die Mittelschicht bzw. ein Teil der **Mittelschicht** am freien Wohnungsmarkt nicht mehr mit eigenen Mitteln adäquat versorgen kann, sprechen sachliche Gründe dafür, dass es unionsrechtlich zulässig wäre, die soziale Zielgruppe **entsprechend auszuweiten**.⁹⁷ Durch die Definition der Zielgruppe soll verhindert werden, dass vermögende Bevölkerungsgruppen, die nicht auf den geförderten günstigen Wohnraum angewiesen sind, gleichwohl Zugang zu unter dem Marktpreis liegendem Wohnraum bekommen. Es soll der Gefahr entgegengewirkt werden, dass Wohnungsbaugesellschaften auch im Hinblick auf ihre kommerziellen (Neben-)Tätigkeiten von den Beihilfen profitierten (Quersubventionierung) und diese nicht unter Marktbedingungen ausüben, sodass Benachteiligung kommerzieller Wettbewerber eintritt.⁹⁸ Diesen Anforderungen könnte auch genügt werden, wenn eine präzise definierte Zielgruppe des sozialen Wohnungsbaus Bevölkerungsgruppen mit mittlerem Einkommen einschließen würde. Zur diesbezüglichen Einschätzung der **Kommission** und der **Unionsgerichte** ist hingegen keine gesicherte Prognose möglich.⁹⁹

Hinsichtlich der Anforderungen an eine hinreichend **präzise Definition** der Zielgruppe wurde im Verfahren vor dem EuG zum niederländischen Sozialwohnungsbau betont, dass die Kommission

96 EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 97. Gelingt dem Mitgliedstaat dieser Nachweis nicht, kann hierin ein rechtserheblicher offensichtlicher Beurteilungsfehler liegen, vgl. ebenda, Rn. 99.

97 So auch: *Lange*, [Die Neue Wohngemeinnützigkeit](#), Unionsrechtliche Bedingungen für die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe, Dezember 2022, S. 24 f. Im von der Kommission als EU-beihilferechtskonform bestätigten System erfasste die festgelegte Einkommensobergrenze 43% der Bevölkerung, vgl. Kommission, Beschluss über die staatlichen Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – Niederlande – Bestehende Beihilfe und Sonderbeihilfe für Projekte für Wohnungsbaugesellschaften, C(2009) 9963 final, (siehe Fn. 79), Rn. 41. Teils wird auch vertreten, dass eine typisierende Erweiterung der Berechtigten (z.B. Studentenwohnungsbau) durchaus unter dem Begriff der sozial schwächeren Bevölkerungsgruppe fallen könnte, da Studenten typischerweise kein oder nur ein geringes Einkommen hätten, vgl. *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1258.

98 Vgl. EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 101, 107, 116 ff.

99 Insofern ist zu bedenken, dass nach Ansicht der Kommission ein „unmittelbarer Zusammenhang mit sozial schwachen Haushalten“ bestehen müsse, vgl. Beschluss über die staatlichen Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – Niederlande – Bestehende Beihilfe und Sonderbeihilfe für Projekte für Wohnungsbaugesellschaften, C(2009) 9963 final, (siehe Fn. 79), Rn. 132.

– angesichts des mitgliedstaatlichen Ermessensspielraums – nicht vorgegeben habe, dass die Zielgruppe zwingend durch die Bestimmung einer **Einkommensobergrenze** definiert werden muss.¹⁰⁰ Zudem blieb unbeanstandet, dass nach dem niederländischen Modell **10% der Wohnungen** unabhängig vom Verdienst nach **sonstigen Kriterien der sozialen Bedürftigkeit** vergeben wurden (bspw. kinderreiche Familien).¹⁰¹ Die Kommission erkannte insoweit das mit der nationalen Regelung verfolgte Ziel der **sozialen Durchmischung** als legitimes Interesse an.¹⁰² Entsprechend geht man in der Wissenschaft davon aus, dass den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zugestanden wird, bei der Definition von Sozialwohnungen auch (begrenzt) andere Kriterien als begrenzte finanzielle Mittel zugrunde zu legen.¹⁰³ Gleichwohl geht man in der Literatur davon aus, dass die Festlegung einer Einkommensobergrenze ein sehr **praktikabler Weg** zur Definition sein kann, um die Zielgruppe hinreichend präzise zu definieren.¹⁰⁴

Vor diesem Hintergrund käme nach EU-Beihilfebestimmungen zwar wohl eine recht weitgehende **Ausweitung** des im Bereich des sozialen Wohnungsbaus **berechtigten Personenkreises** in Betracht. Eine nicht zielgruppenorientierte Förderung ist vom Begriff des sozialen Wohnungsbaus hingegen nicht erfasst.

2.3.2.2. Darüber hinaus: Bezahlbarer Wohnraum als DAWI?

Fraglich ist, ob eine Wohnraumförderung, die allgemein auf die Schaffung bezahlbaren Wohnraums gerichtet ist, bzw. deren Zielgruppendefinition nicht den Anforderungen von Art. 2 Abs. 1 Buchst. c DAWI-Freistellungsbeschluss entspricht, gleichwohl als DAWI eingestuft werden und – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – EU-beihilferechtskonform sein kann.

2.3.2.2.1. Bezahlbarer Wohnraum als DAWI i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a DAWI-Freistellungsbeschluss

In Betracht kommt, dass die allgemeine Wohnraumförderung **Art. 2 Abs. 1 Buchst. a DAWI-Freistellungsbeschluss** unterfällt. Nach dieser Bestimmung gilt der DAWI-Freistellungsbeschluss für

100 Diese war vielmehr von den Niederlanden als Mittel zur Definition der Zielgruppe vorgeschlagen worden, vgl. EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 94, 131, 134 ff. Nach Einschätzung des EuG sei nicht auszuschließen, dass auch ein anderes Definitivskriterium von der Kommission gebilligt worden wäre, sofern die Definition hinreichend klar gewesen wäre und einen Zusammenhang mit benachteiligten Personen hergestellt hätte, ebenda, Rn. 137.

101 Vgl. zur Ausgestaltung: Kommission, Beschluss über die staatlichen Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – Niederlande – Bestehende Beihilfe und Sonderbeihilfe für Projekte für Wohnungsbaugesellschaften, C(2009) 9963 final, (siehe Fn. 79), Rn. 41.

102 Vgl. Kommission, Beschluss über die staatlichen Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – Niederlande – Bestehende Beihilfe und Sonderbeihilfe für Projekte für Wohnungsbaugesellschaften, C(2009) 9963 final, (siehe Fn. 79), Rn. 58.

103 *Toussain*, [Social Housing as SGEI : legal analyse of the ECJ ruling](#), Housing Europe, 27. November 2018.

104 Vgl. *Lange*, [Die Neue Wohngemeinnützigkeit](#), Unionsrechtliche Bedingungen für die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe, Dezember 2022, S. 24 und *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1258.

DAWI-Ausgleichsleistungen mit Ausnahme der Bereiche Verkehr und Verkehrsinfrastruktur in Höhe von **nicht mehr als 15 Mio. EUR pro Jahr**.

Teilweise geht man in der Literatur wohl von einer „Sperrwirkung“ des Art. 2 Abs. 1 Buchst. c DAWI-Freistellungsbeschluss im Bereich des sozialen Wohnungsbaus aus: Erfüllt eine staatliche Wohnraumförderung nicht die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 Buchst. c DAWI-Freistellungsbeschluss soll Art. 2 Abs. 1 Buchst. a als Auffangnorm offenbar ausscheiden.¹⁰⁵ Für die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 1 Buchst. a spricht aber, dass der soziale Wohnungsbau zu den in Art. 2 Abs. 1 Buchst. c i.V.m. ErwG 11 abschließend definierten Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (SDAI)¹⁰⁶ zählt, für die ausnahmsweise der Schwellenwert von 15 Mio. EUR nicht gilt.¹⁰⁷ Die Kommission hat insoweit in ihrem Leitfaden vom 29. April 2013 ausgeführt, dass, sofern eine bestimmte **SDAI von der Definition in Art. 2 Abs. 1 Buchst. c nicht abgedeckt** sein sollte, die jeweilige Ausgleichsleistung dennoch **von der Pflicht zur Anmeldung nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. a befreit** sein könne, sofern die Ausgleichsleistung den Schwellenwert nicht übersteige.¹⁰⁸

Geht man auf dieser Grundlage also davon aus, dass Art. 2 Abs. 1 Buchst. c DAWI-Freistellungsbeschluss keine „Sperrwirkung“ hinsichtlich der Einstufung allgemeiner Wohnraumförderung als DAWI entfaltet, wären gleichwohl die **allgemeinen unionsrechtlichen Vorgaben für die Einstufung als DAWI** zu beachten.¹⁰⁹ Insoweit wäre insbesondere erforderlich, dass es sich bei der Bereitstellung von bezahlbarem Wohnraum um eine Dienstleistung handelt, an der ein allgemeines oder öffentliches Interesse besteht, das sich von dem Interesse an anderen wirtschaftlichen Aktivitäten unterscheidet. Notwendig ist, dass das öffentliche Interesse am Angebot einer Dienstleistung – im Sinne eines tatsächlichen Verbraucherinteresses – **nicht durch den freien Markt**

105 Vgl. in diese Richtung *Danjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 22, der dies aus der Kommissionsentscheidung zum Sozialwohnungsbau in den Niederlanden ableiten möchte. Da die Kommission hier aber die Kriterien des Sozialwohnungsbaus erfüllt sah, musste sie sich mit der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 1 Buchst. a DAWI-Freistellungsbeschluss nicht befassen, vgl. Kommission, Beschluss über die staatlichen Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – Niederlande – Bestehende Beihilfe und Sonderbeihilfe für Projekte für Wohnungsbaugesellschaften, C(2009) 9963 final, (siehe Fn. 79), Rn. 48, 73 f.

106 Unter SDAI versteht die Kommission neben Gesundheitsdienstleistungen auch soziale Sicherungssysteme zur Absicherung gegen elementare Lebensrisiken sowie andere grundlegende persönliche Dienstleistungen, die eine individuelle Hilfe für (sozial schwache) Einzelpersonen sind und damit zugleich den Zusammenhalt in der Bevölkerung insgesamt stärken. Zu dieser dritten Kategorie zählt der soziale Wohnungsbau. Vgl. Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 20 f., Frage 3 sowie Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Begleitdokument zu der Mitteilung „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“ – Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement, [KOM\(2007\) 725 endgültig, 20. November 2007](#), S. 8.

107 So auch: *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1251, 1259.

108 Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 63 Frage 94.

109 Vgl. *Dietrich*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, 2012, S. 128, dazu, dass sich trotz des mitgliedstaatlichen Spielraums unionsrechtliche Einstufungsgrundsätze herausgebildet haben.

befriedigt wird („Marktversagen“).¹¹⁰ Die Kommission hält es jedenfalls für „*nicht zweckmäßig*“ bestimmte Dienstleistungen als DAWI auszugestalten, wenn diese von im Einklang mit den Marktregeln handelnden Unternehmen „*zu normalen Marktbedingungen, die sich – zB im Hinblick auf den Preis, objektive Qualitätsmerkmale, Kontinuität und den Zugang zu der Dienstleistung – mit dem vom Staat definierten öffentlichen Interesse decken, bereits zufriedenstellend erbracht werden oder erbracht werden können*“.¹¹¹ Ein legitimes öffentliches Interesse wird insbesondere hinsichtlich Universaldienstleistungen, also der **Versorgung der gesamten Bevölkerung mit Grundversorgungsleistungen** (etwa Telekommunikation, Post, Energie, Verkehrsdienstleistungen) zu einheitlichen Preisen angenommen, um den Ausschluss der Bevölkerung in Hochpreisgebieten von diesen Leistungen zu vermeiden.¹¹² Wie entsprechend zum sozialen Wohnungsbau festgestellt, müsste schließlich bei der konkreten Ausgestaltung nachgewiesen werden, dass der Umfang der DAWI in Bezug auf die tatsächliche Notwendigkeit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung erforderlich und verhältnismäßig ist.

Dafür, dass die (nicht zielgruppenbezogene) Förderung bezahlbaren Wohnraums – bei Nachweis eines entsprechenden Bedürfnisses im jeweiligen Mitgliedstaat – als DAWI anerkannt werden könnte, könnte sprechen, dass der **EuGH** in einem anderen Kontext die **Bekämpfung des Mietwohnungsmangels** als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkannt hat.¹¹³ Außerdem hat der EFTA-Gerichtshof¹¹⁴ entschieden, dass die Erleichterung des Erwerbs von Eigenheimen durch die Bevölkerung eine DAWI darstellen kann.¹¹⁵

Soweit ersichtlich haben sich die Kommission und die Unionsgerichte aber noch nicht ausdrücklich zur (nachrangigen) Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 1 Buchst. a DAWI-Freistellungsbeschluss positioniert. Gesicherte Aussagen sind daher nicht möglich.

110 Zum Ganzen: *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 138 ff. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 20. Februar 2001, Rs. C-205/99, Analir, Rn. 71, wo der Nachweis eines „wirklichen Bedarfs“ der DAWI gefordert wird. Ausführlich: *Dietrich*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, 2012, S. 128 ff.

111 [DAWI-Mitteilung](#), Rn. 48 f.; Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 26, Frage 11. Strenger: Kommission, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, [ABl. C 25, 26. Januar 2013, S. 1](#), Rn. 19, wo es unter Bezugnahme auf die DAWI-Mitteilung heißt, die Kommission habe bereits allgemein festgestellt, dass die Mitgliedstaaten Dienstleistungen nicht mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verknüpfen dürfen, wenn diese von Unternehmen unter Marktbedingungen zufriedenstellend erbracht werden.

112 Siehe z.B. Begleitdokument zu der Mitteilung „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“ – Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement EuGH, Urteil vom 19. Mai 1993, Rs. C-320/91, Corbeau, Rn. 15; [DAWI-Mitteilung](#), Rn. 50; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 139.

113 EuGH, Urteil vom 22. September 2020, verb. Rs. C-724/18 und C-727/18, Cali Apartments, Rn. 75.

114 Hierbei handelt es sich um den für die Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums, bestehend aus den EU-Mitgliedstaaten sowie Norwegen, Island und Liechtenstein zuständigen Gerichtshof.

115 EFTA Gerichtshof, Urteil vom 7. April 2006, Rs. E-9/04, The Bankers' and Securities' Dealers Association of Iceland/EFTA Surveillance Authority, Rn. 68 ff.

2.3.2.2.2. Bezahlbarer Wohnraum als DAWI i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV

Geht man davon aus, dass eine allgemeine Wohnraumförderung als DAWI i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a DAWI-Freistellungsbeschluss eingestuft werden kann, wäre – sofern die unter Ziff. 2.3.2.2.1. dargestellten Merkmale erfüllt sind – auch als DAWI i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV einzustufen.¹¹⁶ In diesem Fall wären sämtliche der nachfolgend unter Ziff. 2.3.3. bis 2.3.6. dargestellten DAWI-spezifischen Regeln einschließlich der Altmark Trans-Rechtsprechung¹¹⁷ anwendbar.

2.3.2.3. Zwischenergebnis

Sozialer Wohnungsbau i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Buchst. c DAWI-Freistellungsbeschluss ist als DAWI unionsrechtlich anerkannt. Um diese DAWI-Kategorie zu erfüllen, für die nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss kein Schwellenwert gilt, müssen nationale Fördermaßnahmen eine **klare Definition der Zielgruppe** vornehmen, die sich auf dem freien Wohnungsmarkt nicht mit eigenen Mitteln adäquat versorgen könnten. Sofern eine so verstandene „soziale Bedürftigkeit“ bis in **mittlere Einkommensgruppen** reicht, scheint es folgerichtig auch diese Personen in die Zielgruppe des sozialen Wohnungsbaus aufzunehmen. Die Vorgaben der Unionsorgane, nach denen vermögende Bevölkerungsgruppen, die sich am freien Markt mit Wohnraum versorgen können, nicht auf vergünstigten Wohnraum zugreifen können sollen und Quersubventionen zugunsten kommerzieller Betätigungen der Wohnungsunternehmen auszuschließen sind, ließen sich auch durch eine solche vergleichsweise weite Fassung der Zielgruppe jedenfalls erfüllen. Aufgrund der bisherigen Kommissionspraxis und Rechtsprechung der Unionsgerichte lässt sich indes nicht mit Sicherheit sagen, ob die Unionsgerichte ein solches Vorgehen bestätigen würden. Hinsichtlich der präzisen Definition der Zielgruppe hat die Kommission nicht zwingend die Festlegung einer Einkommensobergrenze verlangt und im Interesse der sozialen Durchmischung in begrenztem Umfang auch sonstige Kriterien sozialer Bedürftigkeit anerkannt. Gleichwohl dürfte die Festlegung einer **Einkommensobergrenze** der praktikabelste Weg sein (vgl. zum Ganzen Ziff. 2.3.2.1.3.).

Es sprechen sachliche Gründe dafür, dass grundsätzlich auch eine **allgemeine Wohnraumförderung**, die den zuvor genannten Anforderungen des „sozialen Wohnungsbaus“ nicht genügt, als DAWI i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV und Art. 2 Abs. 1 Buchst. a DAWI-Freistellungsbeschluss anerkannt werden kann (vgl. Ziff. 2.3.2.2.). Hierfür wäre das Vorliegen der insoweit maßgeblichen allgemeinen Voraussetzung für die Festlegung einer Dienstleistung als DAWI nachzuweisen (vgl.

116 So i.E. sowohl *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1251, als auch *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 24.

117 Zwar sind die Voraussetzungen für eine Tatbestandsausnahme nach den Altmark Trans-Kriterien insgesamt strenger als die auf Art. 106 Abs. 2 AEUV gestützte Rechtfertigungsmöglichkeiten. Das Kriterium der Betrauung mit einer klar definierten DAWI ist aber deckungsgleich, vgl. EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 77 f.

Ziff. 2.3.2.2.1.). Es sei noch auf ErwG 26 hingewiesen. Danach kommt eine Anmeldung der Beihilfe bei der Kommission auch dann in Betracht, wenn Unsicherheiten bestehen, ob die Voraussetzungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses erfüllt sind.¹¹⁸

In jedem Fall setzt Beihilfekonformität von DAWI-Ausgleichsleistungen voraus, dass jedenfalls eine der nachfolgend näher dargestellten DAWI-spezifischen Fallkonstellationen mit **jeweils gesonderten Voraussetzungen** gegeben ist (Ziff. 2.3.3. bis Ziff. 2.3.6.).

2.3.3. Tatbestandsausschluss nach der DAWI-De-minimis-Verordnung

Nach Art. 2 Abs. 2 der rechtsverbindlichen **DAWI-De-minimis-Verordnung** sind staatliche Ausgleichszahlungen für DAWI dann keine Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV und damit nicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV notifizierungspflichtig, wenn sie pro Unternehmen **500 000 EUR**¹¹⁹ in einem **Zeitraum von drei aufeinanderfolgenden Steuerjahren** nicht überschreiten.¹²⁰

Die DAWI-De-minimis Verordnung erleichtert folglich vor allem bei kleineren, lokal begrenzten Sachverhalten die Sicherstellung der EU-Beihilferechtskonformität.¹²¹ Im Bereich des sozialen Wohnungsbaus bzw. der allgemeinen Wohnraumförderung dürfte es indes angesichts der **hohen Investitionskosten** eher um höhere Ausgleichszahlungen gehen, sodass die Voraussetzungen der DAWI-De-minimis-Verordnung in der Regel nicht erfüllt sein dürften.¹²²

118 Chr. Wagner, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1251.

119 Vgl. Dohms, in: Wiedemann (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 35, Rn. 483, der ausführt, dass sich die Erhöhung gegenüber dem nach der Allgemeinen De minimis-Verordnung 1407/2013/EU geltenden Schwellenwert von 200 000 EUR dadurch rechtfertige, dass dem Unternehmen Kosten entstünden, die unmittelbar mit der ihm vom Staat auferlegten DAWI verbunden seien, sodass der Wert der staatlichen Vorteilsgewährung deutlich niedriger sei als der ausgezahlte Betrag.

120 Bleiben Ausgleichsleistungen unter dem Schwellenwert geht die Kommission davon aus, keine Beeinträchtigung des zwischenmitgliedstaatlichen Handel und Wettbewerbs eintritt, vgl. [DAWI-Rahmen](#), Rn. 4; näher, auch zur Gestaltung des erforderlichen Betrauungsakts: Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 56 ff.

121 So Dohms, in: Wiedemann (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 35, Rn. 483.

122 Vgl. Lange, [Die Neue Wohngemeinnützigkeit](#), Unionsrechtliche Bedingungen für die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe, Dezember 2022, S. 13, Fn. 23. Siehe aber den Hinweis bei Kuhnert/Leps, [Neue Wohnungsgemeinnützigkeit](#), 2017, S. 220, wonach (gemeinnützige) Steuervorteile zwar nicht im Voraus als „De-minimis“-Beihilfen qualifiziert werden könnten, wonach eine nachträgliche Einstufung aber grundsätzlich möglich wäre. Dies ergebe sich letztlich aus Ziff. 11 der Kommissionsmitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung, [ABl. C 384, 10. Dezember 1998, S. 3](#).

2.3.4. Altmark Trans-Kriterien und DAWI-Freistellungsbeschluss insbesondere hstl. selektiver Förderung genossenschaftlicher und kommunaler Wohnungsunternehmen

Im Folgenden sollen die vergleichbaren Voraussetzungen für einen **Tatbestandsausschluss** nach der Altmark Trans-Rechtsprechung und für eine **Freistellung** nach dem rechtsverbindlichen¹²³ DAWI-Freistellungsbeschluss **überblicksartig** dargestellt werden.

Einzelfragen des Tatbestandsausschlusses bzw. der Freistellung wären anhand eines konkreten nationalen Vorhabens zu klären. Unter Ziff. 2.3.4.2. wird daher lediglich näher auf die von der Auftraggeberin aufgeworfene Frage eingegangen, wie eine selektive **Förderung nur genossenschaftlicher und kommunaler Wohnungsbauunternehmen** unter Berücksichtigung der Altmark Trans-Kriterien und des DAWI-Freistellungsbeschlusses zu bewerten wäre.

2.3.4.1. Überblick über die Voraussetzungen

Grundsätzlich gilt, dass die Unionsorgane **vorrangig die Altmark Trans-Kriterien** prüfen, da in diesem Fall mangels Vorteils für ein Unternehmen schon keine Beihilfe vorliegt (siehe schon Ziff. 2.2.1.).¹²⁴ Nachrangig stellt sich dann die Frage, ob eine Beihilfe gleichwohl für die Erfüllung der DAWI nach Art. 106 Abs. 2 AEUV erforderlich bzw. vom **DAWI-Freistellungsbeschluss** gedeckt ist.¹²⁵ Die jeweiligen Voraussetzungen **entsprechen einander im Wesentlichen**¹²⁶ und lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Altmark Trans-Kriterien¹²⁷

- Tatsächliche Betrauung mit einer klar definierten DAWI
- Objektive und transparente vorherige Festlegung der Ausgleichsparameter

DAWI-Freistellungsbeschluss

- Hinreichender Betrauungsakt bzgl. einer klar definierten DAWI gem. Art. 4 DAWI-Freistellungsbeschluss
- Beschreibung des Ausgleichsmechanismus und der Ausgleichsparameter im

123 Diesen stützt die Kommission auf ihre Kompetenz nach Art. 106 Abs. 3 AEUV. Vgl. etwa: *Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 106 AEUV, Rn. 73.

124 Vgl. EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, Rn. 87 sowie im Anschluss etwa: EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013, verb. Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u.a., Rn. 84 und EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 72.

125 EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 76 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

126 Vgl. EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013, verb. Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u.a., Rn. 100, wonach sich die von der Kommission aufgestellten Voraussetzungen aus den Altmark Trans-Kriterien ableiten.

127 Ausführlich hierzu etwa: *Bauer*, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und das Beihilfeverbot des EG-Vertrages, 2008, S. 48 ff.; *Boysen/Neukirchen*, Europäisches Beihilferecht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, S. 145 ff.

-
- | | |
|--|--|
| | Betrauungsakt gem. Art. 4 Buchst. d
DAWI-Freistellungsbeschluss |
| – Keine Überkompensation durch die Ausgleichsleistung | – Kontrolle der Überkompensation
gem. Art. 6 DAWI-Freistellungsbeschluss |
| – Auswahl des Leistungserbringers in einem Vergabeverfahren oder Festlegung des Ausgleichs durch hypothetischen Vergleich mit den Kosten eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens (sog. Effizienzkriterium) | – Erstattung der für die Erfüllung der DAWI angefallenen Nettokosten gem. Art. 5 DAWI-Freistellungsbeschluss |

Wie die Auflistung zeigt, bestehen wesentliche Unterschiede nur hinsichtlich des **vierten Kriteriums** und damit hinsichtlich der **Höhe bzw. Berechnung der Ausgleichsleistung**.¹²⁸

Das **erste Kriterium**¹²⁹ besteht jeweils in der **Betrauung** eines oder mehrerer Unternehmen mit einer hinreichend präzise definierten DAWI (siehe dazu oben Ziff. 2.3.2.). In der Sache geht es um die **Auferlegung einer rechtlichen Verpflichtung**, die DAWI für nachfragende Verbraucher auch dann zu erbringen, wenn das unternehmerische Eigeninteresse dem entgegenstehen würde (Kontrahierungszwang).¹³⁰ In formeller Hinsicht setzt die Betrauung einen Akt der öffentlichen Gewalt voraus, für den (kombiniert) **legislative** oder **regulatorische Instrumente** sowie **Verträge** in Betracht kommen, die auch auf Initiative des jeweiligen Fördernehmers erlassen bzw. geschlossen werden können.¹³¹ Bei einer Betrauung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss wäre – soweit nicht Art. 2 Abs. 1 Buchst. c zum sozialen Wohnungsbau einschlägig ist – der nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. a maßgebliche **Schwellenwert von 15 Mio. EUR** zu beachten. Ferner ist zu berücksichti-

128 Vgl. Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 68, Frage 110; *Cremer, Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 26; Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg, Leitfaden EU-Beihilfenrecht, [DAWI und Infrastrukturfinanzierung](#), Band 3, 2016, S. 25; vgl. auch *Bauer*, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und das Beihilfeverbot des EG-Vertrages, 2008, S. 185.

129 Zur Deckungsgleichheit vgl. EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 78; [DAWI-Mitteilung](#), Rn. 47 m.w.N.

130 Vgl. EuG, Urteil vom 12. Februar 2008, Rs. T-289/03, BUPA, Rn. 190; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 145.

131 Auch zum notwendigen Inhalt: [DAWI-Mitteilung](#), Rn. 52 f., Art. 4 DAWI-Freistellungsbeschluss; Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 44 ff. Ausreichend sind daher generelle Regelungen, die eine unbestimmte Vielzahl von Unternehmen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, betrauen, vgl. Kommission, Beschluss über die staatlichen Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – Niederlande – Bestehende Beihilfe und Sonderbeihilfe für Projekte für Wohnungsbaugesellschaften, C(2009) 9963 final, (siehe Fn. 79), Rn. 69.

gen, dass der Freistellungsbeschluss nach Art. 2 Abs. 2 grundsätzlich nur auf **Betrauungszeit-räume**¹³² von maximal zehn Jahren Anwendung findet, wobei eine erneute Betrauung desselben Dienstleistungserbringers möglich ist.¹³³ Jedenfalls für den Bereich des sozialen Wohnungsbaus ist aber anerkannt, dass dieser erhebliche und über einen längeren Zeitraum abzuschreibende Investitionen erfordert, sodass die Maximaldauer von zehn Jahren insoweit keine Anwendung findet, vgl. ErwG 12 S. 2 DAWI-Freistellungsbeschluss.¹³⁴ Sollte eine allgemeine Wohnraumförderung als DAWI anerkannt werden, sprechen gute Gründe dafür, dass diese Wertungen zum Betrauungszeitraum übertragbar wären.

Nach dem **zweiten Altmark Trans-Kriterium** sowie nach **Art. 4 Buchst. d DAWI-Freistellungsbeschluss** müssen **objektive und transparente Parameter zur Berechnung des Ausgleichs** im Vorhinein festgelegt sein (im Fall eines Vergabeverfahrens in den Ausschreibungsbedingungen).¹³⁵ Die Mitgliedstaaten sind aber nicht verpflichtet, eine Formel zur Berechnung des Ausgleichs vorzugeben oder die Ausgleichsleistung vorab eindeutig festzusetzen. Ausreichend ist vielmehr, dass von Anfang an feststeht, in welcher Weise der Ausgleich zu bestimmen ist.¹³⁶

Nach dem **dritten Altmark Trans-Kriterium** darf der Ausgleich nicht über die Deckung der Kosten für die Erfüllung der DAWI unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines

132 Die Festlegung eines Schwellenwerts sowie einer Maximaldauer soll sicherstellen, dass die Entwicklung des Handelsverkehrs und Wettbewerbs nicht in einem dem EU-Interesse zuwiderlaufenden Ausmaß beeinträchtigt wird, vgl. Art. 1, 2 Abs. 3, Art. 3, ErwG 7, 9, 12 [DAWI-Freistellungsbeschluss](#).

133 Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 65, Frage 102.

134 Vgl. auch: Kommission, Beschluss über die staatlichen Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – Niederlande – Bestehende Beihilfe und Sonderbeihilfe für Projekte für Wohnungsbaugesellschaften, C(2009) 9963 final, siehe Fn. 79), Rn. 53.

135 Zu den praktischen Schwierigkeiten, dieses Kriterium zu erfüllen: *Bartosch*, Sozialer Wohnungsbau und europäische Beihilfenkontrolle, EuZW 2007, S. 559 (563 f.); *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 20; *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 23.

136 Vgl. zu Altmark Trans: [DAWI-Mitteilung](#), Rn. 54-58; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 151 f. Zum DAWI-Freistellungsbeschluss heißt es im Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 70, Frage 116 – wie entsprechend in der DAWI-Mitteilung – dass es häufig nicht möglich sei, bereits bei Aufnahme einer DAWI alle kostenrelevanten Faktoren zu kennen, weshalb es ausreiche, dass der Betrauungsakt die Grundlagen für die zukünftige Berechnung des Ausgleichs enthalte. Jedenfalls auf Grundlage der DAWI-Mitteilung und des Leitfadens vom 29. April 2013 ist daher nicht nachvollziehbar, dass insbesondere *Lange*, [Die Neue Wohngemeinnützigkeit](#), Unionsrechtliche Bedingungen für die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe, Dezember 2022, S. 14, 17 und *Kuhnert/Leps*, [Neue Wohngemeinnützigkeit](#), 2017, S. 250, davon ausgehen, dass der DAWI-Freistellungsbeschluss weniger strenge Anforderungen stelle. In diese Richtung offenbar auch: *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 137.

angemessenen Gewinns¹³⁷ hinausgehen.¹³⁸ Entsprechend bestimmt **Art. 6 DAWI-Freistellungsbeschluss**, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass **keine Überkompensation** eintritt und ggf. eingetretene Überkompensationen beim jeweiligen Unternehmen zurückzufordern sind. Die Art. 7 bis 9 DAWI-Freistellungsbeschluss normieren flankierende Transparenz-, Informations- und Berichterstattungspflichten. Nach Art. 5 Abs. 9 DAWI-Freistellungsbeschluss muss ein Unternehmen, das neben DAWI noch weitere Tätigkeiten ausübt, zudem eine **getrennte Buchführung** vornehmen. Insoweit gelten die Anforderungen der sog. Transparenzrichtlinie,¹³⁹ die aber ebenso für Ausgleichszahlungen maßgeblich ist, welche unter den Tatbestandsausschluss der Altmark Trans-Rechtsprechung fallen.¹⁴⁰

Wie bereits eingangs festgestellt, ergeben sich die wesentlichen Unterschiede mit Blick auf das vierte **Altmark Trans-Kriterium**. Danach liegt keine Beihilfe vor, wenn der jeweilige Dienstleistungserbringer entweder im Rahmen eines offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens zur **Vergabe öffentlicher Aufträge** ermittelt, oder durch die Behörden mittels einer Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen ausgestatteten Unternehmens bestimmt wird¹⁴¹ (**Effizienzkriterium**). Das vierte Altmark Trans-Kriterium ist folglich nur erfüllt, wenn die Ausgleichsleistung so festgesetzt wird, dass sie nicht den Betrag übersteigt, den ein **effizientes Unternehmen** benötigen würde. Beide Modalitäten sollen sicherstellen, dass derjenige Leistungserbringer ausgewählt wird, der die Dienstleistung zu den **geringsten Kosten** erbringt.¹⁴²

Der **DAWI-Freistellungsbeschluss** enthält demgegenüber **keine Effizienzkriterien**. Nach **Art. 5 DAWI-Freistellungsbeschluss** darf die **Höhe der Ausgleichsleistungen** unter Berücksichtigung

137 Vgl. dazu: [DAWI-Mitteilung](#), Rn. 61.

138 [DAWI-Mitteilung](#), Rn. 60; näher: *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 153 ff.

139 Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (kodifizierte Fassung), ABl. L 318, 17. November 2006, S. 17. Vgl. zu Ausnahmemöglichkeiten: Art. 5 Abs. 2 Buchst. c Transparenz-RL.

140 Vgl. Art. 2 Abs. 1 Buchst. d die Transparenz-RL. Zum Ganzen: *Keßler*, in: Säcker/Montag (Hrsg.), European State Aid Law, 2016, Teil VIII, Rn. 1032 ff.

141 Hierbei ist in einem ersten Schritt zu ermitteln, ob es eine marktübliche Vergütung für die Leistung gibt, vgl. [DAWI-Mitteilung](#), Rn. 69 ff.

142 [DAWI-Mitteilung](#), Rn. 62 ff., auch dazu, dass bestimmte Vergabeverfahren und Vergabekriterien nicht als geeignet angesehen werden, diese Kosteneffizienz sicherzustellen; vgl. auch: *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 157 ff.

eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was **erforderlich** ist, um die durch die DAWI **tatsächlich entstandenen Nettokosten** zu decken.¹⁴³

2.3.4.2. Förderung genossenschaftlicher und kommunaler Wohnungsunternehmen

Wie oben unter Ziff. 2.3.4. festgestellt, wäre eine detaillierte Erläuterung und Prüfung der Altmark Trans- und DAWI-Freistellungsbeschlusskriterien allein anhand konkret geplanter Fördermaßnahmen möglich. An dieser Stelle sei lediglich darauf verwiesen, dass nach **Angaben in der Literatur** bislang in **keinem Verfahren zum sozialen Wohnungsbau** das **Vorliegen der Altmark Trans-Kriterien angenommen** wurde.¹⁴⁴ Dies wird insbesondere auf das schwer zu erfüllende **vierte Altmark Trans-Kriteriums** zurückgeführt:¹⁴⁵ In nationalen Förderregimen insbesondere zugunsten gemeinnütziger Wohnbauträger werde gerade nicht auf die Kosten eines effizienten Wirtschaftsunternehmens, sondern vielmehr auf die tatsächlichen Kosten abgestellt.¹⁴⁶

Im Folgenden soll näher auf die Frage eingegangen werden, wie eine **selektive Förderung** von lediglich genossenschaftlichen und/oder kommunalen Wohnungsunternehmen anhand der Altmark Trans-Kriterien und des DAWI-Freistellungsbeschlusses zu bewerten wäre.¹⁴⁷ In der Litera-

143 Vgl. näher: Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 68 Frage 110; *Bartosch*, Sozialer Wohnungsbau und europäische Beihilfenkontrolle, EuZW 2007, S. 559 (563 f.); *Cremer*, Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 26; *Keßler*, in: Säcker/Montag (Hrsg.), European State Aid Law, 2016, Teil VIII, Rn. 1032.

144 *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 15; *Lange*, [Die Neue Wohngemeinnützigkeit](#), Unionsrechtliche Bedingungen für die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe, Dezember 2022, S. 14.

145 Vgl. zu den hohen Anforderungen: *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 164, 167. Als Ausnahme wird insofern das EuG-Urteil vom 12. Februar 2008, Rs. T-289/03, BUPA, genannt, hier Lockerungen hinsichtlich des dritten und vierten Kriteriums anerkannt wurden. Siehe aber: *Keßler*, in: Säcker/Montag (Hrsg.), European State Aid Law, 2016, Teil VIII, Rn. 1025 ff., der hinsichtlich des aktuellen deutschen Systems des sozialen Wohnungsbaus die Altmark Trans-Kriterien bejaht.

146 *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 15; vgl. auch Kommission, Beschluss über die staatlichen Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – Niederlande – Bestehende Beihilfe und Sonderbeihilfe für Projekte für Wohnungsbaugesellschaften, C(2009) 9963 final, (siehe Fn. 79), Rn. 14 sowie Kommission, Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 89/2004 – Irland – Bürgschaft für von der Housing Finance Agency (HFA) finanzierte soziale Wohnungsbauprojekte, [C\(2004\) 2205 final](#), 30. Juni 2004, Rn. 45, wo die Kommission feststellt, dass – wegen der von den Unternehmen zu beantragenden Förderung – kein Vergabeverfahren durchgeführt und die Erfüllung des Benchmarking-Kriteriums nicht nachgewiesen worden sei. Zur Nichterfüllung des vierten Altmark Trans-Kriteriums bei allgemeinen Steuererleichterungen im Bereich der Wohnraumförderung: ; *Kuhnert/Leps*, [Neue Wohngemeinnützigkeit](#), 2017, S. 238; *Lange*, [Die Neue Wohngemeinnützigkeit](#), Unionsrechtliche Bedingungen für die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe, Dezember 2022, S. 14.

147 *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, Art. 37, Art. 106 AEUV, Rn. 70. Skeptisch bezüglich einer ausschließlichen Förderung gemeinnütziger Wohnbauträger oder öffentlicher Einrichtungen: *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 23.

tur wird insoweit betont, dass **nicht abschließend geklärt** sei, welchen unionsrechtlichen Pflichten die Mitgliedstaaten bei der Auswahl des mit einer DAWI zu betrauenden Unternehmens unterliegen.

Die **Kommission** stellt in ihrem Leitfaden vom 29. April 2013 fest, dass die **EU-Beihilfavorschriften** die Bevorzugung bestimmter Dienstleister **im Prinzip nicht verhindern**, da sie keine besonderen Auswahlkriterien enthielten. Allerdings müssten sich die staatlichen Stellen an andere Bereiche des EU-Rechts halten, insbesondere die Vorschriften über die **öffentliche Auftragsvergabe** und die **Binnenmarktvorschriften** (Grundfreiheiten).¹⁴⁸ Sofern das EU-Vergaberecht einschlägig ist,¹⁴⁹ komme eine Beschränkung auf bestimmte Unternehmensformen nur dann in Betracht, wenn die jeweilige DAWI in **abstrakt-generellen Regelungen** des jeweiligen Mitgliedstaats verankert und dort der Zugang zu der DAWI zugunsten bestimmter Unternehmensformen beschränkt sei. Ohne eine solche abstrakt-generelle nationale Bestimmung dürften die Vergabebehörden keine Bevorzugung zugunsten bestimmter Einrichtungen (ohne Gewinnerzielungsabsicht) festlegen.¹⁵⁰ Auch vergaberechtskonforme Beschränkungen auf bestimmte Unternehmensformen (z. B. öffentliche Einrichtungen, karitative Einrichtungen, private Organisationen ohne Erwerbszweck)¹⁵¹ gingen aber regelmäßig mit **rechtfertigungsbedürftigen Einschränkungen** der **Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit** gemäß Art. 49, 56 AEUV einher.¹⁵² In diesem Sinne stellte der **EuGH** bei der Prüfung der Niederlassungsfreiheit Urteil in der Rechtssache *Sodemare* etwa maßgeblich darauf ab, dass den Mitgliedstaaten nach dem Unionsrecht Gestaltungsfreiheit hinsichtlich ihrer Systeme der sozialen Sicherheit bleibe. In Ausübung der nationalen Zuständigkeit dürften die Mitgliedstaaten davon ausgehen, dass ein System der Sozialhilfe seine Ziele nur erreichen kann, wenn ausschließlich Dienstleistungserbringer ohne Erwerbszweck zugelassen würden, deren soziale Tätigkeit folglich nicht durch die Notwendigkeit der Gewinnerzielung (negativ) beeinflusst würden.¹⁵³ Es wäre im Einzelnen zu prüfen, ob diese Rechtsprechung auf den Bereich des Wohnungswesens übertragbar sein könnte.

Damit lässt sich hinsichtlich der Zulässigkeit einer **selektiven Förderung genossenschaftlicher und kommunaler Wohnungsunternehmen** zunächst festhalten, dass neben dem in dieser Ausarbeitung analysierten EU-Beihilferecht insbesondere auch die Beachtung der Binnenmarktvor-

148 Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 37, Frage 32.

149 Die klassische Fördermittelvergabe wird (noch) nicht als öffentlicher Auftrag eingestuft und daher eine Ausschreibungspflicht abgelehnt, vgl. *Fandey*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, Rn. 15.

150 Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 106, Frage 209.

151 Vgl. zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer solchen Beschränkung im Rahmen der Grundfreiheiten: Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 118, Frage 227 unter Verweis auf das EuGH-Urteil vom 8. Juli 2010, verb. Rs. C-447/08 und C-448/08, Sjöberg, Rn. 43, wo es aber um die Veranstaltung von Glücksspielen ging.

152 Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 106, Frage 209 und S. 118, Frage 227;

153 EuGH, Urteil vom 17. Juni 1997, Rs. C-70/95, *Sodemare*, Rn. 21, 27, 31 f., wo es um eine nationale Regelung ging, die allein privaten Wirtschaftsteilnehmern ohne Erwerbszweck erlaubte, sich an der Durchführung des Systems der Sozialhilfe zu beteiligen.

schriften und – sofern eine Ausschreibungspflicht bestehen sollte – des EU-Vergaberechts einschließlich der Grundsätze der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung sicherzustellen wäre. Das **EU-Beihilferecht** gibt zwar nach den Feststellungen der Kommission im Ausgangspunkt keine Auswahlkriterien für die Dienstleister vor. Allerdings erscheint es **fraglich**, ob eine Förderbeschränkung auf genossenschaftliche und/oder kommunale Wohnungsunternehmen dem **vierten Altmark Trans-Kriterium** gerecht würde. Denn danach kommt es entscheidend auf die Auswahl des **kosteneffizientesten Unternehmens** an, weshalb bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens beispielsweise die Vergabekriterien „niedrigster Preis“ oder „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ zu wählen sind.¹⁵⁴ Es ist zumindest zweifelhaft und bedürfte ggf. der genaueren Prüfung im Einzelfall, ob eine Vorfestlegung der Fördernehmer auf Genossenschaften und kommunale Wohnungsunternehmen dem Primat der Kosteneffizienz gerecht werden könnte.¹⁵⁵

Es liegt näher, dass eine auf genossenschaftliche und kommunale Unternehmen beschränkte Förderung – sofern die weiteren Voraussetzungen gegeben sind – im Einklang mit dem **DAWI-Freistellungsbeschluss** ausgestaltet werden könnte.¹⁵⁶ Denn für eine Freistellung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. dem DAWI-Freistellungsbeschluss ist kein Vergabeverfahren erforderlich¹⁵⁷ und es gelten auch **nicht die strengen Kosteneffizienzkriterien** des vierten Altmark Trans-Kriteriums¹⁵⁸. Insofern kann auch auf das **Kommissionsverfahren zum sozialen Wohnungsbau in den Niederlanden** verwiesen werden. Das dortige Förderregime begünstigte ausschließlich bestimmte gemeinnützige Wohnungsbaugesellschaften.¹⁵⁹ Kommerzielle Konkurrenten kritisierten diese selektive Förderung und machten geltend, dass alle Akteure im Bereich des Wohnungsbaus an der Bereitstellung sozialen Wohnungsbaus sowie der entsprechenden staatlichen Förderung teilhaben sollten.¹⁶⁰ Die Kommission ging auf dieses Argument nicht ein und bejahte die Vereinbarkeit des niederländischen Fördersystems mit dem DAWI-Freistellungsbeschluss.

154 Vgl. [DAWI-Mitteilung](#), Rn. 5, 66, 67; Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 101, Frage 202; EuGH, Urteil vom 7. Dezember 2000, Rs. C-324/98, Telaustria, Rn. 60; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1, 6. Auflage 2019, Art. 106 Abs. 2 AEUV, Rn. 70.

155 In diese Richtung: *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 15.

156 Vgl. auch den nicht mit einer Quellenangabe versehenen Hinweis bei *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1253, wonach sich in einzelnen Mitgliedstaaten rechtsformspezifische Ansätze, wie die Förderung genossenschaftlichen Wohnens, fänden.

157 Vgl. EuG, Urteil vom 26. Juni 2008, Rs. T-442/03, SIC, Rn. 145; Urteil vom 15. Juni 2005, Rs. T-17/02, Olsen/Kommission, Rn. 239. Was indes nicht von einer nach dem EU-Vergaberecht ggf. bestehenden Ausschreibungspflicht entbindet.

158 Vgl. *Keßler*, in: Säcker/Montag (Hrsg.), European State Aid Law, 2016, Teil VIII, Rn. 1032, zum daher größeren Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten.

159 Vgl. Kommission, Beschluss über die staatlichen Beihilfen E 2/2005 und N 642/2009 – Niederlande – Bestehende Beihilfe und Sonderbeihilfe für Projekte für Wohnungsbaugesellschaften, C(2009) 9963 final, (siehe Fn. 79), Rn. 5-8, 67.

160 Ebenda, Rn. 3.

2.3.5. Freistellung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. dem DAWI-Rahmen

Alle DAWI-Ausgleichszahlungen, die nicht nach der DAWI-De-minimis-Verordnung oder den Altmark Trans-Kriterien der Einstufung als Beihilfe entgehen und die ferner nicht nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss mit dem Binnenmarkt vereinbar sind, werden von der Kommission anhand von Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. dem **DAWI-Rahmen** geprüft.¹⁶¹ Hinsichtlich der Wohnraumförderung dürfte eine Anwendung des DAWI-Rahmens insbesondere dann in Betracht kommen, wenn eine über den sozialen Wohnungsbau hinausreichende **allgemeine Wohnraumförderung** als DAWI anerkannt würde (vgl. Ziff. 2.3.2.2.) und das hierfür zur Verfügung gestellte Fördervolumen die Schwellenwerte der DAWI-De-minimis-Verordnung (vgl. Ziff. 2.3.3.) und des DAWI-Freistellungsbeschlusses (Ziff. 2.3.4.) überschreiten würde. Für den Bereich des sozialen Wohnungsbaus dürfte hingegen vorrangig der DAWI-Freistellungsbeschluss greifen.¹⁶²

Die **Vereinbarkeitsvoraussetzungen** nach dem DAWI-Rahmen entsprechen im Wesentlichen der Tatbestandsprüfung nach den Altmark Trans-Kriterien und der Prüfung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss. Im Vergleich zu den vom DAWI-Freistellungsbeschluss erfassten Sachverhalten hält die Kommission die dem DAWI-Rahmen unterfallenden Ausgleichszahlungen aufgrund ihres größeren Volumens und der betroffenen Wirtschaftssektoren aber wettbewerbspolitisch für potentiell problematischer, weshalb nicht nur die **Notifizierungspflicht** und das **Durchführungsverbot** greifen, sondern auch die materiellen Vereinbarkeitsvoraussetzungen etwas **strenger** sind.¹⁶³

Auch für die Genehmigung nach dem DAWI-Rahmen ist das Leistungsbild der DAWI in einem Betrauungsakt **klar zu definieren**¹⁶⁴ und die **Parameter zur Berechnung der Ausgleichsleistungen** festzulegen¹⁶⁵. Die Höhe der Ausgleichszahlungen beschränkt sich im Sinne des DAWI-Freistellungsbeschlusses auf die Kompensation der durch die Erfüllung des Auftrags tatsächlich **verursachten Nettokosten** (Verbot der Überkompensation),¹⁶⁶ wobei die Mitgliedstaaten bei der Ausarbeitung des Modells für die zu leistenden Ausgleichszahlungen grundsätzlich Anreize vorsehen müssen, damit die DAWI in effizienter Weise erbracht werden. Solche **Effizienzanreize** können je

161 Vgl. [DAWI-Rahmen](#), Rn. 7; *Dohms*, in: Wiedemann (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 35, Rn. 487.

162 So: *Kuhnert/Leps*, [Neue Wohnungsgemeinnützigkeit](#), 2017, S. 253.

163 *Dohms*, in: Wiedemann (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 35, Rn. 487 ff.; zum Ganzen: Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 82 ff., wonach die Anforderungen des DAWI-Rahmens strenger sind als die des DAWI-Freistellungsbeschlusses, da sowohl die Förderhöhe als auch die Förderdauer nach dem DAWI-Rahmen nicht begrenzt seien; *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 24.

164 [DAWI-Rahmen](#), Rn. 12 ff.

165 [DAWI-Rahmen](#), Rn. 16 Buchst. d.

166 [DAWI-Rahmen](#), Rn. 21 ff. sowie Rn. 47 ff.; Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 86, Frage 169 zum Unterschied zum vierten Altmark-Kriterium.

nach den spezifischen Gegebenheiten des Vertrags oder Wirtschaftszweigs unterschiedlich ausgestaltet werden.¹⁶⁷ Anders als der DAWI-Freistellungsbeschluss sieht der DAWI-Rahmen keine bestimmte Dauer des Betrauungszeitraums vor.¹⁶⁸ Auch der DAWI-Rahmen verweist auf die Transparenz-RL (vgl. Ziff. 2.5. sowie darüber hinaus Ziff. 2.10. DAWI-Rahmen).¹⁶⁹ Nach Ziff. 2.9. DAWI-Rahmen behält sich die Kommission für den Fall, dass die Voraussetzungen des DAWI-Rahmens im Einzelfall nicht hinreichend Wettbewerbsverfälschungen ausschließen, vor, die Genehmigung der Ausgleichszahlungen von **Auflagen** oder **Verpflichtungen** abhängig zu machen.

Schließlich ergibt sich aus **Ziff. 2.6 des DAWI-Rahmens**, dass die zuständige Behörde bei der Betrauung des betreffenden Unternehmens mit der DAWI die geltenden EU-Vorschriften für das **öffentliche Auftragswesen** befolgen muss, wozu alle Voraussetzungen im Hinblick auf Transparenz, **Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung**, die sich unmittelbar aus dem Vertrag und gegebenenfalls dem Sekundärrecht der Union ergeben, gehören. Betraut eine Behörde mehrere Unternehmen mit der Erbringung ein und derselben DAWI, so sollten nach Ziff. 2.7. DAWI-Rahmen die Ausgleichsleistungen für jedes dieser Unternehmen anhand derselben Methode berechnet werden.¹⁷⁰ Mit Blick auf die **selektive Förderung** genossenschaftlicher und kommunaler Wohnungsunternehmen folgt aus Ziff. 2.6. des DAWI-Rahmens, dass – sofern die Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe gelten – die **Einhaltung der Vergabegrundsätze** ebenfalls eine **Voraussetzung für die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt** ist (vgl. zur selektiven Förderung nach den Altmark Trans-Kriterien und dem DAWI-Freistellungsbeschluss Ziff. 2.3.4.2.).¹⁷¹ Eine Beschränkung auf bestimmte Unternehmensformen dürfte in diesem Fall also auch nach dem EU-Beihilferecht eine entsprechende abstrakt-generelle Regelung der jeweiligen DAWI erfordern. Insbesondere weil nach dem DAWI-Rahmen – wie nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss – im Vergleich zu den Altmark Trans-Kriterien weniger strenge Anforderungen an die Kosteneffizienz gestellt werden – scheint eine selektive Förderung nicht ausgeschlossen. Insofern könnte im Einzelfall zu prüfen sein, welche Anforderungen sich aus den zu setzenden Effizianzen ergeben.

2.3.6. Exkurs: Freistellungen nach der AGVO

Abschließend sei noch auf die Freistellungsmöglichkeiten nach der AGVO für sog. **transparente Beihilfen** i.S.v. Art. 5 AGVO (insbesondere (Zins-)Zuschüsse, Darlehen, Bürgschaften, rückzahlbare Vorschüsse und Steuererleichterungen, wenn darin eine Obergrenze vorgesehen ist) verwiesen.¹⁷²

167 [DAWI-Rahmen](#), Rn. 39 ff.; näher dazu: Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 87 ff.

168 [DAWI-Rahmen](#), Rn. 17.

169 Vgl. zur getrennten Buchführung auch: [DAWI-Rahmen](#), Rn. 31, 44 ff.

170 Näher dazu: Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 86 f., Frage 170.

171 Leitfaden vom 29. April 2013 (Fn. 5), S. 37, Frage 32.

172 ABl. L 187, 26. Juni 2014, S. 1 ([konsolidierte Fassung](#)) (siehe Fn. 76).

Die Verordnung (EU) 2021/1237¹⁷³ fügte Regelungen zu sozialen Dienstleistungen in die AGVO ein, zu denen auch der **soziale Wohnungsbau** zählt. Die in Art. 2 Nr. 103b eingefügte Definition des sozialen Wohnungsbaus entspricht dabei derjenigen aus Art. 2 Abs. 1 Buchst. c i.V.m. ErwG 11 DAWI-Freistellungsbeschluss (vgl. Ziff. 2.3.2.1). Die neuen Regelungen beziehen sich zum einen auf **Energieeffizienzmaßnahmen** für Gebäude zur Erbringung von sozialen Dienstleistungen.¹⁷⁴ Zum anderen gibt es Freistellungstatbestände, die sich auf Beihilfen für soziale Infrastrukturen und Aktivitäten im Rahmen von aus dem **Fonds „InvestEU“¹⁷⁵ unterstützten Finanzprodukten** beziehen, vgl. Art. 56d Abs. 1 AGVO. Art. 56d Abs. 2 normiert die Voraussetzungen, unter denen solche Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Notifizierungspflicht freigestellt sind. Nach Art. 56e Abs. 5 Buchst. a Ziff. i) und Ziff. ii) darf der Nominalbetrag der Gesamtmittel, die einem Endempfänger im Rahmen der Unterstützung aus dem Fonds „InvestEU“ gewährt werden, 100 Mio. EUR pro Vorhaben für Investitionen in Infrastruktur, die für die Erbringung sozialer Dienstleistungen genutzt wird und 30 Mio. EUR für Tätigkeiten im Zusammenhang mit sozialen Dienstleistungen nicht überschreiten. Die dargestellten Regelungen haben mit Blick auf die Wohnraumförderung insofern einen **begrenzten Anwendungsbereich**, als sie auf den **sozialen Wohnungsbau** beschränkt sind und zudem lediglich Energieeffizienzmaßnahmen bzw. aus dem Fonds „InvestEU“ mitfinanzierte Beihilfen betreffen.

Darüber hinaus wäre grundsätzlich denkbar, dass Förderungen im Bereich des Wohnungswesens die sonstigen Voraussetzungen für **regionale Investitionsbeihilfen** i.S.v. Art. 14 AGVO, **Umweltbeihilfen** etwa i.S.v. Art. 38 und 39 AGVO oder Beihilfen für lokale Infrastrukturen i.S.v. Art. 56 AGVO erfüllen könnten.¹⁷⁶ Dies wäre im Einzelnen anhand einer konkreten geplanten Regelung zu prüfen.

2.3.7. Zwischenergebnis

Im Bereich der EU-beihilferechtlichen Bewertung staatlicher Wohnraumförderung haben die spezifischen Regeln zu Ausgleichsleistungen für DAWI besondere Relevanz.

Greifen die entsprechenden Voraussetzungen kommt trotz Vorliegens der allgemeinen Beihilfemerkmale nach Art. 107 Abs. 1 AEUV (vgl. Ziff. 2.2.) ein **Tatbestandsausschluss** nach der DAWI-De-minimis-Verordnung (siehe im Einzelnen Ziff. 2.3.3.) oder der Altmark Trans-Rechtsprechung des EuGH (siehe im Einzelnen Ziff. 2.3.4.1.) in Betracht. Wenn keine dieser Konstellationen gegeben ist, könnte sich aber die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt mit der Folge einer Befreiung

173 Verordnung (EU) 2021/1237 der Kommission vom 23. Juli 2021 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, [ABl. L 270, 29. Juli 2021, S. 39](#).

174 Vgl. ErwG 14, Art. 38 Abs. 3 Buchst. b, Art. 39 Abs. 2a, Art. 56e Abs. 8 Buchst. b VO (EU) 651/2014 n.F. In der deutschen Fassung wird hier der Begriff der „sozialen Leistung“ statt „sozialer Dienstleistung“ verwendet. In der englischen Sprachfassung ist aber einheitlich von in Art. 2 Nr. 103b VO (EU) 651/2014 n.F. definierten social services die Rede.

175 Näheres dazu: Seite der EU, [About InvestEU](#).

176 *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1268.

von der Notifizierungspflicht bei Vorliegen der Voraussetzungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses (siehe im Einzelnen Ziff. 2.3.4.1.) sowie der AGVO (siehe im Einzelnen Ziff. 2.3.6.) ergeben. Eine Genehmigung nach entsprechender Anmeldung des Beihilfevorhabens kann die Kommission auf der Grundlage von Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. DAWI-Rahmen erteilen (siehe im Einzelnen Ziff. 2.3.5.).

Der Bereich des **sozialen Wohnungsbaus** ist im Unionsrecht als DAWI anerkannt. Die Mitgliedstaaten verfügen zwar über einen Ermessensspielraum, wie sie die hierauf bezogene Förderung konkret ausgestalten. Diese Entscheidungsfreiheit wird aber durch Art. 2 Abs. 1 Buchst. c i.V.m. ErwG 11 DAWI-Freistellungsbeschluss eingeschränkt. Danach müssen mitgliedstaatliche Förderregime stets eine hinreichend konkrete Zielgruppe definieren, die sich aus bedürftigen Personen zusammensetzt, welche sich mit eigenen Mitteln am freien Wohnungsmarkt nicht adäquat mit Wohnraum versorgen können. Jedenfalls Stimmen in der Literatur gehen davon aus, dass die Mitgliedstaaten – bei entsprechenden Bedingungen auf ihrem Wohnungsmarkt – die Zielgruppe auch so weit fassen können, dass sie mittlere Einkommensgruppen einschließt (siehe im Einzelnen Ziff. 2.3.2.1.). Ob darüber hinaus auch eine **allgemeine, nicht zielgruppenbezogene Wohnraumförderung** von den Unionsorganen als DAWI anerkannt würde, ist – soweit ersichtlich – nicht abschließend geklärt (siehe im Einzelnen Ziff. 2.3.2.2.). Sollte dies der Fall sein, könnten derartige Förderungen jedenfalls nicht von Bestimmungen profitieren, die sich ausdrücklich auf den sozialen Wohnungsbau beziehen. Dies gilt neben bestimmten Freistellungstatbeständen der AGVO insbesondere für die Privilegierung in Art. 2 Abs. 1 Buchst. c DAWI-Freistellungsbeschluss, wonach der im Übrigen zu beachtende Schwellenwert von 15 Mio. EUR pro Jahr nicht gilt. Es bleibt aber die Möglichkeit, dass eine allgemeine Wohnraumförderung nach den Altmarkt-Trans-Kriterien oder – wenn sie unter den jeweiligen Schwellenwerten bleibt – nach der DAWI-De-minimis-Verordnung oder Art. 2 Abs. 1 Buchst. a DAWI-Freistellungsbeschluss beihilferechtskonform ausgestaltet werden kann. Zudem kommen eine Genehmigung nach dem DAWI-Rahmen und ggf. bestimmte Freistellungen nach der AGVO in Betracht (Ziff. 2.3.4.1. bis Ziff. 2.3.6.).

Das EU-Beihilfenrecht steht einer selektiven Förderung ausschließlich **genossenschaftlicher und/oder kommunaler Wohnungsunternehmen** nicht per se entgegen. Es müssen aber in jedem Fall andere Bereiche des EU-Rechts, insbesondere die **Grundfreiheiten** und – sofern einschlägig – das EU-Vergaberecht beachtet werden. Zudem könnten einzelne Anforderungen der DAWI-spezifischen Regelungen einer Beschränkung der Förderung auf bestimmte Unternehmensformen entgegenstehen. Dies könnte insbesondere für das **vierte Altmarkt Trans-Kriterium der Kosteneffizienz** gelten (siehe zum Ganzen Ziff. 2.3.4.2., Ziff. 2.3.5.).

2.4. Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV

Sofern die Beihilfemerkmale i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt sind und eine EU-Beihilferechtskonformität nach den spezifischen Bestimmungen zu Ausgleichsleistungen für DAWI für ein nationales Vorhaben nicht in Betracht kommt, bleibt die Möglichkeit, dass Förderungen – losgelöst von den besonderen DAWI-Voraussetzungen – gemäß Art. 107 Abs. 2 oder 3 AEUV genehmigt werden. Die jeweiligen Förderungen müssen vorab notifiziert werden und unterliegen zunächst

dem Durchführungsverbot. Sofern einer der in Art. 107 Abs. 2 AEUV geregelten Ausnahmetatbestände vorliegt, muss die Kommission die Beihilfe genehmigen.¹⁷⁷ Demgegenüber kommt der Kommission hinsichtlich der in Art. 107 Abs. 3 AEUV geregelten Ausnahmetatbestände ein weiter Ermessens- bzw. Entscheidungsspielraum zu.¹⁷⁸

Von den in Art. 107 Abs. 2 AEUV normierten Ausnahmetatbeständen könnte hinsichtlich der Wohnraumförderung **Art. 107 Abs. 2 Buchst a AEUV** einschlägig sein. Danach sind Beihilfen **sozialer Art** an **einzelne Verbraucher** mit dem Binnenmarkt vereinbar, wenn sie **ohne Diskriminierung** nach der Herkunft der Waren gewährt werden. Diesem Tatbestand können nicht nur Direktzahlungen an Verbraucher, sondern auch Beihilfen an ein bestimmtes Unternehmen oder einen Produktionszweig unterfallen, wenn hierdurch einzelne Verbraucher mittelbar begünstigt werden.¹⁷⁹

Nach dem Kriterium der **Diskriminierungsfreiheit** müssen Beihilfen unabhängig davon gewährt werden, welches Unternehmen die jeweilige Dienstleistung anbietet.¹⁸⁰ Fraglich ist, ob eine selektive Förderung allein **genossenschaftlicher und/oder kommunaler Wohnungsunternehmen** diesem Erfordernis gerecht würde. In der Literatur argumentieren *Kuhnert* und *Leps* im Zusammenhang mit der Förderung ausschließlich gemeinnütziger Unternehmen dagegen: Eine solche Förderung sei nicht diskriminierungsfrei, da sie andere, mit den gemeinnützigen Unternehmen in Wettbewerb stehende Wirtschaftsbeteiligte ausschließe.¹⁸¹ Demgegenüber meinte *Lange*, dass sich aus der Kommissionspraxis ergebe, dass es allein darauf ankomme, ob die Fördermaßnahmen, direkt oder indirekt, ganz bestimmte Unternehmen begünstigten. Eine Förderung etwa allein gemeinnütziger Unternehmen könne daher dem Kriterium der Diskriminierungsfreiheit gerecht werden.¹⁸² In diesem Sinne positioniert sich auch *Bartosch*, der u.a. unter Verweis auf die EuG-

177 Vgl. *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 45; *von Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 78. EL Januar 2023, Art. 107 AEUV, Rn. 134-136.

178 Vgl. *von Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 78. EL Januar 2023, Art. 107 AEUV, Rn. 147 f.

179 Vgl. EuG, Urteil vom 5. August 2003, verb. Rs. T-116/01 und T-118/01, P&O European Ferries, Rn. 164; Kommission, Anwendung der Artikel 92 und 93 des EG-Vertrags sowie des Artikels 61 des EWR-Abkommens auf staatliche Beihilfen im Luftverkehr, ABl. C 350, 10. Dezember 1994, S. 5, Rn. 24, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/1994_guidelines_aviation/de.pdf; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3, 2. Auflage 2021, § 2, Rn. 1458 m.w.N. auch zur Gegenauffassung; *Lange*, [Die Neue Wohngemeinnützigkeit](#), Unionsrechtliche Bedingungen für die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe, Dezember 2022, S. 11 f. Vgl. auch die Übersicht bei *Kuhnert/Leps*, [Neue Wohngemeinnützigkeit](#), 2017, S. 225.

180 Vgl. etwa: Kommission, Mitteilung der Kommission — Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, [ABl. C 99, 4. April 2014, S. 3](#), Rn. 156 c.

181 *Kuhnert/Leps*, [Neue Wohngemeinnützigkeit](#), 2017, S. 226.

182 *Lange*, [Die Neue Wohngemeinnützigkeit](#), Unionsrechtliche Bedingungen für die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe, Dezember 2022, S. 11 f.

Entscheidung in der Sache P&O European Ferries-Entscheidung ausführt,¹⁸³ dass Art. 107 Abs. 2 Buchst. a AEUV allein verhindern solle, dass nur ganz konkrete Unternehmen ausgewählt werden. Legt man dies zugrunde, könnte eine selektive Förderung genossenschaftlicher und kommunaler Wohnungsunternehmen dem Kriterium der Diskriminierungsfreiheit i.S.v. Art. 107 Abs. 2 Buchst. a AEUV entsprechen.¹⁸⁴ Mit Sicherheit lässt sich aber nicht prognostizieren, wie sich die Kommission und – würden sie mit der Sache befasst – die Unionsgerichte hierzu positionieren würden.

Zusätzlich müsste es sich bei einer nationalen Maßnahme der Wohnraumförderung um eine Beihilfe **sozialer Art** zugunsten **einzelner Verbraucher** handeln. Insoweit gilt, dass sich der „soziale Charakter“ aus dem begrenzten Kreis der begünstigten Verbraucher ergeben muss: Um eine Beihilfe sozialer Art zu sein, darf sie – wie die Kommission im Zusammenhang mit Beihilfen für Luftverkehrsgesellschaften festgestellt hat – grundsätzlich **nur bestimmte Personengruppen** wie Kinder, Menschen mit Behinderungen, Schüler/Studenten, Senioren aber auch allgemein wirtschaftlich Bedürftige begünstigen.¹⁸⁵ Darüber könnte grundsätzlich auch die Begünstigung der gesamten Bevölkerung eines benachteiligten Gebiets als Förderung „einzelner“ Verbraucher angesehen werden.¹⁸⁶ Das EuG lehnte den sozialen Charakter einer Beihilfe ab, die allen Anlegern zugutekam.¹⁸⁷ Legt man diese Wertungen zugrunde, spricht einiges dafür, dass die Kommission Fördermaßnahmen im Bereich des **zielgruppenorientierten sozialen Wohnungsbaus** genehmigen würde, sofern sie unmittelbar Verbrauchern zugutekommen.¹⁸⁸ Demgegenüber dürfte eine Genehmigung bei einer **allgemeinen, nicht zielgruppenbezogenen Wohnraumförderung** ausscheiden.

Im Zusammenhang mit der Wohnraumförderung kann zudem der Ermessenstatbestand des **Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV** Relevanz haben. Danach können Beihilfen zur Förderung der

183 Vgl. EuG, Urteil vom 5. August 2003, verb. Rs. T-116/01 und T-118/01, P&O European Ferries, Rn. 169, wonach die Kommission zutreffend beanstandete, dass die streitige Beihilfe nicht ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt worden war, da sie unter Ausschluss aller anderen Unternehmen ein einziges Unternehmen begünstigte.

184 Was indes nicht von der Pflicht zur Einhaltung sonstiger unionsrechtlicher Diskriminierungsverbote entbinden würde.

185 Vgl. Kommission, Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, [ABl. C 99, 4. April 2014, S. 3](#), Rn. 156 b; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 46; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3, 2. Auflage 2021, § 2, Rn. 1459.

186 Vgl. zu Flugverbindungen in entlegene Gebiete: Kommission, Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, [ABl. C 99, 4. April 2014, S. 3](#), Rn. 156 b; m.w.N. aus der Kommissionspraxis: *Bartosch*, in: Bartosch (Hrsg.), EU-Beihilfenrecht, 3. Auflage 2020, Art. 107 Abs. 2 AEUV, Rn. 4. Kritisch: *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3, 2. Auflage 2021, § 2, Rn. 1455.

187 EuG, Urteil vom 4. März 2009, Rs. T-445/05, Associazione italiana del risparmio gestito u.a., Rn. 182.

188 Vgl. aber: *Lange*, [Die Neue Wohngemeinnützigkeit](#), Unionsrechtliche Bedingungen für die Ausgestaltung der sozialen Zielgruppe, Dezember 2022, S. 12, die davon ausgeht, dass allein die Festlegung bestimmter Einkommensgrenzen im Rahmen eines weiten Verständnisses des sozialen Wohnungsbaus das Merkmal der Begünstigung nur „einzelner Verbraucher“ nicht erfülle. Wie hier: *Kuhnert/Leps*, [Neue Wohngemeinnützigkeit](#), 2017, S. 226.

Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.¹⁸⁹ Nach der Kommissionspraxis müssen die Mitgliedstaaten nachweisen, dass die jeweilige Fördermaßnahme geeignet ist, einem **gemeinsamen Interesse** zu dienen.¹⁹⁰ Genehmigungsfähig sind insbesondere Förderungen zur **städtischen Erneuerung, Wiederbelebung bestimmter Gebieten**, insb. der **Umwandlung von Industrie- in Wohngebiete** und generell der **Verbesserung der Wohnqualität** in Städten und zur Verfolgung umweltpolitischer Ziele.¹⁹¹ Genehmigt wurden zudem Beihilfen zugunsten kleiner Unternehmer, damit diese ihren Wohnraum nicht verlieren,¹⁹² sowie Fördermaßnahmen zur Bereitstellung von Wohnraum für **spezifische Bedürfnisse** (d.h. die Bereitstellung von Wohnraum für ältere Menschen)¹⁹³. Insofern wäre anhand eines konkreten Fördervorhabens zu bewerten, ob eine Genehmigung nach dieser Bestimmung in Betracht kommt.

3. Ergebnis

Staatliche Wohnraumförderung erfüllt in der Regel die **allgemeinen Beihilfemerkmale** der selektiven Unternehmensbegünstigung aus staatlichen Mitteln, die den Wettbewerb und zwischenmitgliedstaatlichen Handel beeinträchtigen kann (vgl. Art. 107 Abs. 1 AEUV). Insofern ist aber stets eine Prüfung des konkreten Fördervorhabens erforderlich. Die Beihilfequalität kann etwa dann entfallen, wenn Förderungen ausschließlich Verbrauchern oder wenn Steuervergünstigungen ausschließlich Genossenschaften zugutekommen (vgl. Ziff. 2.2.2., Ziff. 2.2.3.).

Für **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse** gibt es Sonderbestimmungen, die – trotz Vorliegens der allgemeinen Beihilfemerkmale – die **Beihilfequalität entfallen** lassen, von der Notifizierungspflicht **freistellen** oder eine **Kommissionsgenehmigung** nach erfolgter Notifizierung ermöglichen (Ziff. 2.3.1. bis 2.3.6.). Ob die in dieser Ausarbeitung lediglich überblicksartig dargestellten Voraussetzungen der DAWI-spezifischen Regelungen erfüllt wären, ließe sich nur anhand eines konkreten nationalen Beihilfevorhabens prüfen. In jedem Fall müsste in einem **ersten Schritt** überhaupt eine **DAWI** vorliegen. Im Bereich der Wohnraumförderung ist dies für den **Bereich des sozialen Wohnungsbaus** i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Buchst. c i.V.m. ErwG 11 DAWI-

189 Vgl. zur vergleichsweise großzügigen Anwendungspraxis der Kommission: *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 25. Siehe auch: *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1266 zur Anwendung verschiedener konkretisierender Leitlinien in diesem Bereich.

190 Vgl. die Nachweise bei: *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1266.

191 Vgl. den Überblick bei *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1266 f.; *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 25.

192 Vgl. Kommission, Beschluss vom 12. November 2020, SA.58555 (2020/N) – Griechenland, COVID-19: Temporary primary residence protection scheme, C(2020) 7981 final, 12. November 2020, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202050/289197_2218935_64_2.pdf, Rn. 80.

193 Vgl. die Nachweise bei *Chr. Wagner*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1266 f.; *Damjanovic*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Auflage 2022, XX. Abschnitt, Rn. 25.

Freistellungsbeschluss anerkannt. Auch wenn den Mitgliedstaaten insoweit ein weites Ausgestaltungsermessen zukommt, unterfallen Förderprogramme dem sozialen Wohnungsbau nur dann, wenn sie hinreichend klar eine **Zielgruppe** sozial bedürftiger Personen festlegen. Dies dürfte am ehesten durch Einkommensobergrenzen zu realisieren sein, wobei Stimmen in der Literatur – bei entsprechender Wohnungsmarktsituation – auch den Einschluss **mittlerer Einkommensgruppen** für möglich erachten (Ziff. 2.3.2.1.). Ob darüber hinaus auch eine **allgemeine, nicht zielgruppenbezogene Wohnraumförderung als DAWI** anerkannt würde, ist – soweit ersichtlich – nicht abschließend geklärt. Es müssten jedenfalls die allgemeinen Anforderungen für das Vorliegen von DAWI einschließlich des Nachweises eines entsprechenden „Marktversagens“ erfüllt sein (Ziff. 2.3.2.2.). Zudem könnten derartige Förderungen nicht von spezifisch auf den sozialen Wohnungsbau zugeschnittenen Tatbeständen profitieren (insbesondere der schwellenwertunabhängigen Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. c DAWI-Freistellungsbeschluss).

Unabhängig von den DAWI-spezifischen Bestimmungen können für staatliche Wohnraumförderungen zudem – je nach ihrer konkreten Ausgestaltung und Zielsetzung – die Ausnahmetatbestände aus **Art. 107 Abs. 2 Buchst. a** und **Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV** greifen. Da Art. 107 Abs. 2 Buchst. a AEUV die Begünstigung „einzelner Verbraucher“ voraussetzt, dürften aber jedenfalls eine allgemeine, zielgruppenunabhängige Wohnraumförderung nicht von diesem Tatbestand erfasst sein (Ziff. 2.3.).

Das EU-Beihilferecht steht einer Eingrenzung der Fördernehmer auf **bestimmte Unternehmensformen** nicht per se entgegen. Bei einer Förderung von ausschließlich genossenschaftlichen und/oder kommunalen Wohnungsunternehmen wären aber in jedem Fall die **Grundfreiheiten** und – bei Eröffnung des Anwendungsbereichs – das **EU-Vergaberecht** zu beachten. Zudem kommt in Betracht, dass bei einer derartigen Beschränkung bestimmte **beihilferechtliche Ausnahmetatbestände** ausscheiden. Dies gilt etwa hinsichtlich des vierten Altmark Trans-Kriteriums der Kosteneffizienz (vgl. Ziff. 2.3.4.2.; siehe zudem zu Art. 107 Abs. 2 Buchst. a Ziff. 2.3.).

Hinsichtlich einer in sachlicher Hinsicht über den sozialen Wohnungsbau hinausgehenden und hinsichtlich der Fördernehmer auf **genossenschaftliche und kommunale Wohnungsunternehmen** beschränkten **allgemeinen Wohnraumförderung** käme eine EU-Beihilferechtskonformität folglich in Betracht,

- wenn bereits eines der allgemeinen Beihilfemerkmale nicht erfüllt wäre
- und zudem wenn allgemeine, nicht zielgruppenorientierte Förderung als DAWI anerkannt würde und die Altmark Trans-Kriterien gegeben wären (was insbesondere hinsichtlich des vierten Altmark Trans-Kriteriums fraglich sein könnte).

Darüber hinaus käme eine Vereinbarkeit mit dem EU-Beihilferecht in Betracht,

- wenn sich die Förderung unterhalb des Schwellenwerts der DAWI-De-minimis-Verordnung
- oder aber unterhalb des Schwellenwertes von Art. 2 Abs. 1 Buchst. a DAWI-Freistellungsbeschlusses bewegte, sofern die weiteren Voraussetzungen dieses Beschlusses vorlägen.

Denkbar wären auch die Genehmigung des Förderregimes nach Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. dem DAWI-Rahmen oder Freistellungen nach der AGVO. Schließlich kämen Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV in Betracht.

Konkreter ließe sich dies lediglich anhand eines konkreten nationalen Vorhabens beurteilen.

Fachbereich Europa