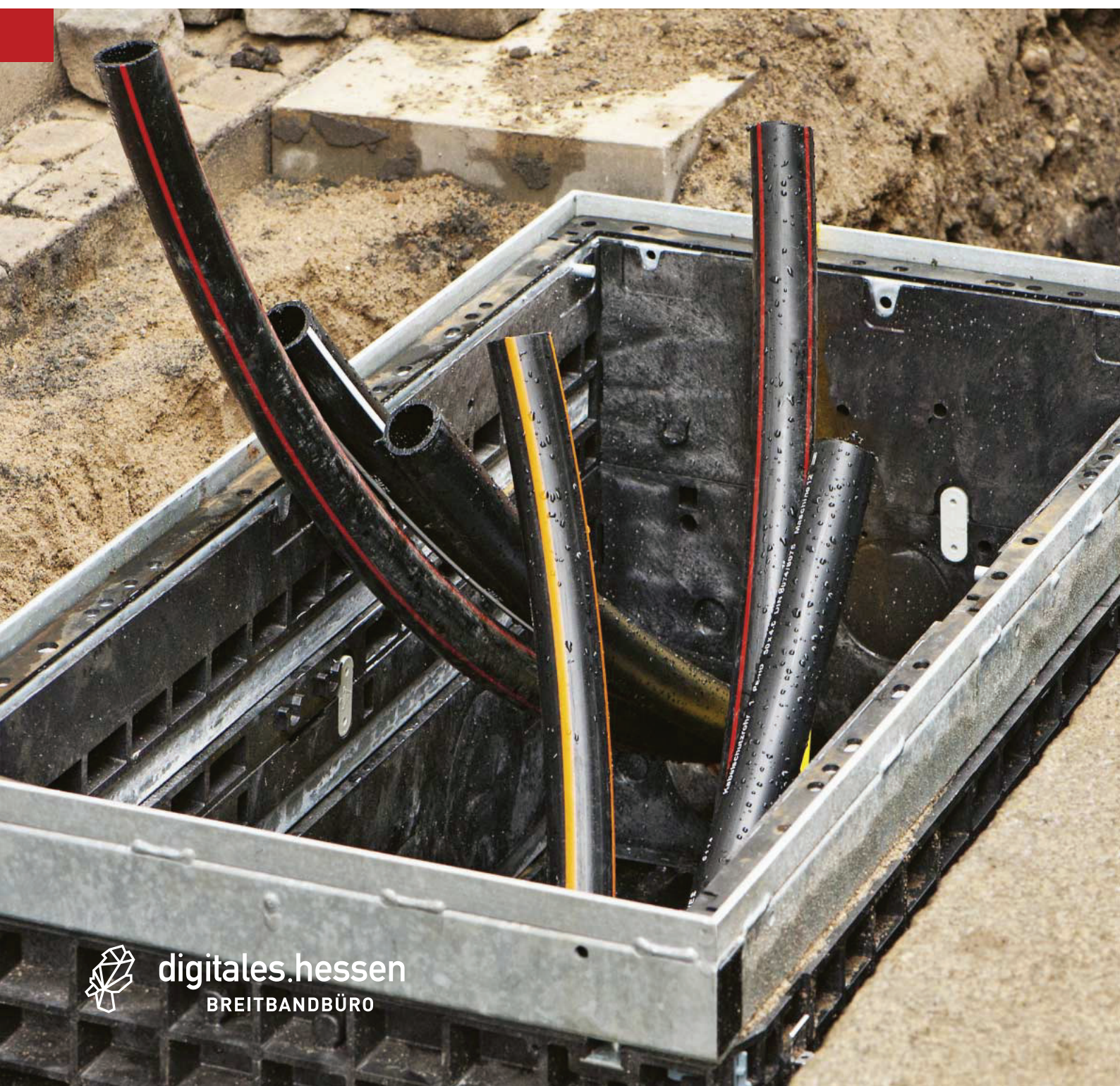


Verpachtung und Verkauf kommunaler Leerrohre in Hessen

Kurzleitfaden zur Leerrohrförderung des Landes Hessen







Inhalt

Einleitung	2
I Möglichkeiten der Weitergabe	3
Verkauf oder Verpachtung: Vor- und Nachteile	4
II Rechtlicher Rahmen	5
1 Haushaltsrecht	5
2 Beihilferecht	6
a Einholung eines unabhängigen Gutachtens/ Private-Investor-Test	7
b Durchführung eines transparenten, wettbewerblichen Bieterverfahrens	8
c Weitere beihilferechtliche Grundlagen	9
3 Vergaberecht	9
4 Telekommunikationsrecht	11
III Konkretes Vorgehen	12
Impressum	13

Einleitung

Das Land Hessen fördert die kommunale Mitverlegung von Leerrohren im Rahmen von Baumaßnahmen, die zu anderen Zwecken durchgeführt werden als zum Breitbandausbau, sowie im Rahmen der Versorgung von Neubaugebieten. Die Förderung dient damit unter anderem auch der Finanzierung der Mitverlegungspflichten gemäß § 77i Abs. 7 TKG a.F. bzw. § 146 Abs. 2 TKG n.F. (ab 01.12.2021), die im Zweifel der jeweils zuständigen Kommune obliegen.

Grundlage für diese Förderung ist die **Richtlinie zur Förderung der Gigabitversorgung im Land Hessen**. Die maßgeblichen Regelungen zum Fördertatbestand, zu den Fördervoraussetzungen und zum Förderverfahren finden sich dort insbesondere in Teil II, Nr. 6.1.4., 6.5.6. sowie 6.6.2.

Im Rahmen der Antragstellung sind mithin insbesondere folgende Angaben, Nachweise und Unterlagen vorzulegen:

- **Projektbeschreibung**
- **Netzdetailplanung (FTTH/FTTB)**
- **Planungsunterlagen über die Baumaßnahme zu anderen Zwecken** als einem Breitbandausbau
- **Planungsunterlagen über die Mitverlegung** kommunaler passiver Breitbandinfrastruktur im Rahmen dieser Baumaßnahmen
- **Kostenkalkulation**
- **Nachweis einer Bedarfsgerechtigkeit der Mitverlegung** bei Mitverlegungen im Rahmen von aus öffentlichen Mitteln finanzierten Bauarbeiten für die Bereitstellung von Verkehrsdiensten (§ 77i Abs. 7 S. 1 TKG a.F., § 146 Abs. 2 S. 1 TKG n.F. seit 01.12.2021)
- **Erklärung**, dass keine Mitverlegung durch private Unternehmen oder andere Stellen erfolgt



Download unter:
<https://gigabitbuero.de/publikation>
→ Synergien

Weitere Details finden sich in den Förderantragsformularen und den begleitenden Hinweisen der Bewilligungsstelle (Wirtschafts- und Infrastrukturbank Hessen – WIBank).

Spätestens mit Fertigstellung der geförderten Infrastrukturen stellt sich für viele Kommunen sodann die Frage, wie diese rechtssicher an ein Telekommunikationsunternehmen als Betreiber weitergegeben und die errichteten Leerrohre dem Markt zur Verfügung gestellt werden können.

Der Leitfaden soll den Kommunen dazu eine praxistaugliche Hilfestellung geben. Auch befassen sich bereits eine Reihe weiterer Publikationen mit der Frage, wie diese Infrastruktur rechtssicher zur Verfügung gestellt werden kann.

Genannt sei an dieser Stelle der „**Leitfaden für die Verpachtung und/oder den Verkauf kommunaler Leerrohre**“, den das Gigabitbüro des Bundes im Oktober 2020 herausgegeben hat. Dieser widmet sich anschaulich den relevanten rechtlichen Fragen. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird im Folgenden umfangreich auf diesen Leitfaden verwiesen.

Der vorliegende Kurz-Leitfaden „Verpachtung und Verkauf kommunaler Leerrohre in Hessen“ dient als kompakte Handreichung zur konkreten Weitergabe von Leerrohren. Hier werden zunächst die grundsätzlichen Möglichkeiten der Weitergabe geschildert und sodann der rechtliche Rahmen im Überblick dargelegt. Im Anschluss folgen Hinweise zur konkreten praktischen Umsetzung. Diese Hinweise leisten Hilfestellung bei den gängigen Problemen der Weitergabe – darüber hinaus müssen stets die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden.

I Möglichkeiten der Weitergabe

Zur Weitergabe der errichteten Leerrohre kommen in aller Regel entweder der **Verkauf** oder aber die **Verpachtung** in Betracht. Beim Verkauf trennt sich die Kommune dauerhaft und umfassend von den Infrastrukturen. Bei der Verpachtung werden sie dagegen auf Zeit einem oder mehreren Betreibern zur Nutzung überlassen. Nach Beendigung des Pachtverhältnisses gehen Besitz und Nutzung zurück an die Kommune. Während bei der **exklusiven** Verpachtung das Leerrohr vollständig an einen einzigen Betreiber übergeben wird, wird bei der **nicht-exklusiven** Verpachtung die physische Kapazität des Leerrohres zwischen mehreren Betreibern aufgeteilt.

Die Wahl zwischen den verschiedenen Möglichkeiten obliegt grundsätzlich dem pflichtgemäßen Ermessen der Kommune.

Maßgebliches Kriterium dürfte dabei in aller Regel die **Wirtschaftlichkeit** der jeweiligen Varianten sein. Dies folgt bereits aus dem Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der kommunalen Vermögensverwaltung (§§ 92, 108 f. HGO). Um diesem Grundsatz zu genügen, sollte für beide Varianten eine Wirtschaftlichkeitsprognose durchgeführt werden. Dabei sind jeweils sämtliche Kosten (insbesondere Personal- und Verwaltungsaufwände, Finanzierungsaufwand, externe Aufwände, etwaige Steuerbelastungen etc.) und sämtliche Einnahmen (insbesondere Veräußerungserlöse bzw. Pachterlöse, Zinsen etc.) über die gesamte Nutzungsdauer zu ermitteln und gegenüberzustellen. Mögliche Risiken sind in der Prognose angemessen zu berücksichtigen. Sodann können beide Varianten auf dieser Basis hinsichtlich ihrer Wirtschaftlichkeit miteinander verglichen werden.

Neben der reinen Wirtschaftlichkeit können auch weitere Aspekte in das Auswahlermessen eingestellt werden. Dabei muss jedoch beachtet werden, dass aus haushaltsrechtlichen Gründen Vermögensgegenstände grundsätzlich nur zu ihrem vollen Wert veräußert bzw. verpachtet werden dürfen (§ 109 HGO). Nur im Ausnahmefall ist eine Verwertung unter Wert zulässig (vgl. Abschnitt II Nr. 1). Auch aus beihilferechtlichen Gründen sollte diese Grenze nach Möglichkeit nicht unterschritten werden (vgl. Abschnitt II Nr. 2).

Im Rahmen der Leerrohrweitergabe können folgende Aspekte zusätzlich in die Abwägung eingestellt werden, wobei die Aufstellung nicht abschließend ist:

Verkauf

Vorteile

- ✓ Geringeres Haftungsrisiko (keine Dauerverantwortung, sondern „nur“ kaufrechtliche Gewährleistung)
- ✓ Ggf. bestehende Klein- und Kleinstinfrastrukturen (Flickenteppiche) können zu größerem Netz vereinigt werden
- ✓ Kein Ertragsrisiko durch sofortigen vollständigen Erlös
- ✓ Schnellere Refinanzierung der Investitionskosten, Zinsvorteil

Nachteile

- ✗ Keine langfristige Einflussnahme auf Infrastrukturbestand und -entwicklung
- ✗ Keine Partizipation an zukünftigen Wert- und Pachtsteigerungen

Verpachtung

Vorteile

- ✓ Infrastrukturen bleiben in Eigentum der Kommune; hierdurch langfristige Einflussnahmemöglichkeiten
- ✓ Langfristige Einnahmen, Erträge auch über Abschreibungszeitraum hinaus möglich
- ✓ Chance, von zukünftigen Wert- und Pachtsteigerungen zu profitieren
- ✓ Potenzielle Steigerung der Wettbewerbslage bei nicht-exklusiver Verpachtung (mehrere Betreiber erhalten physischen Zugang zu den Leerrohren)
- ✓ Zumindest bei nicht-exklusiver Verpachtung tendenziell vorteilhaft in beihilfe- und vergaberechtlicher Hinsicht

Nachteile

- ✗ Gefahr des Untergangs oder der Beschädigung der Sache, Versicherungskosten
- ✗ Höheres Haftungsrisiko und Dauerverantwortung für die Infrastrukturen (kann aber teilweise vertraglich auf Pächter übertragen und beschränkt werden; insbesondere bei exklusiver Verpachtung)
- ✗ Potenzielle Ansprüche Dritter und Pflichten aus §§ 77 aff. TKG a.F. bzw. §§ 136 ff. TKG n.F. sowie sonstigen gesetzlichen Grundlagen
- ✗ Refinanzierung gewöhnlich über relativ langen Zeitraum (bis zu ca. 20 Jahre); hierdurch bedingt ggf. erhöhtes Ertragsrisiko sowie erhöhte Finanzierungskosten
- ✗ Höherer Verwaltungsaufwand durch langfristige Vertragssituation
- ✗ Ggf. Betrieb gewerblicher Art mit entsprechenden steuerrechtlichen Implikationen

II Rechtlicher Rahmen

Nachfolgend werden die wesentlichen rechtlichen Rahmenbedingungen zusammengefasst. Diese finden sich primär im **Haushaltsrecht**, im **Beihilferecht**, im **Vergaberecht** sowie im **Telekommunikationsrecht**. Mit ihrer bewusst verkürzten Darstellung wird lediglich auf die zentralen Problemstellungen hingewiesen. Nähere Ausführungen zu den einzelnen Aspekten finden sich im Leitfaden des Gigabitbüros des Bundes (dort S. 9–16).

1 Haushaltsrecht

Das Haushalts- und Kommunalrecht des Landes Hessen verlangt einen sparsamen und wirtschaftlichen Umgang mit Vermögensgegenständen (§ 92 Abs. 2 S. 1 HGO). Vermögensgegenstände sind wirtschaftlich zu verwalten (§ 108 Abs. 2 S. 1 HGO) und dürfen regelmäßig nur zu ihrem **vollen Wert** veräußert bzw. verpachtet werden (§ 109 Abs. 1, 2 HGO). Nur ausnahmsweise ist eine Hinweggabe unter Wert zulässig, wenn öffentliche Interessen dies rechtfertigen (§ 109 Abs. 3 HGO). Dies kann beispielsweise der Fall sein bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder bei sonstigen Gemeinwohlüberlegungen.

Sowohl im Falle des Verkaufs als auch im Falle der Verpachtung ist somit der (Verkehrs-) Wert der Infrastrukturen bzw. eine marktübliche Pachthöhe zu ermitteln. Hierzu kommen folgende Möglichkeiten in Betracht:

- Einholung eines unabhängigen (Verkehrs-)Wertgutachtens
- Bewertung durch den **Gutachterausschuss**
- Vergabe der Infrastrukturen in einem **transparenten, wettbewerblichen Bieterverfahren**
- Formlose Markterkundung
- Belastbare Erfahrungswerte
- Sonstige belastbare Quellen (z. B. Branchendaten)

Die Durchführung eines transparenten, wettbewerblichen Verfahrens kann sich relativ (zeit-)aufwendig darstellen. Allerdings bietet dieses Vorgehen unter bestimmten Umständen den Vorteil, dass hierdurch bei ordnungsgemäßer Durchführung (vgl. unten, Nr. 2) zugleich auch beihilfe- und vergaberechtliche Anforderungen erfüllt werden können.

Das Einholen eines Wertgutachtens sowie die Bewertung durch den Gutachterausschuss bieten dagegen jeweils den Vorteil einer relativ großen Flexibilität. Beides kann erfahrungsgemäß grundsätzlich relativ kurzfristig durchgeführt werden. Allerdings stellen beide Instrumente nur unter Anwendung besonderer Methodiken eine taugliche beihilferechtliche Grundlage dar. Sofern vergaberechtliche Anforderungen bestehen sollten (vgl. unten, Nr. 3), würden diese durch beide Instrumente nicht erfüllt. Jedenfalls die Einholung eines externen Gutachtens ist zudem auch mit entsprechenden Kosten verbunden.

Die übrigen aufgeführten Möglichkeiten sind formloser Natur. Ihnen liegt keine besondere Systematik zugrunde. Diese Möglichkeiten sind entsprechend flexibel handhabbar, bergen dafür allerdings auch entsprechende Risiken betreffend die Validität des Ergebnisses.

Nachdem ein marktüblicher Wert ermittelt worden ist, sollte vorsorglich gleichwohl ein **Wettbewerb** zur Hinweggabe eröffnet werden. Hierzu sollten zumindest/möglichst **drei Vergleichsangebote** eingeholt und bewertet werden.

2 Beihilferecht

Sowohl die Veräußerung als auch die Verpachtung von Infrastrukturen durch die öffentliche Hand können sich als beihilferechtlich relevant erweisen. Je nach den Umständen des Einzelfalls kann eine solche öffentliche Maßnahme eine Beihilfe (Art. 107 Abs. 1 AEUV) darstellen. Diese sind grundsätzlich **verboten**, sodass Verträge und sonstige Rechtsakte, durch die die Beihilfe gewährt wird, bei Verstoß gegen dieses Verbot **nichtig** sein können. Bei der Weitergabe von Leerrohren sollten daher die Rahmenbedingungen so ausgestaltet werden, dass im Ergebnis keine Beihilfe vorliegt.

Zunächst kann durch die Wahl des Überlassungsmodells (Verkauf oder Verpachtung) bereits eine in beihilferechtlicher Hinsicht positive Ausgangslage geschaffen werden. Erfolgt nämlich eine nicht-exklusive Verpachtung, wird gleich mehreren bzw. im besten Fall sogar allen interessierten Betreibern Zugang zu den Leerrohren gewährt. Dies verringert die **selektive Wirkung** der Maßnahme. Der Vorteil wird auf mehrere Betreiber verteilt.

Eine ähnliche Wirkung hinsichtlich der Selektivität kann dadurch erzielt werden, dass bei der Weitergabe der Betreiber dazu verpflichtet wird, sämtlichen anderen interessierten Betreibern **offenen Zugang** zu den Infrastrukturen zu gewähren (physisch oder auf Vorleistungsebene), und zwar zu marktüblichen Konditionen. Dies gilt insbesondere im Falle der Veräußerung und der exklusiven Verpachtung.

Da allerdings nicht hinreichend sicher ist, ob die beschriebenen Gestaltungen hinsichtlich der Selektivität in jedem Fall zur Vermeidung einer Beihilfe führen, sollte diesem Gesichtspunkt keine erhöhte Priorität bei der Wahl des Überlassungsmodells eingeräumt werden. Es kann vielmehr grundsätzlich frei zwischen den verschiedenen Varianten gewählt werden. Dabei sollte jedoch sichergestellt werden, dass für die gewählte Variante die beihilferechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen).

Der maßgebliche Aspekt bei der beihilferechtskonformen Ausgestaltung ist insofern die **Ermittlung des Preises**, also des Kaufpreises bzw. des Pachtpreises. Eine Beihilfe liegt bei der Hinweggabe von Vermögensgegenständen nämlich insbesondere dann nicht vor, wenn hierfür eine marktübliche Gegenleistung erfolgt. Marktüblich in diesem Sinne ist eine Gegenleistung grundsätzlich auch dann noch, wenn sie bis zu **5 Prozent** unter dem sonst marktüblichen Wert erfolgt. Hinsichtlich der Marktüblichkeit wird im Übrigen nicht alleine auf das vereinbarte Entgelt abgestellt. Es sind vielmehr sämtliche Umstände des Einzelfalls und damit auch sämtliche sonstige vertragliche Regelungen zu beachten; diese müssen insgesamt marktüblich sein. Insbesondere für den Fall, dass atypische Vertragsgestaltungen gewählt werden, sollte eine Gesamtschau vorgenommen werden.

Hinsichtlich der Ermittlung des marktüblichen Entgelts – insbesondere im Falle der Verpachtung – enthält der Leitfaden des Gigabitbüros des Bundes anschauliche Ausführungen samt Beispielfall aus der Beschlusspraxis der Bundesnetzagentur (vgl. dort S. 21, 22), auf die an dieser Stelle verwiesen wird.

Zur methodischen Ermittlung marktüblicher Bedingungen kommen insbesondere zwei Möglichkeiten in Betracht:

- Einholung eines unabhängigen Gutachtens / Private-Investor-Test → a
- Durchführung eines transparenten, wettbewerblichen Bieterverfahrens → b

a Einholung eines unabhängigen Gutachtens / Private-Investor-Test

Naheliegender ist zunächst die Einholung eines unabhängigen und damit **externen** Gutachtens. Dieses bietet eine relativ hohe Flexibilität hinsichtlich des weiteren Vorgehens und kann zudem auch regelmäßig ohne erheblichen Zeitaufwand erstellt werden.

Ein solches Gutachten wird in diesem Kontext auch **Private-Investor-Test** genannt. Es wird dabei geprüft, ob bzw. zu welchen Konditionen ein **rein marktwirtschaftliches Unternehmen** im konkreten Fall und unter normalen Marktbedingungen sich ebenso verhalten würde wie die handelnde Kommune. Marktfremde Überlegungen wie insbesondere die Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder eine Gemeinwohlorientierung bleiben außer Betracht. Hierdurch wird die Marktüblichkeit des Vorgangs geprüft. Bei positivem Ergebnis („Der Vorgang ist marktüblich“) scheidet eine Beihilfe aus.

Die EU-Kommission hat verschiedene Wege sowie auch die hierfür jeweils gültigen Parameter für eine solche Prüfung im Rahmen einer Mitteilung festgelegt (Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV (2016/C 262/01), dort unter Nr. 4.2). Bei der Frage, auf welchem Wege die Prüfung erfolgt, besteht also ein gewisser Spielraum. Gleichwohl muss die gewählte Methodik im konkreten Einzelfall geeignet sein und darf nicht zu verzerrten Ergebnissen führen. Die für die einzelnen Prüfmöglichkeiten aufgestellten Anforderungen sollten unbedingt eingehalten werden.

So kann beispielsweise ein unmittelbarer Vergleich zu auch im Detail sehr ähnlichen Vorgängen ohne Beteiligung des Staates gezogen werden (sog. *Pari-passu*-Transaktionen). Daneben kommt das sogenannte Benchmarking in Betracht, bei dem anhand geeigneter wirtschaftlicher Kennzahlen (quantifizierbare Vergleichsmaßstäbe) die Marktüblichkeit als Vergleich mit anderen marktwirtschaftlichen Vorgängen ermittelt wird. Schließlich kann die Ermittlung der Marktüblichkeit auch durch allgemein anerkannte Standard-Bewertungsmethoden erfolgen wie insbesondere durch die Berechnung der Kapitalrendite anhand des internen Zinsfußes (IRR) oder des Barwerts (NPV).

Da ein Private-Investor-Test stets unabhängig erfolgen muss, obliegt die konkrete Durchführung ohnehin externen Stellen. Ausführungen zur konkreten Durchführung sind an dieser Stelle daher nicht erforderlich.

b Durchführung eines transparenten, wettbewerblichen Bieterverfahrens

Daneben ist zur Sicherstellung marktüblicher Konditionen die Durchführung eines transparenten, wettbewerblichen Bieterverfahrens möglich (sog. **strukturiertes Bieterverfahren**). Dieses kann grundsätzlich ohne externe Hilfe und Aufwände durchgeführt werden. Bei ordnungsgemäßer und förmlicher Durchführung entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben können hierdurch zugleich auch vergaberechtliche Anforderungen erfüllt werden. Die Durchführung eines solchen Verfahrens ist aber in der Regel mit einem gewissen Zeit- und Verwaltungsaufwand verbunden. Hinzu kommt, dass diese Möglichkeit grundsätzlich dann ausscheidet, wenn keine wettbewerblichen Bedingungen vorliegen oder im Verfahren selbst kein Wettbewerb entsteht (wenn also beispielsweise nur ein Bieter teilnimmt); dies kann grundsätzlich in sogenannten weißen Flecken der Fall sein. Ist also aufgrund der tatsächlichen Rahmenbedingungen nicht mit einem effektiven Wettbewerb zu rechnen, ist dieses Verfahren tendenziell ungeeignet.

Sind die Rahmenbedingungen dagegen geeignet, kann ein Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden mit dem **verbindlichen** Ziel der Veräußerung bzw. Verpachtung der Leerrohre. Dieses Verfahren muss nicht zwingend ein förmliches Vergabeverfahren sein, sollte aber den grundsätzlichen Anforderungen des Vergaberechts genügen bzw. sich jedenfalls im Wesentlichen hieran orientieren.

Die Grundzüge eines solchen Verfahrens finden sich in der oben genannten Mitteilung der EU-Kommission (dort Rn. 89 ff.) und lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Das Verfahren muss **wettbewerblich** sein, damit alle interessierten und qualifizierten Unternehmen teilnehmen können.
- Das Verfahren muss **transparent** sein, damit alle interessierten Unternehmen in jeder Phase des Verfahrens in gleicher Weise und ausreichend informiert sind. Die Ausschreibung muss hinreichend bekannt gemacht werden. Etwaige Fristen, die den Unternehmen gesetzt werden, müssen angemessen sein. Auswahl- und Zuschlagskriterien müssen vorab klar, verständlich sowie eindeutig gewählt und kommuniziert werden.
- Alle Bieter sind in allen Phasen des Verfahrens **diskriminierungsfrei** zu behandeln. Hierzu zählen auch eine diskriminierungsfreie Wahl der Auswahl- und Zuschlagskriterien sowie die grundsätzlich produkt- und anbieterneutrale Gestaltung der Leistungsbeschreibung. Die gewählten Auswahl- und Zuschlagskriterien sollten eine objektive Bewertung erlauben.

Die Einhaltung der vorstehenden Kriterien kann grundsätzlich dadurch gewährleistet werden, dass das Verfahren inhaltlich möglichst so ausgestaltet wird wie die Regelverfahren nach der VgV, VOB/A oder UVgO (insbesondere: offenes Verfahren, nicht-offenes Verfahren, grundsätzlich auch Verhandlungsverfahren mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb; nicht ausreichend und nicht empfehlenswert: Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, vor allem wenn dieses ohne öffentliche Bekanntmachung erfolgt).

Erforderlich ist daneben auch, dass die Zuschlagskriterien so ausgestaltet werden, dass das höchste Angebot ein maßgebliches Kriterium für die Auswahl des Erwerbers bzw. des Pächters darstellt. Der Preiskomponente muss mithin ein großes Gewicht bei der Wertung der Wirtschaftlichkeit zukommen. Es wird grundsätzlich eine Gewichtung des Preises von mindestens 60 Prozent empfohlen. Dabei kann jedoch auch vertraglichen Vereinbarungen Rechnung getragen werden, wie zum Beispiel der Vereinbarung von Garantien des Veräußerers oder anderen nach dem Verkauf eingreifenden Verpflichtungen.

Wird das Verfahren ordnungsgemäß ausgestaltet und durchgeführt und findet zugleich im Rahmen des Verfahrens ein effektiver Wettbewerb statt (mindestens zwei Bieter), kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die hierdurch ermittelten Vertragsbedingungen marktüblichen Konditionen entsprechen.

Das Verfahren sollte den vergaberechtlichen Grundsätzen entsprechend dokumentiert werden.

C Weitere beihilferechtliche Grundlagen

Sollten die vorstehenden Ausgestaltungsmöglichkeiten nicht in Betracht kommen oder nicht zum gewünschten Ergebnis führen, besteht das Risiko, dass eine verbotene Beihilfe vorliegt. In diesem Fall kann die Maßnahme gegebenenfalls auf andere beihilferechtliche Grundlagen gestützt werden (z. B. AGVO, De-minimis-Regelungen, Gigabit-Rahmenregelung des Bundes, Notifizierung). Hierbei bedarf es jedoch einer vertieften beihilferechtlichen Prüfung und Ausgestaltung der Vorgehensweise entsprechend den Anforderungen der betreffenden beihilferechtlichen Grundlage.

3 Vergaberecht

Die Hinweggabe öffentlicher Leerrohrinfrastrukturen – gleich, ob im Wege des Verkaufs oder aber der Verpachtung – hat nur dann vergaberechtliche Relevanz, wenn dabei ein vertraglicher Erfüllungsanspruch zulasten des Betreibers geregelt wird. Anderenfalls fehlt es an dem erforderlichen **Beschaffungselement**. Praktisch relevant wird dieser Umstand dann, wenn der bzw. die Betreiber vertraglich dazu verpflichtet werden, die Leerrohre zur Versorgung der Allgemeinheit zu verwenden. Auch eine Pflicht zur Versorgung der Kommune selbst wäre grundsätzlich vergaberechtsrelevant, diese Sachverhaltskonstellation wird in diesem Leitfaden aber nicht weiter vertieft. Wenn eine solche Betriebs- oder Versorgungspflicht dergestalt vereinbart wird, dass die Kommune einen **einklagbaren Anspruch** hierauf erhält, kann es sich um einen vergaberechtlich relevanten öffentlichen Auftrag (bei Pflicht zur Versorgung der Kommune) bzw. um eine Konzession (bei Pflicht zur Versorgung Dritter/der Allgemeinheit) handeln.

Diese vergaberechtliche Überlegung steht im Spannungsfeld mit der **förderrechtlichen Zweckbindung**. Die Förderbedingungen sehen vor, dass die geförderten Leerrohre über den Zeitraum der Zweckbindungsfrist (sieben Jahre) auch betrieben werden müssen. Um dies sicherzustellen, liegt die Vereinbarung einer entsprechenden Betriebs- bzw. Versorgungsverpflichtung zunächst nahe, mit der Folge, dass sodann eine vergaberechtlich relevante Beschaffung im Einzelfall gegebenenfalls nicht auszuschließen ist.

Allerdings sind auch **Vertragsgestaltungen** denkbar, die zwar keinen direkten einklagbaren Erfüllungsanspruch vermitteln, aber gleichwohl geeignet sein können, den Betreiber zum Betrieb anzuhalten. Die Spanne dieser vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten reicht von der Festlegung einer Vertragsgrundlage (Erwartung der Parteien bezüglich des Betriebs über die Zweckbindungsfrist) über die Vereinbarung von Kündigungs-, Rücktritts- bzw. Rückkaufrechten für den Fall des Nicht-Betriebs bis hin zur Vereinbarung von Vertragsstrafen. Diese alternativen Gestaltungsmöglichkeiten können im Einzelfall – neben der ohnehin zu vermutenden Betriebsmotivation des Betreibers – ausreichend Gewähr für den Betrieb bieten bzw. die Kommune jedenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht ausreichend vor förderrechtlichen Rückforderungsrisiken schützen. Diese Art der Vertragsgestaltung hat sich in verwandten Bereichen (z. B. Breitbandausbau im Rahmen der NGA-Rahmenregelung des Bundes) bereits bewährt. Aus diesem Bereich können auch Anregungen für konkrete Vertragsgestaltungen entnommen werden. Die **Vertragsmuster** im Leitfaden des Gigabitbüros des Bundes greifen diese Aspekte dagegen – wohl bewusst – nicht näher auf. Im Zweifelsfall sollte diesbezüglich externe Hilfe bei der Vertragsgestaltung in Anspruch genommen werden.

Sollte gleichwohl eine einklagbare Betriebs- bzw. Versorgungsverpflichtung vereinbart werden, ist zunächst zu prüfen, wie hoch der Konzessionswert zu bemessen ist. Dies richtet sich nach § 2 KonzVgV. Es sind demnach – vereinfacht gesagt – sämtliche Entgelte und Umsätze, gleich ob durch die Kommune oder durch die Leistungsempfänger geleistet, über die gesamte potenzielle Vertragslaufzeit zu berücksichtigen. Erreicht der somit ermittelte Wert den einschlägigen **Schwellenwert** (ab 01.01.2022: netto 5.382.000 EUR), ist grundsätzlich ein europaweites Vergabeverfahren nach den Bestimmungen der KonzVgV erforderlich. Da Gegenstand der Förderung des Landes Hessen nicht die Errichtung großflächiger Leerrohrnetze ist, sondern vielmehr die eher kleinteilige Mitverlegung in Neubaugebieten sowie bei Infrastrukturbaumaßnahmen, kann davon ausgegangen werden, dass in aller Regel der Schwellenwert nicht erreicht wird und ein Vergabeverfahren nicht erforderlich ist.

Bei erheblicher Unterschreitung des Schwellenwertes und aufgrund der geografischen Lage der hessischen Kommunen kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass keine Binnenmarktrelevanz vorliegt und ein förmliches Ausschreibungsverfahren somit entbehrlich ist. Dennoch erscheint es ratsam, auch in derartigen Fällen ein am Vergaberecht angelegtes Ausschreibungsverfahren durchzuführen, sofern es der Kommune darauf ankommt, einklagbare Leistungspflichten des Betreibers zu vereinbaren.

Sollte der Schwellenwert ausnahmsweise doch erreicht werden oder eine Binnenmarktrelevanz nicht verneint werden, sollte in jedem Fall ein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt werden. Zwar werden in diesem Zusammenhang **Ausnahmetatbestände** (insbesondere § 149 Nr. 8 GWB) diskutiert, wonach solche Konzessionen gegebenenfalls nicht auszusprechen sind. Da diesbezüglich jedoch nach wie vor erhebliche Rechtsunsicherheiten bestehen, sollte grundsätzlich gleichwohl ein Vergabeverfahren durchgeführt werden, und zwar auch dann, wenn eine **nicht-exklusive Verpachtung** der Leerrohre erfolgt. Zwar geht der Leitfaden des Gigabitbüros des Bundes davon aus, dass in diesen Fällen keine Konzession und damit keine Vergaberechtsrelevanz vorliegen dürfte. Aufgrund der verbleibenden Restrisiken ist die Durchführung eines Vergabeverfahrens hier jedoch der sicherste Weg.

Unabhängig von den vorstehenden vergaberechtlichen Überlegungen kann die Durchführung eines Vergabeverfahrens auch angesichts der obenstehenden **haushalts- und beihilfe-rechtlichen Erwägungen** sinnvoll sein, da hierdurch im Regelfall (zumindest, wenn effektiver Wettbewerb herrscht) marktübliche Bedingungen ermittelt werden können.

4 Telekommunikationsrecht

Betreiber von Breitbandinfrastrukturen – hierzu zählen vorliegend auch die geförderten Leerrohre – können mitunter umfangreichen und komplexen telekommunikationsrechtlichen Pflichten unterliegen und Ansprüchen Dritter ausgesetzt sein (insbesondere auf Auskunftserteilung und Mitnutzung gem. §§ 77 aff. TKG a.F. bzw. §§ 136 ff. TKG n.F.). Dies gilt immer dann, wenn die Kommune Eigentümerin der Leerrohre bleibt, also in Fällen der Verpachtung. Der Leitfaden des Gigabitbüros des Bundes enthält hierzu detaillierte und anschauliche Ausführungen, auf die an dieser Stelle verwiesen wird (vgl. dort S. 15, 16).

Dazu zwei ergänzende Hinweise:

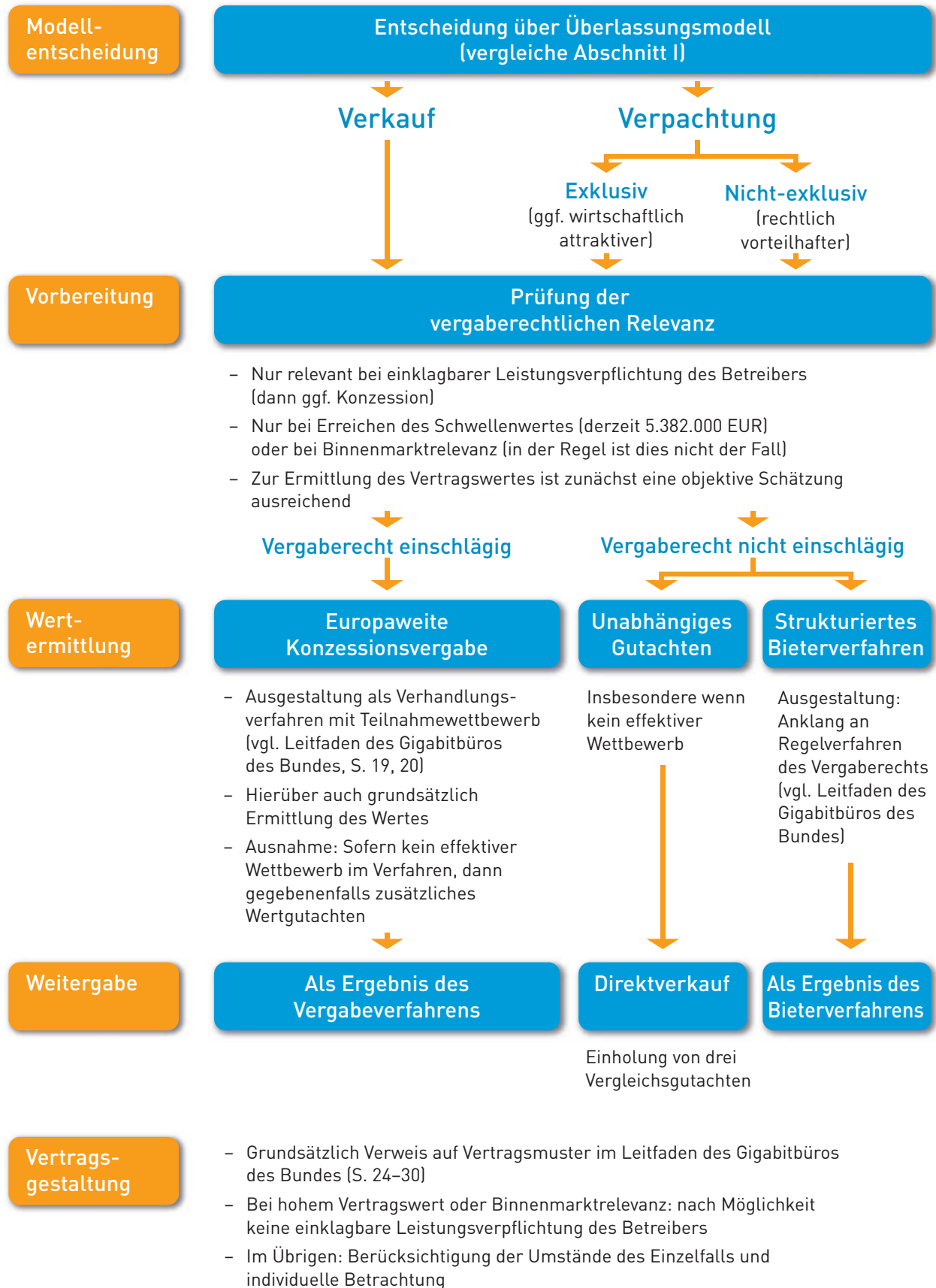
Zum einen können diese telekommunikationsrechtlichen Rahmenbedingungen die Kommune dazu bewegen, die Möglichkeit der Veräußerung der Leerrohre zu wählen, denn hierdurch entledigt sie sich **dauerhaft** der entsprechenden Pflichten.

Zum anderen sollte erwogen werden, bei der Hinweggabe den Erwerber bzw. Pächter dazu zu verpflichten, allen anderen interessierten Unternehmen soweit möglich sowohl auf physischer Ebene als auch auf Vorleistungsebene Zugang zu den Infrastrukturen zu angemessenen Konditionen zu gewähren. Durch eine solche **Open-Access-Verpflichtung** wird zum einen der Wettbewerb potenziell gestärkt. Zum anderen stellt sich diese Verpflichtung auch aus beihilferechtlicher Sicht (bezüglich der Selektivität der Maßnahme) als auch aus telekommunikationsrechtlicher Sicht (bezüglich der Mitnutzungsansprüche, § 77d TKG a.F. bzw. § 138 TKG n.F.) potenziell vorteilhaft dar. Auf der anderen Seite kann diese Verpflichtung die Attraktivität für potenzielle Betreiber schmälern. Die vorstehenden Überlegungen gelten insbesondere für den Fall der exklusiven Verpachtung.



III Konkretes Vorgehen

Für das konkrete Vorgehen bei der Hinweggabe der geförderten Leerrohre bieten sich die nachfolgenden Schritte an:



Impressum

Autoren

Dr. Matthias Freund, Florian Nau LL.M. (Muth & Partner mbB)

Herausgeber

Hessische Staatskanzlei
Ministerin für Digitale Strategie und Entwicklung
Georg-August-Zinn-Straße 1, 65183 Wiesbaden

Der Herausgeber übernimmt keine Gewähr für die Richtigkeit, die Genauigkeit und die Vollständigkeit der Angaben sowie für die Beachtung privater Rechte Dritter. Die in der Veröffentlichung geäußerten Ansichten und Meinungen müssen nicht mit der Meinung des Herausgebers übereinstimmen.

© Hessische Staatskanzlei, Ministerin für Digitale Strategie und Entwicklung
www.digitales.hessen.de

Projekträger/Redaktion

Breitbandbüro Hessen, Hessen Trade & Invest GmbH
im Auftrag der Hessischen Staatskanzlei, Ministerin für Digitale Strategie und Entwicklung

Kontakt

Hessen Trade & Invest GmbH
Konradinerallee 9, 65189 Wiesbaden
Telefon +49 611 95017-80 /-85
info@htai.de
www.htai.de | www.breitbandbuero-hessen.de



Stand: März 2022

Auflage: 1.000 Exemplare

Gestaltung: Theißen-Design, Lohfelden

Lektorat: Uta Marini, Warstein

Abbildungen: stock.adobe.com;
fefufoto (Cover, U2, U4), Markus (Seite 11)

Druck: Printworld, Dresden



Hinweis: Die Darlegungen in der vorliegenden Handreichung sind nicht als Rechtsberatung zu verstehen. Sie ersetzen keinesfalls eine rechtliche Prüfung des jeweiligen Einzelfalls.

Download: www.breitbandbuero-hessen.de

Diese Broschüre wird im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit der hessischen Landesregierung herausgegeben. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlwerbern oder Wahlhelfern während eines Wahlkampfes zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Dies gilt für Landtags-, Bundestags- und Kommunalwahlen. Missbräuchlich ist insbesondere die Verteilung auf Wahlveranstaltungen, an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken oder Aufkleben parteipolitischer Informationen und Werbemittel.

Untersagt ist gleichfalls die Weitergabe an Dritte zum Zwecke der Wahlwerbung. Auch ohne zeitlichen Bezug zu einer bevorstehenden Wahl darf diese Broschüre nicht in einer Weise verwendet werden, die als Parteinahme der Landesregierung zugunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte. Die genannten Beschränkungen gelten unabhängig davon, wann, auf welchem Weg und in welcher Anzahl diese Broschüre dem Empfänger zugegangen ist.

Den Parteien ist es jedoch gestattet, diese Broschüre zur Unterrichtung ihrer eigenen Mitglieder zu verwenden.

Aus Gründen der leichten Lesbarkeit wird in der Regel auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung von funktions- bzw. personenbezogenen Bezeichnungen, wie zum Beispiel Teilnehmer/innen, verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung für beide Geschlechter.

HESSEN



Hessische Staatskanzlei

Hessische Ministerin für
Digitale Strategie und Entwicklung



digitales.hessen
BREITBANDBÜRO

