

Leitfaden interkommunale Zusammenarbeit im Rahmen der Bayerischen Gigabitrichtlinie (BayGibitR)

1. Vorbemerkung

Die Erfahrungen aus bisherigen Breitbandförderprojekten zeigen, dass eine Bündelung gemeindlicher Interessen sowohl bei der Fördermittelbeantragung als auch bei der Durchführung der Auswahlverfahren zur Suche eines Netzbetreibers im Betreibermodell oder im Wirtschaftlichkeitslückenmodell sinnvoll und zielführend ist. Durch eine Bündelung personeller und fachlicher Ressourcen mehrerer Gemeinden lassen sich Synergieeffekte erzielen. Zudem kann durch die Bildung gemeindegebietsübergreifender und damit größerer Erschließungsgebiete die Attraktivität der ausgeschriebenen Leistung für die Netzbetreiber erhöht werden.

2. Förderrechtliche Hinweise zu möglichen Formen der interkommunalen Zusammenarbeit

Zuwendungsempfänger der Gigabitförderung können nach Nr. 3 BayGibitR neben Gemeinden auch Gemeindeverbände und Zusammenschlüsse von Gemeinden sein.

Unter einem Gemeindeverband als Zuwendungsempfänger im Sinn der Gigabitrichtlinie ist neben Landkreisen und Bezirken auch eine institutionalisierte Form der interkommunalen Zusammenarbeit unter Bildung eines eigenen Rechtsträgers zu verstehen. Das Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit¹ (KommZG) sieht hierfür in Art. 2, 17 ff. KommZG insbesondere die Bildung eines Zweckverbandes in der Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts vor. Voraussetzung für die Förderung ist, dass an dem Zweckverband ausschließlich Gemeinden beteiligt sind. Förderschädlich wäre es daher, wenn an dem Zweckverband auch andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, natürliche Personen oder juristische Personen des Privatrechts als Mitglieder beteiligt sind.²

Dagegen stellt ein Zusammenschluss von Gemeinden eine nicht institutionalisierte Form der interkommunalen Zusammenarbeit dar. Diese kann in der Form einer kommunalen Arbeitsgemeinschaft i.S.v. Art. 4 ff. KommZG oder einer Zweckvereinbarung i. S. v. Art. 7 ff. KommZG erfolgen. Ein derartiger Zusammenschluss mehrerer Gemeinden kommt als Zuwendungsempfänger aber wiederum nur dann in Betracht, wenn ausschließlich Gemeinden hieran beteiligt sind.³ Der vorliegende Leitfaden beschäftigt sich mit dieser Form der interkommunalen Zusammenarbeit auf **Basis einer Zweckvereinbarung**.

¹ Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit (KommZG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Juni 1994 (GVBl. S. 555, 1995 S. 98, BayRS 2020-6-1-I), das zuletzt durch § 1 Abs. 43 der Verordnung vom 26. März 2019 (GVBl. S. 98) geändert worden ist.

² Vgl. Art. 17 Abs. 2 Satz 2 KommZG, der diese Möglichkeit grundsätzlich eröffnet.

³ Vgl. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 KommZG, der für die Arbeitsgemeinschaft auch die Möglichkeit der Beteiligung sonstiger Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, sowie natürlicher Personen und juristischer Personen des Privatrechts ermöglicht.

Stand 03.03.2020

Zu beachten ist bei jeglicher Form der interkommunalen Zusammenarbeit, dass sich die Fördersätze und Förderhöchstbeträge anhand der jeweils beteiligten Gemeinden bemessen (Nr. 10.5 BayGibitR). Bei der gemeinsamen Ausschreibung eines gemeindeübergreifenden Erschließungsgebietes empfiehlt es sich daher, die Gebiete jeder beteiligten Gemeinde als Gebietslos zu definieren.

Einzelne Gebietslose können grundsätzlich immer gebildet werden. Für den Fall, dass ein Netzbetreiber im Rahmen der Markterkundung nach Nr. 4.4 BayGibitR die Aufteilung des Erschließungsgebietes in Lose (räumliche Lose / Gebietslose) fordert, besteht eine grundsätzliche Pflicht zur Bildung von Gebietslosen. Diese können sich an den Grenzen der jeweiligen Gemeindegebiete orientieren. Die Gemeinden können jedoch auch bei der Bildung von Losen neben Angeboten für einzelne Lose auch ein Gesamtangebot für das gemeindegebietsübergreifende Erschließungsgebiet zulassen bzw. fordern (vgl. Nr. 4.8 BayGibitR).

3. Vergaberechtliche Hinweise zur interkommunalen Zusammenarbeit

Besondere vergaberechtliche Anforderungen an die interkommunale Zusammenarbeit können sich auf zwei verschiedenen Ebenen ergeben.

- Zunächst muss die Zusammenarbeit von Gemeinden auf Basis einer Zweckvereinbarung oder Arbeitsgemeinschaft nach dem KommZG am Vergaberecht gemessen werden (dazu unter 3.1).
- Zum anderen muss auch die gemeinsame Durchführung der Auswahlverfahren zur Suche eines oder mehrerer Netzbetreiber vergaberechtlich korrekt abgebildet werden (dazu unter 3.2.)

3.1 Ausschreibungspflichten bei der gemeinsamen Aufgabenerledigung

Die interkommunale Zusammenarbeit zwischen mehreren Gemeinden auf der Grundlage des KommZG und der darin geregelten Instrumente und Rechtsformen stellt einen Fall der horizontalen innerstaatlichen Kooperation im Sinne von § 108 Abs. 6 GWB dar, sofern nicht eine Aufgabenübertragung als innerstaatlicher Organisationsakt vorliegt, der von vornherein nicht dem Vergaberecht unterliegt⁴. Nach § 108 Abs. 6 GWB ist der 4. Teil des GWB und damit das EU-Vergaberecht nicht auf Verträge anzuwenden, die zwischen zwei oder mehreren Kommunen als öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 1 GWB geschlossen werden, wenn

1. der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,
2. die Durchführung der Zusammenarbeit nach Nummer 1 ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und

⁴ Siehe Amtliche Begründung zu § 108 GWB, Drucksache 18/6281 des Deutschen Bundestags, S. 79 f; Art. 1 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe
Stand 03.03.2020

3. die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst sind.

Im Regelfall stellt die interkommunale Zusammenarbeit im Rahmen der Breitbandförderung kein vergaberechtliches Problem dar.

3.2. Gestaltungsmöglichkeiten für ein gemeinsames Auswahlverfahren zur Suche eines Netzbetreibers bzw. Vergabeverfahren zum Netzbau.

Nach Nr. 5.1 bzw. Nr. 7.1 BayGibitR sind für das Auswahlverfahren zur Suche des Netzbetreibers im Wirtschaftlichkeitslückenmodell bzw. im Betreibermodell die Bestimmungen der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) sinngemäß anzuwenden. Sofern der nach § 3 VgV zu ermittelnde Wert des Gesamtauftrags den EU-Schwellenwert (Stand 01.01.2020: 5.350.000 € bei Konzessionen) erreicht oder überschreitet, gelten an Stelle der UVgO die Bestimmungen der Vergabeverordnung oder der Konzessionsvergabeordnung. Zudem müssen die Gemeinden im Rahmen eines Betreibermodells die zur Errichtung der passiven Infrastruktur erforderlichen Bauleistungen ebenfalls unter Beachtung der einschlägigen vergaberechtlichen Anforderungen ausschreiben (Nr. 6.1 BayGibitR). Da es sich hierbei um Tiefbauleistungen handelt gelten – abhängig von der Höhe des geschätzten Auftragswertes - die Bestimmungen der VOB/A 1. Abschnitt oder der VOB/A-EU.

Die kooperative Durchführung eines Auswahlverfahrens zur Suche eines Netzbetreibers sowohl im Wirtschaftlichkeitslückenmodell nach Nr. 7 BayGibitR als auch im Betreibermodell nach Nr. 5 BayGibitR, aber auch die gemeinsame Ausschreibung von Tiefbauarbeiten kann danach in unterschiedlichen Konstellationen auf Basis einer Zweckvereinbarung gemeinsam durchgeführt werden. Die damit verbundene Bündelung der Nachfrage mehrerer Gemeinden in einem oder mehreren (z. B. losweise aufgeteilten) Auswahlverfahren wird von der Rechtsprechung grundsätzlich als zulässig angesehen.⁵

a) Anlassbezogene gemeinsame Auftragsvergabe durch alle Gemeinden

Zulässig ist eine punktuelle gemeinsame Ausschreibung. Nach § 16 UVgO i.V.m. § 4 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 VgV können mehrere Gemeinden vereinbaren, bestimmte Aufträge gemeinsam zu vergeben (gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe).

b) Gemeinsame Auftragsvergabe durch eine Gemeinde

Nach § 4 Abs. 2 Satz 2 VgV kann dabei auch eine Gemeinde das Verfahren in seinem Namen und im Auftrag der anderen Gemeinden alleine durchführen. Diese Form der gemeinsamen Beschaffung setzt voraus, dass die vergebende Stelle Leistungen für sich selbst und für andere beschafft (gemeinsame Beschaffung). Es ist daher auch zulässig, dass eine der beteiligten Gemeinden als Vergabestelle fungiert, sofern auch diese selbst einen Netzausbau durchführen möchte.

⁵ OLG Schleswig, Beschluss vom 30.10.2013 – 1 Verg 6/12; Beschluss vom 30.10.2012 – 1 Verg 5/12; Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß: Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 98 Rn. 74 mit umfangreichen weiteren Nachweisen.
Stand 03.03.2020

c) Stellvertretende gemeinsame Auftragsvergabe durch einen Dritten

Daneben ist es vergaberechtlich auch zulässig, wenn ein Dritter, der nicht selbst für sich Leistungen beschafft, das Auswahlverfahren im Namen und für Rechnung anderer Auftraggeber stellvertretend operativ durchführt.⁶ Denkbar und in der Praxis bereits erprobt ist dies z. B. in Fällen, in denen ein Landkreis für mehrere oder alle landkreisangehörigen Gemeinden im Rahmen des Förderverfahrens tätig wird. Dieser Fall bedarf jedoch aufgrund besonderer kommunalrechtlicher Anforderungen immer einer Einzelfallbetrachtung. Er ist daher im Muster der Zweckvereinbarung nicht berücksichtigt.

Hinweis: Die unter a) und b) dargestellten Alternativen sind in dem zur Verfügung gestellten Muster für eine Zweckvereinbarung gemäß Art- 7 ff KommZG abgebildet.

d) Zusammenfassung

Es kommen verschiedene organisatorische Gestaltungsmöglichkeiten für eine gemeinsame Durchführung von Auswahl- und Vergabeverfahren im Rahmen der Gigabitförderung in Betracht, z.B.:

- Die Gemeinden führen das Auswahl- oder Vergabeverfahren gemeinsam im Namen aller durch.
- Eine Gemeinde wird mit der Verfahrensdurchführung betraut, die dann sowohl in eigenem Namen als auch im Auftrag der übrigen Gemeinden tätig wird.

Nur in diesen Fällen wird der Bonus für Interkommunale Zusammenarbeit im Rahmen der BayGibitR gewährt.

4. Kommunalrechtliche Hinweise zur interkommunalen Zusammenarbeit

Schritte zum Abschluss einer Zweckvereinbarung

a) Gremienbeschlüsse

Dem Abschluss einer Zweckvereinbarung nach Art. 7 ff KommZG muss ein entsprechender Gremienbeschluss in allen beteiligten Gemeinden vorausgehen. Für die Beschlussfassung ist die Zuständigkeit des Gemeinderates gegeben.⁷ Eine Delegation auf einen beschließenden Ausschuss scheidet aufgrund der mit den in Art. 32 Abs. 2 Satz 2 GO genannten Angelegenheiten vergleichbaren Bedeutung aus. Der Beschlusstext könnte etwa wie folgt lauten:

„Der Gemeinderat beschließt den Auf- und Ausbaus eines gigabitfähigen Breitbandnetzes in der Gemeinde A. Zu diesem Zweck arbeitet die Gemeinde A mit den benachbarten Gemeinden B, C...zusammen. Der erste Bürgermeister wird ermächtigt, die der Beschlussvorlage im Entwurf beigefügte Zweckvereinbarung mit den weiteren am Breitbandausbau beteiligten Gemeinden abzuschließen.“

⁶ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.11.2012 - 15 Verg 9/12; OLG München, Beschluss vom 25.03.2011 - Verg 4/11, für den Fall einer Ausschreibung von Breitbanderschließungsleistungen durch einen Landkreis in Stellvertretung für verschiedene Kommunen.

b) Schriftformerfordernis

Da es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt, muss die Zweckvereinbarung schriftlich geschlossen werden (vgl. Art. 57 BayVwVfG). Die Einhaltung der Schriftform ist Wirksamkeitsvoraussetzung.

c) Anzeige / Genehmigung

Der Abschluss der Zweckvereinbarung muss gemäß Art. 12 Abs. 1 KommZG bei der zuständigen Aufsichtsbehörde grundsätzlich nur angezeigt werden. Die zuständige Aufsichtsbehörde folgt aus Art. 52 KommZG. Sind allein kreisangehörige Gemeinden Beteiligte der Zweckvereinbarung, ist Aufsichtsbehörde das zuständige staatliche Landratsamt (Art. 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KommZG). Sind an der Zweckvereinbarung kreisangehörige Gemeinden mehrerer Landkreise beteiligt, ist das Landratsamt zuständig, in dem die Gemeinde liegt, der durch Zweckvereinbarung die Aufgabe übertragen ist (Art 52 Abs. 1 Satz 2 KommZG). Ist eine kreisfreie Gemeinde an der Zweckvereinbarung beteiligt, ist die Regierung Aufsichtsbehörde (Art. 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KommZG). Eine anzeigepflichtige Zweckvereinbarung wird mit Beschluss aller beteiligten Gemeinderäte und Unterschrift der ersten Bürgermeister wirksam (Art. 13 Abs. 3 KommZG).

Nur für den Fall, dass zusammen mit einer Aufgabe auch Befugnisse auf eine der beteiligten Gemeinden übertragen werden, unterliegt der Abschluss der Zweckvereinbarung der vorherigen Pflicht zur Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde (Art. 12 Abs. 2 Satz 1 KommZG). In diesem Fall bedarf die Zweckvereinbarung zu ihrer Wirksamkeit zudem der Bekanntmachung im Amtsblatt der Aufsichtsbehörde (Art. 13 Abs. 1 KommZG).

5. Zusammenfassung

Interkommunale Zusammenarbeit im Rahmen der Förderung nach BayGibitR bietet sich vor allem in Form eines Zusammenschlusses mehrerer benachbarter Gemeinden auf der Basis einer öffentlich-rechtlichen Zweckvereinbarung an.

Die kooperative Zusammenarbeit auf Gemeindeebene im Förderverfahren und der Abschluss einer Zweckvereinbarung können dann ohne vorherige Ausschreibung erfolgen, wenn dabei das gemeinsame Ziel des Auf- und Ausbaus gigabitfähiger Breitbandnetze verfolgt wird und im Rahmen der Markterkundung ein Marktversagen festgestellt worden ist.

Die gemeinsame Durchführung von Auswahl- und Vergabeverfahren im Rahmen des Förderverfahrens können Gemeinden in der Zweckvereinbarung unterschiedlich ausgestalten:

- Die Gemeinden führen das Auswahl- oder Vergabeverfahren gemeinsam im Namen aller durch,
- Eine Gemeinde wird mit der Verfahrensdurchführung betraut, die dann sowohl in eigenem Namen als auch im Auftrag der übrigen Gemeinden tätig wird.

Die kommunalrechtlichen Voraussetzungen für eine interkommunale Zusammenarbeit auf Basis einer Zweckvereinbarung sind in der Regel dann erfüllt, wenn mehrere Gemeinden

die Aufgaben im Förderverfahren bündeln wollen. Besonderheiten gelten aber dann, wenn auch ein Landkreis als Vertragspartner eingebunden werden soll und Aufgaben übernimmt. Dann sind die Voraussetzungen für eine ebenenübergreifende interkommunale Zusammenarbeit im Einzelfall zu prüfen.

Der Abschluss einer Zweckvereinbarung bedarf in der Regel neben einem Gemeinderatsbeschluss und einer schriftlichen Vereinbarung nur der Anzeige bei der Aufsichtsbehörde. Eine rechtsaufsichtliche Genehmigung ist nur ausnahmsweise erforderlich, wenn neben Aufgaben auch Befugnisse durch die Zweckvereinbarung auf eine Gemeinde übertragen werden sollen.