



Innenministerium | Postfach 71 25 | 24171 Kiel

Untere Kommunalaufsichtsbehörden des Landes
Schleswig-Holstein

Ihr Zeichen:
Ihre Nachricht vom:
Mein Zeichen: IV 329
Meine Nachricht vom: /

Ronald Benter
ronald.benter@im.landsh.de
Telefon: 0431 988-2732
Telefax: 0431 988-614-2732

16. März 2011

Gemeindefirtschaftsrechtliche Beurteilungshinweise für Breitbandzweckverbände

Derzeit bestehen vielerorts Planungen zur Errichtung von Zweckverbänden bzw. wurden bereits Zweckverbände zum Zwecke einer ausreichenden Breitbandabdeckung im jeweiligen Verbandsgebiet errichtet. Diesen ist gemein, dass den Zweckverbänden die Aufgabe der Errichtung und Erhaltung des passiven Netzes einschließlich der Zugänglichmachung für einen Betreiber obliegen soll bzw. obliegt, wobei hier keine ausschließliche Finanzmittelverwaltung vorliegt. Einem geplanten Breitbandzweckverband können nicht nur solche Gemeinden beitreten, die bislang unterversorgt sind. Die Kooperation steht vielmehr auch solchen Gemeinden offen, für deren Einwohner bereits eine (Grund-) Versorgung besteht. Die öffentliche Aufgabe „Breitbandversorgung“ erschöpft sich nicht in der Gewährleistung eines nach derzeitiger Anschauung erforderlichen Mindeststandards, sondern umfasst auch die Anpassung der Versorgung an den jeweiligen Stand der Technik und somit auch die zukunftsbezogene Weiterentwicklung der Versorgung.

Über die Bejahung der generellen kommunalverfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Errichtung von Breitbandzweckverbänden gem. § 2 des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit (GkZ) hinaus bedarf es der Prüfung weiterer rechtlicher Voraussetzungen und hier insbesondere der Voraussetzungen gem. § 15 Abs. 3 GkZ. Zweckverbände, die überwiegend wirtschaftliche Aufgaben erfüllen, sind gem. § 15 Abs. 3 Satz 1 GkZ mit einem angemessenen Stammkapital auszustatten. Im Übrigen gelten für diese Zweckverbände gem. § 15 Abs. 3 Satz 3 GkZ die Vorschriften für Eigenbetriebe der Gemeinden (Eigenbetriebsverordnung- EigVO) entsprechend.

Breitbandzweckverbände sind überwiegend wirtschaftlich tätig. Der Gesetzgeber lässt zwar die Frage, welche Aufgaben ihrer Natur nach wirtschaftliche sind, offen, jedoch erscheint ein Vergleich mit den wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden nach § 101 Gemeindeordnung (GO) angebracht. Als wirtschaftliche Unternehmen sind danach solche Einrichtungen und Anlagen der Gemeinde anzusehen, die auch von einem Privatunternehmer betrieben werden können, hier den Versorgungsbetrieben, die der Versorgung der Bevölkerung mit z. B. Wasser, Gas, Elektrizität oder Wärme dienen (Vgl. Dehn in Praxis der Kommunalverwaltung zu § 15 GkZ, Zweckverbände mit überwiegend wirtschaftlichen

Aufgaben (Absatz 3)). Versorgungsbetriebe und damit auch Breitbandunternehmen sind wirtschaftliche Unternehmen gem. § 101 Abs. 1 GO und fallen nicht unter die gesetzlichen Ausnahmetatbestände des § 101 Abs. 4 GO.

Das Eigenbetriebsrecht schreibt gem. § 7 Abs. 2 EigVO vor, dass der Eigenbetrieb, hier der Breitbandzweckverband, mit einem angemessenen Eigenkapital auszustatten ist. Das Eigenkapital hat die Funktion, die dauernde technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Einrichtung zu sichern. Die Frage der Angemessenheit des Eigenkapitals ist bereits seit dem Jahr 1987 in der Ausführungsanweisung für Eigenbetriebe (AA) festgelegt: „Das Eigenkapital des Eigenbetriebes besteht aus dem Stammkapital zuzüglich der Rücklagen und eines Gewinnes bzw. abzüglich eines Verlustes. In welcher Höhe das Eigenkapital als angemessen anzusehen ist, lässt sich nicht generell festlegen. Das Eigenkapital dient im allgemeinen der Sicherung des Fremdkapitals und der Eigenfinanzierung. Während die Funktion des Gläubigerschutzes bei öffentlichen Unternehmen geringere Bedeutung hat, ist jedoch auch bei diesen Unternehmen die Höhe des Eigenkapitals entscheidend für die Gewinn- und Verlustrechnung, denn in je größerem Umfang Investitionen mit Eigenkapital statt mit Fremdkapital finanziert werden können, desto geringer ist der Zinsaufwand. Insofern soll das Eigenkapital in einem befriedigenden Verhältnis zum Fremdkapital stehen. Da das Eigenkapital im Gegensatz zum Fremdkapital dem Unternehmen für unbegrenzte Zeit zur Verfügung steht, soll es darüber hinaus in einem angemessenen Verhältnis zum Anlagevermögen stehen, das dem Unternehmen zur dauernden Nutzung zur Verfügung steht. Bei steigendem Anlagevermögen, insbesondere bei Erweiterungsinvestitionen, soll das Eigenkapital entsprechend erhöht werden. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kann die Eigenkapitalausstattung allgemein dann als angemessen betrachtet werden, wenn der Anteil des Eigenkapitals an der um die Baukostenzuschüsse und den Sonderposten mit Rücklageanteil gekürzten Bilanzsumme **zwischen 30 v. H. und 40 v. H.** beträgt. Unterschieden in der betrieblichen Struktur der einzelnen Unternehmen ist jedoch Rechnung zu tragen. Insbesondere ist in den Fällen, in denen ständig Verluste erwirtschaftet werden, eine deutlich höhere Eigenkapitalausstattung anzustreben.“ Hintergrund ist die Eigenfinanzierung des Zweckverbandes, der Schutz der Trägergemeinden vor unbegrenzter und sofortiger Nachschusspflicht im Fall von wirtschaftlichen Schwierigkeiten (Gewährträgerhaftung), die Verdeutlichung der wirtschaftlichen Risiken und die Sicherung des Fremdkapitals. Generell ist zu beachten, dass jede wirtschaftliche Betätigung neben Chancen auch Risiken birgt, die dann auf die Ursprungsgemeinden durchschlagen könnten. Aus diesem Grund wird durchgängig auf die Einhaltung dieser AA-Regelung, unabhängig von der Rechtsformwahl, vom Innenministerium als oberste Kommunalaufsichtsbehörde hingewirkt. Bei den nicht veröffentlichten AA aus dem Jahr 1987 handelt es sich um die Festschreibung der bestehenden Verwaltungspraxis und der einheitlichen Verwaltungshandhabung. Die Bindungswirkung besteht insbesondere im Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit (Selbstbindung der Verwaltung, Art. 3 Abs. 1 GG). Eine Abweichung würde mithin eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung darstellen, bzw. müsste und könnte nur durch besondere Gründe des Einzelfalls gerechtfertigt sein. Die Ausführungsanweisung stellt daher zwingendes Recht für die Verwaltung dar, so dass bei Entscheidungen nicht ohne sachlichen Grund von der Anweisung abgewichen werden darf.

Bei der Berechnung der angemessenen Eigenkapitalausstattung zum Errichtungszeitpunkt der Zweckverbände ist auf das anfängliche Investitionsvolumen des jeweiligen Zweckverbandes abzustellen, wobei hier die unterste Grenze von 30% als angemessen angesehen werden kann. Im Interesse eines zeitnahen Breitbandausbaus und einer Reduzierung des Verwaltungsaufwandes ist die Einzahlung des angemessenen Eigenkapitals erst zum

Zeitpunkt der Aufnahme der wirtschaftlichen Handlungen des jeweiligen Zweckverbandes, d. h. nach dem Vorliegen wirtschaftlicher Ausschreibungsergebnisse, denkbar.

Alternativ können in dem besonderen Fall der Breitbandzweckverbände auf Grund der eminenten Bedeutung der Versorgung der Unternehmen und der Bürgerinnen und Bürger des Landes mit Breitbandanschlüssen in der Fläche Sicherheitsleistungen (z. B. durch eine vom zukünftigen Betreiber beizubringende selbstschuldnerische Bankbürgschaft) bei rechtssicherer Ausgestaltung als eigenkapitalersetzende Maßnahme angesehen werden. Die jeweilige Vergabestelle ist für die rechtssichere Ausgestaltung der Sicherheitsleistung zuständig. Hier ist festzustellen, dass das zuständige Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein das Fordern von Sicherheitserklärungen im VOL-Verfahren grundsätzlich für möglich hält, obwohl dies im Dienstleistungsbereich eher eine Ausnahme darstellt und darstellen sollte. Es ist dann von der Vergabestelle sorgfältig zu begründen, weshalb im Fall der Breitbandzweckverbände eine Sicherheitserklärung überhaupt und in der geforderten ungewöhnlichen Höhe (30% des anfänglichen Investitionsvolumens) erforderlich ist. Hier muss insbesondere auf die umfänglichen Bauleistungsanteile eingegangen werden. Da die Sicherheitsleistung nach Abschluss der Bauphase noch den Dienstleistungsanteil, hier die Pachtzahlungen des Betreibers, für den Insolvenzfall absichern soll, ist in eigener Verantwortung des Auftraggebers zu prüfen und nachvollziehbar zu begründen, inwieweit die anfänglich geforderte Sicherheit in der absolut geforderten Höhe für die Phase nach endgültiger Fertigstellung des passiven Netzes angemessen und erforderlich ist. Auch muss geprüft und nachvollziehbar im Vergabevermerk begründet werden, ob die Sicherheitserklärung zumindest teilweise vorzeitig zurückgegeben werden muss. Falls nicht, wäre dies ebenfalls zu begründen. Auf § 11 Abs. 4 EG VOL/A wird hingewiesen. Sicherzustellen ist auch, dass **5% der Auftragssumme nicht überschritten werden**. Die vergaberechtliche Zulässigkeit ist in jedem Einzelfall von der Vergabestelle in eigener Zuständigkeit zu prüfen und festzustellen.

Falls die vom Pächter beizubringende Sicherheitsleistung nicht das als angemessen anzusehende Eigenkapitalvolumen erreicht, ist die Differenz als Eigenkapital in den Breitbandzweckverband einzuzahlen. Da die Sicherheitsleistung in Höhe von max. 5% des Auftragsvolumens nur eine mögliche Insolvenz des Betreibers abdeckt und wegen der erheblichen Laufzeit der Pachtverträge (25 Jahre) nicht auszuschließen ist, dass sich weitere rechtliche, wirtschaftliche oder technische Rahmenbedingungen ändern (z. B. Untergang des Netzes; Risiken aus dem Geschäftsverlauf wie zu geringe Anschlussquoten, demografische und technologische Entwicklung; Wegfall der Geschäftsgrundlage etc.), sollte zur finanziellen Absicherung des Zweckverbandes über die Sicherheitsleistung hinausgehend Eigenkapital eingezahlt werden.

Des Weiteren sollten die Gemeinden keine vertraglichen oder finanziellen Verpflichtungen zur Gewährleistung einer bestimmten Anschlussquote übernehmen, da dies Aufgabe des Betreibers ist. Abschließend ist ausdrücklich festzuhalten, dass jede Gemeinde bzw. jeder Zweckverband in eigener Verantwortung die abzuschließenden Verträge und die sich daraus ergebenden Folgen und Risiken und hier insbesondere die zukünftigen finanziellen Auswirkungen auf die einzelne Trägergemeinde sorgfältig zu prüfen hat.

Die Beurteilungshinweise beziehen sich ausschließlich auf die Prüfung der kommunalrechtlichen Voraussetzungen. Die Beachtung der wettbewerbsrechtlichen und hier insbesondere der vergabe- und beihilferechtlichen Vorschriften ist grundsätzlich durch den Zweckverband in eigener Zuständigkeit sicherzustellen. Es kann diesseits nicht ausgeschlossen werden, dass bei den Breitbandzweckverbänden neben den vergaberechtlichen Fragestellungen im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens auch beihilferechtliche Prob-

lemstellungen berührt sind. Ich bitte diese jeweils im Einzelfall mit dem für den Breitbandausbau und dem Beihilferecht zuständigen Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein (Herr Helle - VII 31 und Herr Dr. Petzhold - VII 211) zu erörtern und abschließend zu klären. Die abschließende Bewertung des Vorganges aus beihilferechtlicher Sicht liegt nicht in der Entscheidungskompetenz der Kommunalaufsicht, sondern allein in der Entscheidungshoheit der Europäischen Kommission. Weitergehende Informationen zum EU-Beihilferecht für Gemeinden sind im Internetauftritt der Landesregierung Schleswig-Holstein auf den Seiten des Innenministeriums (<http://www.innenministerium.schleswig-holstein.de>) im Bereich „Kommunales und Sport“ zu finden; insbesondere wird auf die Bürgerschaftserlasse vom 17. Juli 2008 (IV 305 - 163.101 - § 86) und vom 23. Oktober 2008 (IV 343 - 517.220 - 71) hingewiesen.



Ronald Benter