

Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie  
und Tourismus | Postfach 71 28 | 24171 Kiel

**Staatssekretär**

An den Vorsitzenden des  
Wirtschafts- und Digitalisierungsausschusses  
des Schleswig-Holsteinischen Landtages  
Herrn Claus Christian Claussen, MdL  
Landeshaus  
24105 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 20/3318

An den Vorsitzenden des Finanzausschusses  
des Schleswig-Holsteinischen Landtages  
Herrn Lars Harms, MdL  
Landeshaus  
24105 Kiel

nachrichtlich:

Frau Präsidentin des Landesrechnungshofes Schleswig-Holstein  
Dr. Gaby Schäfer  
Berliner Platz 2  
24103 Kiel

über das  
Finanzministerium  
des Landes Schleswig-Holstein  
24105 Kiel

gesehen und weitergeleitet  
Kiel, den 03.06.2024  
gez. Staatssekretär Oliver Rabe

31.05.2024

**Übermittlung der vom Wirtschafts- und Digitalisierungsausschuss in der Sitzung vom  
23.05.2024 angeforderten Stellungnahmen von Prof. Dr. Nebendahl**

Sehr geehrte Herren Vorsitzende,

in der Sitzung des Wirtschafts- und Digitalisierungsausschusses vom 23.05.2024 wurde an mich der Wunsch gerichtet, dass die Vertraulichkeit der den Ausschüssen bereits vorliegenden Stellungnahmen von Herrn Prof. Dr. Nebendahl zur Schuldenbremse vor dem Hintergrund der öffentlichen Debatte des ZUGSHG im Landtag aufgehoben werden möge. Dieser Bitte möchte ich gern nachkommen, daher habe ich Ihnen die Stellungnahmen von Prof. Dr. Nebendahl vom 11.03.2024 und vom 14.03.2024 als Anlagen diesem Schreiben beigefügt.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Tobias von der Heide

## **Anlagen**

1. Stellungnahme von Prof. Dr. Nebendahl (Kanzlei Brock Müller Ziegenbein) vom 11.03.2024  
– NAH.SH wg. Landesfahrzeugpool
2. Stellungnahme von Prof. Dr. Nebendahl (Kanzlei Brock Müller Ziegenbein) vom 14.03.2024  
– NAH.SH wg. Landesfahrzeugpool

BROCK MÜLLER ZIEGENBEIN Rechtsanwälte Notare Postfach 35 07 24034 Kiel

## Per E-Mail

Nahverkehrsverbund Schleswig-Holstein GmbH  
(NAH.SH GmbH)  
Herrn Marwan Omar  
Raiffeisenstraße 1  
24103 Kiel

Unser Zeichen	Rechtsanwalt	Sekretariat	Kontakt	Kiel
00966-24-VG-3107	Prof. Dr. M. Nebendahl	Susanne Lüdtke Mareike Bittner Celina Bähjler	+49 431 97918-27 +49 431 97918-67 +49 431 97918-57 +49 431 97918-37 ✉ susanne.luedtke@bmz-recht.de ✉ mareike.bittner@bmz-recht.de ✉ celina.baethjer@bmz-recht.de	11.03.2024

An:  
Marwan.Omar@nah.sh

NAH.SH wg. Landesfahrzeugpool

Sehr geehrter Herr Omar,

in obiger Angelegenheit baten Sie mich mit E-Mail vom 26.02.2024 um eine Stellungnahme zu den Auswirkungen der Gründung eines Landesfahrzeugpools auf die gesetzliche Schuldenbremse nach dem Recht der Landesverfassung Schleswig-Holsteins. Ihrer Bitte möchte ich nachfolgend gern nachkommen.

## I. Der maßgebliche Sachverhalt

Der zur Beurteilung anstehende Sachverhalt stellt sich – kurz zusammengefasst – wie folgt dar:

**KIEL**  
Prof. Dr. Mathias Nebendahl<sup>2)</sup> <sup>10)</sup> <sup>14)</sup>, Notar  
Dr. Matthias Krisch<sup>10)</sup>, Notar  
Dr. Christian Becker<sup>14)</sup>, Notar  
Dr. Katja Francke<sup>2)</sup>  
Dr. Hauke Thilow<sup>7)</sup> <sup>11)</sup>, Notar  
Dr. Christian Wolff<sup>9)</sup> <sup>12)</sup>  
Dr. Johannes Badenhop<sup>13)</sup> <sup>14)</sup>, Notar  
Kati Beier-Vafeidis, LL.M. (London)  
Dr. Susann Rochlitz<sup>10)</sup>  
Dr. Martin Witt<sup>2)</sup>, Notar  
Dr. Fiete Kalscheuer<sup>14)</sup>  
Dr. Thomas Gutttau<sup>6)</sup>  
Judith Foest  
Dr. Markus Jurawitz  
Dr. Jan-Philipp Redder  
Charlotte Gaschke  
Maria Jaletzke-Fest  
Sören Kneffel  
Yilmaz Algin  
Dr. Nicolas Harding  
Schwedenkai 1, 24103 Kiel  
Telefon +49 431 97918-0  
Telefax +49 431 97918-30

**LÜBECK**  
Dr. Oswald Kleiner, Notar  
Boris Stomproviski<sup>2)</sup>, Notar a. D. (bis 2023)  
Lars Bretschneider<sup>2)</sup> <sup>10)</sup>, Notar  
Dr. Friderike Pannier<sup>1)</sup>  
Dr. Matthias Waack<sup>2)</sup>, Notar  
Dr. Sebastian Scholz<sup>2)</sup>  
Dr. Gero von Alvensleben  
Philipp Thomssen, LL.M. (London)  
Kanalstraße 12-18, 23552 Lübeck  
Telefon +49 451 70289-0

**FLENSBURG**  
Dr. Ralf Sonnberg, Notar  
Dr. Volker von Borzeszkowski<sup>2)</sup> <sup>10)</sup>,  
Notar a. D. (bis 2023)  
Dr. Bastian Koch<sup>7)</sup>, Notar  
Dr. Christian Kuhlmann<sup>4)</sup>  
Dr. Max Wellenreuther<sup>2)</sup>, Notar  
Jan Christiansen<sup>1)</sup> <sup>5)</sup>, Notar  
Dr. Christoph Bialluch<sup>10)</sup>  
Julian Schlumbohm<sup>4)</sup>  
Carina Rohde  
Dr. Justus Jürgensen  
Ballastkai 5, 24937 Flensburg  
Telefon +49 461 14433-0

**KALTENKIRCHEN**  
Dr. Bernd Richter<sup>11)</sup>  
Dr. Peter Gramsch<sup>8)</sup>, Notar  
Tilmann Kruse  
Dr. Marcel Sandberg  
Aino Kristina Finer, Notarin  
Dr. Kirsten Kieckbusch  
Neuer Weg 13, 24568 Kaltenkirchen  
Telefon +49 4191 91918-0

**Fachanwälte für**  
<sup>1)</sup> Agrarrecht  
<sup>2)</sup> Arbeitsrecht  
<sup>3)</sup> Bank- und Kapitalmarktrecht  
<sup>4)</sup> Bau- und Architektenrecht  
<sup>5)</sup> Erbrecht  
<sup>6)</sup> gewerblichen Rechtsschutz  
<sup>7)</sup> Handels- und Gesellschaftsrecht  
<sup>8)</sup> Insolvenzrecht  
<sup>9)</sup> IT-Recht  
<sup>10)</sup> Medizinrecht  
<sup>11)</sup> Steuerrecht  
<sup>12)</sup> Urheber- und Medienrecht  
<sup>13)</sup> Vergaberecht  
<sup>14)</sup> Verwaltungsrecht

**Banken**  
Commerzbank AG Kiel  
IBAN DE71 2104 0010 0722 3779 00  
Kieler Volksbank eG  
IBAN DE98 2109 0007 0090 1020 02  
Förde Sparkasse  
IBAN DE36 2105 0170 1400 2240 00  
Brock Müller Ziegenbein  
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB  
Sitz Kiel, AG Kiel PR 18 KI  
USt-IdNr. DE205972535  
www.bmz-recht.de

Nachdem in dem Vergabeverfahren betreffend die Finanzierung der für die Netze Mitte und Südwest benötigten Fahrzeuge kein Angebot abgegeben worden ist, bestehen Überlegungen, dass das Land Schleswig-Holstein einen rechtlich selbständigen Rechtsträger – entweder in der Rechtsform einer Anstalt öffentlichen Rechts oder einer GmbH – mit dem Zweck gründet, dass dieser die für die SPNV-Verkehrsleistungen in den beiden Netzen benötigten Fahrzeuge anschafft und zu diesem Zweck in den bereits aufgrund des Vergabeverfahrens MSW I vergebenen Werklieferungsvertrages eintritt. Die Finanzierung des Fahrzeugkaufes und der Fahrzeuginstandhaltung soll durch von der rechtlich verselbständigten juristischen Person aufzunehmende Kreditmittel erfolgen.

Es stellt sich die Frage, ob die Kreditaufnahme durch den entweder in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts oder einer GmbH errichteten Landesfahrzeugpool unter Geltung der sog. Schuldenbremse in der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein bedenklich ist.

## **II. Die rechtliche Bewertung**

Im Ergebnis dürfte die Kreditaufnahme durch eine rechtlich verselbständige juristische Person unabhängig davon, ob sie in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts oder der GmbH errichtet wird, welche mit den aufgenommenen Kreditmitteln die notwendigen Fahrzeuge zur Erbringung der SPNV-Verkehrsleistungen in den Netzen Mitte und Süd-West erwirbt, nach den Bestimmungen in Art. 61 Verf SH unbedenklich sein.

### **1. Der rechtliche Ausgangspunkt**

Die sog. „Schuldenbremse“ ist landesrechtlich in § 61 Verf SH normiert. Nach Art. 61 Abs. 1 Verf SH sind Einnahmen und Ausgaben im Haushaltsplan grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen. Hiervon erlaubt Art. 61 Abs. 3 Verf SH Abweichungen, wenn Naturkatastrophen oder außergewöhnliche Notsituationen vorliegen, die sich der Kontrolle des Staates entziehen und die staatliche Finanzlage erheblich beeinträchtigen.

Die „Schuldenbremsen-Regelungen“ in Art. 61 Verf SH basieren wiederum auf der bundesrechtlichen Regelung in Art. 109 Abs. 3 GG. Nach Art. 109 Abs. 3 Satz 1 GG sind die Haushalte von Bund und Ländern grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen. Ausnahmeregelungen sind nach Art. 109 Abs. 3 Satz 2 GG insbesondere für Naturkatastrophen oder außergewöhnliche Notsituationen zulässig. Art. 109 Abs. 3 Satz 5 GG stellt klar, dass den Ländern die Aufgabe obliegt, die nähere Ausgestaltung in ihren Haushalten im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen Kompetenzen zu regeln, wobei die Maßgabe gilt, dass der in Art. 109 Abs. 3 Satz 1 GG geregelten Vorgabe nur dann entsprochen ist, wenn keine Einnahmen aus Krediten zugelassen werden. Genau dies ist in Art. 61 Abs. 1 Verf SH normiert worden.

Da der Landesgesetzgeber – verpflichtend – die in Art. 109 Abs. 3 GG für die Länder geregelten Vorgaben übernommen hat, mithin deutlich gemacht hat, dass er der im Grundgesetz angelegten Verpflichtung folgend die dortigen Vorgaben für den Landeshaushalt übernehmen wollte, sind für die Auslegung der Schuldenbremsen-Regelungen in der Landesverfassung die für die Interpretation der Regelung über die Schuldenbremse auf bundesgesetzlicher Ebene in Art. 109 Abs. 3, Art. 115 GG entwickelten Maßstäbe zugrunde zu legen (so statt vieler: Becker, Harding, Laude, Corona-Pandemie und Schuldenbremse in Schleswig-Holstein, Gutachten 2022, Seite 8).

## 2. Die Kreditaufnahme durch den Landesfahrzeugpool

Es stellt sich dementsprechend die Frage, ob die mögliche Kreditaufnahme durch einen in der Rechtsform einer juristischen Person (des öffentlichen oder privaten Rechts) errichteten Landesfahrzeugpools gegen die Regelung in Art. 61 Abs. 1 Verf SH verstoßen würde.

### a) Die inhaltliche Reichweite der Schuldenbremse

Sowohl die bundesgesetzliche Regelung der Schuldenbremse in Art. 109 Abs. 3, Art. 115 GG als auch die hierauf basierenden landesverfassungsrechtlichen

Bestimmungen zur Schuldenbremse einschließlich der entsprechenden Regelungen in Art. 61 Abs. 1 Verf SH beruht auf dem sog. „Rechtsträgerprinzip“ und bezieht sich dementsprechend im Grundsatz nur auf die Haushalte von Bund und Ländern (so Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 102. EL August 2023, Art. 109 GG Rn. 117; Heun, in: Dreyer, GG-Kommentar, Band 3, 3. Aufl. 2018, Art. 109 GG Rn. 36, jeweils m.w.N.). Dementsprechend werden von der Regelung in Art. 109 Abs. 3 GG ebenso wie in Art. 61 Abs. 1 Verf SH nur die Kreditaufnahmen durch den Bund bzw. die Länder (im vorliegenden Fall dem Land Schleswig-Holstein) einschließlich ihrer rechtlich unselbständigen Sondervermögen erfasst. Dies ergibt sich nicht nur aus der Entstehungsgeschichte des Art. 109 Abs. 3 GG, in der klargestellt worden ist, dass z.B. die Sozialversicherungsträger und die Gemeinden nicht in den Geltungsbereich von Art. 109 Abs. 3 GG einbezogen sind (vgl. BT-Drucks. 16/12410, S. 10 f.), sondern sich auch aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG, Beschluss vom 22.11.2011 – 2 BvE 3/08 –, NVwZ 2012, 294 (295 Rn. 28)). Soweit daher vereinzelt vertreten wird, dass im Wege erweiternder Auslegung die Schuldenbremsenregelung auch auf rechtlich selbständige juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts zu erstrecken seien, wenn der Bund bzw. eine Bundesland an der entsprechenden juristischen Person beteiligt ist, ist dies ersichtlich unzutreffend.

b) Erweiternde Auslegung der Reichweite der Schuldenbremse

Trotz der von Verfassung wegen bestehenden Beschränkung auf die Haushalte des Bundes bzw. der Bundesländer, nach Art. 61 Abs. 1 Verf SH speziell des Bundeslandes Schleswig-Holstein, ist zu prüfen, ob die Kreditaufnahme durch rechtlich selbständige juristische Personen, an denen der Staat (Bund oder Bundesländer) allein oder mehrheitlich beteiligt ist, unter dem Gesichtspunkt missbräuchlicher Umgehung bei Bewertung der bundes- bzw. landesverfassungsrechtlichen Regelungen zur Schuldenbremse einzubeziehen sind (so z.B. Kube, in: Maunz/Dürig/Scholz, GG-Kommentar, a.a.O., Art. 109 GG Rn. 121; vgl. auch Hermes, Forwerk, Beckers, Die Schuldenbremse des Bundes und die Möglichkeit der

Kreditfinanzierung von Investitionen–Rechtslage, ökonomische Beurteilung und Handlungsempfehlungen, Gutachten März/August 2020, Seite 25 m.w.N.).

Uneinigkeit besteht allerdings, wann von einer missbräuchlichen Umgehung der auf die Haushalte von Bund und Ländern beschränkten Regelungen zur Schuldenbremse ausgegangen werden kann.

Ausgehend von dem Begriff des Missbrauches kann eine derartige den Anwendungsbereich einer gesetzlichen Regelung erweiternde Norminterpretation nur dann gerechtfertigt sein, wenn die Gestaltungsform gerade deshalb gewählt wird, um die in der verfassungsgesetzlichen Regelung zur Schuldenbremse enthaltenen Begrenzungen unanwendbar zu machen. Ein Missbrauch setzt voraus, dass es gerade Ziel der Regelung ist, einen Sachverhalt aus dem Anwendungsbereich einer Norm herauszuführen, ohne dass die gewählte juristische Gestaltung durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Dementsprechend dürfte eine missbräuchliche Umgehung des Art. 109 Abs. 3 GG – und gleichermaßen auch des Art. 61 Abs. 1 Verf SH – nicht schon dann angenommen werden können, wenn eine Kreditaufnahme durch private Dritte im Auftrag und für Rechnung des Bundes oder im Auftrag des Bundes oder im Auftrag des Bundes aber auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung allein zur Finanzierung von Bundesaufgaben erfolgt (so aber wohl Kube, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, a.a.O., Art. 109 Rn. 121; Heun, in: Dreyer, GG-Kommentar, a.a.O., Art. 109 Rn. 24). Bei einer solchen Umschreibung würden nämlich im Ergebnis die Haushalte aller rechtlich selbständigen juristischen Personen, an denen Bund oder Länder beteiligt sind, in die Regelung zur Schuldenbremse einbezogen werden müssen, was der gesetzgeberisch ausdrücklich gewollten Begrenzung auf die Haushalte von Bund und Ländern widersprechen würde.

Entscheidendes Abgrenzungskriterium muss vielmehr sein, ob es der gewählten Gestaltungsform an einer eigenen sachlichen Rechtfertigung fehlt und sie allein bezweckt, der Finanzierung von Aufgaben des Bundes bzw. des jeweiligen Landes zu dienen. Eine missbräuchliche Umgehung liegt dementsprechend nicht vor, wenn die juristische Person gegründet worden ist, um eigene Sach- bzw.

Verwaltungsaufgaben effektiv zu erfüllen, weil dann ein sachlicher Grund für die Aufgabenauslagerung zu erkennen ist.

Im vorliegenden Fall soll der Landesfahrzeugpool mit der Zielsetzung errichtet werden, dass die juristische Person die für die SPNV-Verkehrsleistungen in den Netzen Mitte und Süd-West erforderlichen Fahrzeuge erwerben und den die Verkehrsleistungen erbringenden EVU zur Verfügung stellen kann. Die beabsichtigte Kreditaufnahme soll erfolgen, um die Anschaffung und Instandhaltung der Fahrzeuge nach Maßgabe des mit dem Hersteller bereits geschlossenen Werklieferungsvertrages zu finanzieren. Die Zwecksetzung des als rechtlich selbständige juristische Person zu errichtenden Landesfahrzeugpools ist daher auf die Erledigung einer konkreten Sach- bzw. Verwaltungsaufgabe gerichtet. Es handelt sich nicht um eine Konstruktion, die lediglich dazu dient, den Finanzierungsbedarf der öffentlichen Haushalte des Landes Schleswig-Holstein zu decken. Hinzu kommt, dass die Errichtung des Landesfahrzeugpools gerade deshalb erörtert wird, weil die ursprünglich geplante Vergabe der Fahrzeugbereitstellung durch einen Privaten mangels vorliegender Angebote nicht erfolgreich gewesen ist. Auch dies macht deutlich, dass die Bildung des Landesfahrzeugpools nicht etwa rechtsmissbräuchlich zum Zwecke der Umgehung der Regelungen der Schuldenbremse in Art. 61 Abs. 1 Verf SH erfolgt, sondern als Mittel zur effektiven Erfüllung einer bestimmten Sach- bzw. Verwaltungsaufgabe.

c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis kann daher die Kreditaufnahme durch eine rechtlich selbständige juristische Person, an der das Land Schleswig-Holstein allein oder mehrheitlich beteiligt ist, nicht in die Regelungen zur Schuldenbremse in Art. 61 Abs. 1 Verf SH einbezogen werden, weil sich diese Regelungen bewusst nur auf den Landeshaushalt beziehen und ein Fall der rechtsmissbräuchlichen Umgehung nicht festgestellt werden kann.

### 3. Die zu wählende Rechtsform

Für die Interpretation der Regelungen zur Schuldenbremse in Art. 61 Abs. 1 Verf SH unerheblich ist, ob der Landesfahrzeugpool in der Rechtsform einer juristischen Person des öffentlichen Rechtes, insbesondere als Anstalt des öffentlichen Rechtes, oder in der Rechtsform einer juristischen Person des privaten Rechtes, insbesondere einer GmbH, errichtet wird. Beiden Gestaltungsformen ist gemein, dass es sich jeweils um rechtlich verselbständige juristische Personen handelt, deren Wirtschaftsführung nicht im Landeshaushalt abgebildet wird. Im Lichte der Regelungen über die Schuldenbremse in Art. 61 Abs. 1 Verf SH kommt daher die Errichtung des Landesfahrzeugpool sowohl als Anstalt des öffentlichen Rechtes als auch als GmbH in Betracht.

Da die Anstalt öffentlichen Rechtes durch oder aufgrund eines Gesetzes errichtet werden muss, könnte man im Errichtungsgesetz die Zwecksetzung des Landesfahrzeugpools regeln und zusätzlich festschreiben, dass die Kreditaufnahme durch die Anstalt öffentlichen Rechtes als Träger des Landesfahrzeugpools (nur) zur Finanzierung der Anschaffung und Unterhaltung der für die im SPNV in Schleswig-Holstein notwendigen Fahrzeuge zulässig ist. Man könnte damit die Zweckbindung gesetzlich fixieren und damit gesetzlich deutlich machen, dass die Wahl der Gestaltungsform nicht rechtsmissbräuchlich einer Umgehung der Schuldenbremsen-Regelungen dient, sondern zum Zwecke der Erledigung einer an sich dem Land Schleswig-Holstein obliegenden Verwaltungsaufgabe. Entsprechendes könnte man in der GmbH beispielsweise im Gesellschaftsvertrag normieren.

### III. Zusammenfassung

Zusammenfassend spricht aus meiner Sicht alles dafür, dass eine durch einen als Anstalt öffentlichen Rechtes oder GmbH errichteten Landesfahrzeugpool erfolgende Kreditaufnahme zur Finanzierung der Anschaffung und Unterhaltung von Fahrzeugen für den SPNV in Schleswig-Holstein nicht der Regelung der Schuldenbremse in Art. 61 Abs. 1 Verf SH unterfällt. Dies beruht zum einen darauf, dass die Wirtschaftsführung der rechtlich selbständigen juristischen Person nicht in den Landeshaushalt einfließt und deshalb auch nicht von dem auf

den Landeshaushalt begrenzten Regelungen der Schuldenbremse in Art. 61 Abs. 1 Verf SH erfasst wird. Eine Erstreckung dieser Regelung auf eine derartige Kreditaufnahme ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Umgehung gesetzlicher Regelungen denkbar, weil die vorgesehene Gestaltung der effektiven Erledigung einer Sach- bzw. Verwaltungsaufgabe dient und daher sachlich gerechtfertigt ist, so dass eine missbräuchliche Umgehung ausscheidet.

Ich hoffe, Ihnen mit dieser Stellungnahme gedient zu haben. Für Rückfragen oder eine vertiefte Erörterung stehe ich gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

gez.

Prof. Dr. Mathias Nebendahl

VII/Lü

BROCK MÜLLER ZIEGENBEIN Rechtsanwalte Notare Postfach 35-07 24103 Kiel

## Per E-Mail

Nahverkehrsverbund Schleswig-Holstein GmbH  
(NAH.SH GmbH)  
Herrn Marwan Omar  
Raiffeisenstraße 1  
24103 Kiel

Unser Zeichen	Rechtsanwalt	Sekretariat	Kontakt	Kiel
00966-24-VG-3107	Prof. Dr. M. Nebendahl	Susanne Lüdtker Mareike Bittner Celina Bähjler	+49 431 97918-27 +49 431 97918-67 +49 431 97918-57 +49 431 97918-37 susanne.luedtke@bmz-recht.de mareike.bittner@bmz-recht.de celina.baethjer@bmz-recht.de	14.03.2024

An:  
marwan.omar@nah.sh

## NAH.SH wg. Landesfahrzeugpool

Sehr geehrter Herr Omar,

in obiger Angelegenheit komme ich zurück auf meine Stellungnahme vom 11.03.2024 und Ihre mit E-Mail vom 12.03.2024 hierzu gestellten Nachfragen, die ich gern beantworten möchte.

1. Sie haben zum einen nachgefragt, ob eine Gesellschaft mit eigener Rechtsfähigkeit auch als reine Finanzierungsgesellschaft ohne Sachaufgabe mit der landesrechtlichen Schuldenbremse vereinbar sei.

Diese Frage habe ich bereits in meiner Stellungnahme vom 11.03.2024, Seite 4 f. im Kapitel „Erweiternde Auslegung der Reichweite der Schuldenbremse“ zu beantworten versucht.

**KIEL**  
Prof. Dr. Mathias Nebendahl<sup>7) 10) 14)</sup>, Notar  
Dr. Matthias Krisch<sup>6)</sup>, Notar  
Dr. Christian Becker<sup>12)</sup>, Notar  
Dr. Katja Francke<sup>2)</sup>  
Dr. Hauke Thilow<sup>3) 11)</sup>, Notar  
Dr. Christian Wolff<sup>9) 12)</sup>  
Dr. Johannes Badenhop<sup>13) 14)</sup>, Notar  
Kati Beier-Vafeidis, LL.M. (London)  
Dr. Susann Rochlitz<sup>10)</sup>  
Dr. Martin Witt<sup>7)</sup>, Notar  
Dr. Fiete Kalscheuer<sup>14)</sup>  
Dr. Thomas Guttau<sup>6)</sup>  
Judith Foest  
Dr. Markus Jurawitz  
Dr. Jan-Philipp Redder  
Charlotte Gaschke  
Maria Jaletzke-Fest  
Sören Kneffel  
Yilmaz Algin  
Dr. Nicolas Harding  
Schwedenkai 1, 24103 Kiel  
Telefon +49 431 97918-0  
Telefax +49 431 97918-30

**LÜBECK**  
Dr. Oswald Kleiner, Notar  
Boris Stomprowski<sup>1)</sup>, Notar a. D. (bis 2023)  
Lars Bretschneider<sup>1)</sup>, Notar  
Dr. Fridenke Panmier<sup>1)</sup>  
Dr. Matthias Waack<sup>1)</sup>, Notar  
Dr. Sebastian Scholz<sup>1)</sup>  
Dr. Gero von Alvensleben  
Philipp Thomssen, LL.M. (London)  
Kanalstraße 12-18, 23552 Lubeck  
Telefon +49 451 70289-0

**FLENSBURG**  
Dr. Ralf Sonnberg, Notar  
Dr. Volker von Borzeszkowski<sup>1)</sup>,  
Notar a. D. (bis 2023)  
Dr. Bastian Koch<sup>1)</sup>, Notar  
Dr. Christian Kuhlmann<sup>1)</sup>  
Dr. Max Wellenreuther<sup>1)</sup>, Notar  
Jan Christiansen<sup>1)</sup>, Notar  
Dr. Christoph Bialluch<sup>1)</sup>  
Julian Schlumbohm<sup>1)</sup>  
Carina Rohde  
Dr. Justus Jurgensen  
Ballastkar 5, 24937 Flensburg  
Telefon +49 461 14433-0

**KALTENKIRCHEN**  
Dr. Bernd Richter<sup>1)</sup>  
Dr. Peter Gramsch<sup>1)</sup>, Notar  
Tilmann Kruse  
Dr. Marcel Sandberg  
Aino Kristina Funer, Notarin  
Dr. Kirsten Kieckbusch  
Neuer Weg 13, 24568 Kaltenkirchen  
Telefon +49 4191 91918-0

**Fachanwälte für**  
- Agrarrecht  
- Arbeitsrecht  
- Bank- und Kapitalmarktrecht  
- Bau- und Architektenrecht  
- Erbrecht  
- gewerblichen Rechtsschutz  
- Handels- und Gesellschaftsrecht  
- Insolvenzrecht  
- IT-Recht  
- Medizinrecht  
- Steuerrecht  
- Urheber- und Medienrecht  
- Vergaberecht  
- Verwaltungsrecht

**Banken**  
Commerzbank AG Kiel  
IBAN DE71 2104 0010 0722 3779 00  
Kieler Volksbank eG  
IBAN DE98 2109 0007 0090 1020 02  
Forde Sparkasse  
IBAN DE36 2105 0170 1400 2240 00  
Brock Müller Ziegenbein  
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB  
Sitz Kiel, AG Kiel PR 18 KI  
USt.-IdNr. DE205972535  
www.bmz-recht.de

Ich hatte darauf hingewiesen, dass Finanzierungsmodelle des Landes im Hinblick auf die landesverfassungsrechtlich normierten Regelungen zur Schuldenbremse daraufhin untersucht werden müssen, ob sie eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung gerade im Hinblick auf die gesetzlichen Regelungen zur Schuldenbremse enthalten. Es entspricht der wohl weit überwiegenden Auffassung, dass ein derartiger Rechtsmissbrauch anzunehmen ist, wenn der Staat eine rechtlich selbständige juristische Person ausschließlich mit dem Zweck errichtet, die Finanzierung staatlicher Aufgaben vorzunehmen, was bei der von Ihnen angesprochenen Finanzierungsgesellschaft ohne Sachaufgabe der Fall wäre. In dieser Konstellation würde die juristische Person nämlich einzig und allein deshalb errichtet werden, um staatliche Aufgaben zu finanzieren. Im Ergebnis bedeutet dies, dass nach meiner Einschätzung eine Landesgesellschaft mit eigener Rechtsfähigkeit, die lediglich Finanzierungszwecken dient, bei Bewertung der landesrechtlichen Bestimmungen zur Schuldenbremse nicht unberücksichtigt bleiben können.

Nach meiner Einschätzung führt dies allerdings in dem vorliegenden Fall der Errichtung eines Landesfahrzeugpools nicht zur Anwendbarkeit der landesrechtlichen Regelung über die Schuldenbremse, weil die juristische Person, die Träger des Landesfahrzeugpools werden soll, gerade keine reine Finanzierungsgesellschaft ohne Sachaufgabe sein soll, sondern eine Gesellschaft, deren Aufgabe es ist, die für den Schienenpersonennahverkehr in Schleswig-Holstein (zunächst in den Netzen Mitte und Süd-West) erforderlichen Fahrzeuge zu erwerben, zu managen und den jeweiligen SPNV-Unternehmen, die in europaweiten Vergabeverfahren zur Erbringung der Verkehrsleitungen in den genannten Netzen ausgewählt werden, zur Verfügung zu stellen. Hierzu kommen erfahrungsgemäß auch Aufgaben der Modernisierung bzw. des „refreshing“ der Fahrzeuge im Verlauf der sehr langen Nutzungszeit der Fahrzeuge.

2. Sie fragten weiter, ob die Hingabe von Gewährleistungen, z.B. einer Kapitaldienstgarantie zugunsten der den Erwerb der Fahrzeuge durch die den Landesfahrzeugpool tragende juristische Person finanzierenden Banken durch das Land Schleswig-Holstein, in dem gewählten Modell zu Besonderheiten führen würde, die es rechtfertigen, die von der den Landesfahrzeugpool tragenden juristischen Person aufgenommenen Kredite der landesrechtlichen Schuldenbremse zu unterwerfen.

Tatsächlich weist die Hingabe einer Kapitaldienstgarantie im Vergleich zu den in der Vergangenheit gewählten Finanzierungsmodellen keine Besonderheit auf. Selbstverständlich muss eine derartige Kapitaldienstgarantie nicht nur dann, wenn sie – wie in der bisherig praktizierten Vertragskonstruktion – zugunsten von Kreditgebern ausgesprochen wird, die in einem Vergabeverfahren ausgesuchte private Fahrzeugbereitstellern Kredite gewähren, sondern auch dann, wenn die Kreditgewährung an die den Landesfahrzeugpool tragende juristische Person erfolgt, im Landeshauptamt vorgesehen werden. Eine Änderung im Hinblick auf die landesrechtlichen Schuldenbremsenregelungen ergibt sich hierdurch nicht.

Nach meiner Kenntnis sind die in den bisherigen Vertragsgestaltungen gewährten Kapitaldienstgarantien nicht in die Schuldenbremsenregelungen einbezogen worden. Dies dürfte in gleicher Weise auch in dem Modell des Landesfahrzeugpools gelten.

3. In Ergänzung zu Ihrer Anfrage vom 26.02.2024, die explizit auf die Erstellung einer rechtlichen Stellungnahme zu den in der Schleswig-Holsteinischen Landesverfassung enthaltenen Regelungen zur Schuldenbremse gerichtet war, bitten Sie ergänzend um eine Einschätzung der vorgesehenen Gründung einer den Landesfahrzeugpool tragenden juristischen Person im Hinblick auf die europarechtlichen Vorgaben zur Schuldenbremse. Dieser Bitte will ich nachfolgend selbstverständlich gern nachkommen.

a) Die europarechtlichen Regelungen der sog. Schuldenbegrenzung finden ihre Grundlage in Art. 126 Abs. 1 AEUV, nach dem die Mitgliedsstaaten verpflichtet sind, übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden. Auf der Grundlage von Art. 126 Abs. 2 S. 2 AEUV und dem Protokoll (Nr. 12) über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit (DefizitVfProt, ABl. EG v. 29.07.1992 C 191/84) prüft die Kommission die Einhaltung der Haushaltsdisziplin anhand der sog. Maastricht-Kriterien, die nicht überschritten werden dürfen. Es handelt sich hierbei um die folgenden Grenzen:

- 3 % für das Verhältnis zwischen dem geplanten oder tatsächlichen öffentlichen Defizit und dem Bruttoinlandsprodukt (BIP) zu Marktpreisen,

- 60 % für das Verhältnis zwischen dem öffentlichen Schuldenstand und dem BIP zu Marktpreisen.

Die genannten Grenzen sind durch den im Jahr 1997 vereinbarten Stabilitäts- und Wachstumspakt festgeschrieben und konkretisiert worden. Darüber hinaus haben eine Vielzahl von Mitgliedsstaaten der EU, auch die Bundesrepublik Deutschland, den Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (SKS-Vertrag bzw. „Fiskalvertrag“) geschlossen, der den Stabilitäts- und Wachstumspakt ergänzt und intensiviert. Nach den Vorgaben des Stabilitäts- und Wachstumspakts und des Fiskalvertrages gilt für die Bundesrepublik Deutschland eine zulässige Obergrenze für das strukturelle gesamtstaatliche Finanzierungsdefizit von 0,5 % des BIP.

- b) Im vorliegenden Kontext ist zu klären, ob eine Kreditaufnahme der den Landeseinrichtungsträger tragenden juristischen Person zum Zwecke der Finanzierung des Erwerbs der im SPNV in den Netzen Mitte und Süd-West erforderlichen Fahrzeuge bei Prüfung, ob die Bundesrepublik Deutschland die europarechtlichen Grenzen der Schuldenbremse einhält, zu berücksichtigen sind. Maßgeblich ist insoweit, ob die entsprechende Kreditaufnahme als öffentliches Defizit i.S.v. Art. 126 Abs. 1 AEUV einzuordnen ist. Dies wiederum beantwortet sich nach Art. 1 Abs. 1 und 3 der VO (EG) Nr. 479/2009 in der Fassung der VO (EU) Nr. 220/2014 in Anwendung des sog. Systems volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG 2010). Für die Zuordnung wird unter Ziffer 20.17 ESGV 2010 ein Entscheidungsbaum vorgegeben, der in folgenden Schritten vorgeht:

- Zunächst muss es sich bei der maßgeblichen Institution um eine institutionelle Einheit handeln. Eine institutionelle Einheit ist nach Ziffer 2.12 ESGV 2010 eine wirtschaftliche Einheit, die durch Entscheidungsfreiheit in der Ausübung ihrer Hauptfunktion gekennzeichnet ist. Eine gebietsansässige Einheit gilt als institutionelle Einheit in dem Wirtschaftsgebiet, in dem ihr Schwerpunkt des wirtschaftlichen Hauptinteresses liegt, wenn sie neben der Entscheidungsfreiheit entweder über eine vollständige Rechnungsführung verfügt oder in der Lage ist, eine vollständige Rechnungsführung zu erstellen.

Die juristische Person, die Träger des Landesfahrzeugpools werden soll, erfüllt die an die Annahme einer institutionellen Einheit gestellten Voraussetzungen. Unabhängig davon, ob der Träger des Landesfahrzeugpools in der Form einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts oder einer GmbH errichtet wird, handelt es sich um eine rechtlich selbständige juristische Person mit eigener Rechnungsführung. Aufgrund der dem Landesfahrzeugpool obliegenden Aufgaben ist eine derartige eigene Rechnungsführung auch unverzichtbar.

- Eine Zurechnung zum Sektor Staat kommt darüber hinaus dann in Betracht, wenn die institutionelle Einheit öffentlicher Kontrolle unterliegt. Nach Ziffer 20.18 ESVG 2010 ist eine solche öffentliche Kontrolle gegeben, wenn für den Staat die Möglichkeit besteht, die allgemeine Politik oder das Programm dieser Einheit festzulegen. Näher beschrieben wird diese Anforderung in Ziffer 2.38 ESVG 2010.

Da alleiniger Gesellschafter bzw. Träger auf jeden Fall der Staat sein wird, der darüber hinaus auch die Leitungsorgane bestimmen und überwachen wird, ist davon auszugehen, dass die zu bildende institutionelle Einheit der nach Ziffer 20.18 ESVG 2010 geforderten öffentlichen Kontrolle unterliegt.

- Die Zuordnung einer derartigen rechtlich verselbständigten institutionellen Einheit, welche unter öffentlicher Kontrolle steht, zum Sektor Staat nach Maßgabe der europarechtlichen Bestimmungen zur Schuldenbremse entscheidet sich danach, ob die Einheit ein sog. „Nichtmarkproduzent“ oder ein „Marktproduzent“ ist. Im erstgenannten Fall erfolgt die schuldenbremsenrechtliche Zurechnung zum Sektor Staat, im zweiten Fall nicht.

Die Abgrenzung erfolgt nach den Ziffern 20.19 ff. ESVG 2010, insbesondere nach Ziffer 20.29 ESVG 2010 im Kern danach, ob die institutionelle Einheit geeignet ist, Marktaktivitäten auszuführen. Dies wird ausweislich der Formulierung in Ziffer 20.29 ESVG 2010 „hauptsächlich durch das übliche quantitative Kriterium (das 50 %-Kriterium) geprüft, unter Anwendung des Verhältnisses von Verkaufserlösen zu Produktionskosten (wie in den Nrn. 20.30 und

20.31 definiert). Um Marktproduzent zu sein, muss die öffentliche Einheit wenigstens 50 % ihrer Kosten über einen aussagefähigen Mehrjahreszeitraum durch ihre Verkaufserlöse decken.“

Nach diesem Kriterium wird man die Trägergesellschaft des Landesfahrzeugpools nach meiner Einschätzung als Marktprozent i.S.v. Nr. 20.19 ESVG 2010 einordnen müssen. Tatsächlich refinanziert der Landesfahrzeugpool sich nämlich über die Einnahmen aus der Vermietung der mit den aufgenommenen Kreditmitteln erworbenen Fahrzeugen, die in den Netzen Mitte und Süd-West zur Erbringung des SPNV durch Verkehrsunternehmen genutzt werden. Schuldner der entsprechenden Mietzahlungen sind die verschiedenen EVU, die in den genannten SPNV-Netzen Verkehrsleistungen erbringen. Das „übliche“ 50 %-Kriterium, auf das Ziffer 20.29 ESVG 2010 abstellt, ist daher ohne Weiteres erfüllt.

Zu problematisieren ist allerdings, ob aus dem Umstand, dass die von den jeweiligen SPNV-Unternehmen an die Trägerin des Landesfahrzeugpools zu entrichtenden Mieten letztlich den SPNV-Unternehmen durch staatliche Mittel refinanziert werden. Die als Gegenleistung für die Nutzung der durch den Landesfahrzeugpool zur Verfügung gestellten Fahrzeuge zu entrichtenden Mieten sind nämlich Teil des Ausgleichsbetrages, den das Land im Rahmen der in europaweiten Vergabeverfahren vergebenen Verkehrsverträge für die jeweiligen SPNV-Netze an die Unternehmen, die in den jeweiligen Vergabeverfahren das wirtschaftlichste Angebot abgeben und den Zuschlag erhalten, zahlt. Bei einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung stammen die für die Mieten genutzten Mittel daher aus einem staatlichen Haushalt.

Aus meiner Sicht führt dies allerdings nicht dazu, dass die den Landesfahrzeugpool tragende juristische Person entgegen dem obigen Ergebnis als Nichtmarktproduzent i.S.v. Ziffer 20.29 ESVG 2010 eingeordnet werden muss. Dies beruht zum einen darauf, dass es für die entsprechende Einordnung nach den Vorgaben des ESVG-Manuals nicht auf die Refinanzierung der Vertragspartner der zu beurteilenden institutionellen Einheit ankommt. Hinzu kommt,

dass die jeweiligen Verkehrsverträge, durch die die Höhe des Abgeltungsbetrages festgelegt wird, jeweils in europaweiten Vergabeverfahren und daher im Wettbewerb vergeben werden. Da die Höhe der Miete, die von der juristischen Person als Trägerin des Landesfahrzeugpools als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung der Fahrzeuge gefordert wird, Bestandteil des Ausgleichsbetrages ist und dieser wiederum das wesentliche Zuschlagskriterium in den Vergabeverfahren über die Vergabe der SPNV-Leistungen bildet, steht fest, dass auch die Miete als Teil des Ausgleichsbetrages Bestandteil des Marktwettbewerbs ist.

Im Ergebnis dürfte daher trotz der Finanzierung der an die juristische Person als Trägerin des Landesfahrzeugpools durch die jeweiligen EVU zu zahlenden Mieten im Wege der in Erfüllung der in den jeweiligen SPNV-Verkehrsverträgen enthaltenen Verpflichtung zur Zahlung eines Ausgleichsbetrages durch das Land die Trägerin des Landesfahrzeugpools weiterhin als Markproduzent eingeordnet werden können. Es handelt sich gerade nicht um einen Nichtmarkproduzenten, der im Rahmen der Anwendung der europarechtlichen Regelungen zur Schuldenbremse dem staatlichen Sektor zuzuordnen wäre.

- c) Die Mitgliedsstaaten haben nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 VO (EG) Nr. 479/2009 der Kommission bzw. Eurostat zweimal jährlich die Höhe ihrer geplanten und tatsächlichen öffentlichen Defizite sowie die Höhe ihres tatsächlichen öffentlichen Schuldenstandes mitzuteilen. Die entsprechende Mitteilungsverpflichtung obliegt nach § 19 BStatG dem Statistischen Bundesamt (DESTATIS). Dieses kann zur Erfüllung ihrer Aufgaben, insbesondere auch im Hinblick auf die erforderliche Zuordnung institutioneller Einheiten als staatliche oder private Einheit nach § 9a FPStatG auf die einheitliche Datenbank Berichtskreismanagement zurückgreifen, die von den Statistischen Ämtern des Bundes und der Länder gemeinsam geführt wird. Im Rahmen dieser Bewertung hat das Statistische Bundesamt die Zuordnung einer institutionellen Einheit im Zusammenhang mit den europarechtlichen Regelungen zur Schuldenbremse vorzunehmen und der EU-Kommission (Eurostat) mitzuteilen. Ggf. bietet es sich an, die vorzunehmende Zuordnungsentscheidung mit dem Statistischen Bundesamt abzustimmen.

Ich hoffe, Ihnen mit dieser Stellungnahme gedient zu haben. Für Rückfragen oder eine vertiefte Erörterung stehe ich selbstverständlich jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

gez.

Prof. Dr. Mathias Nebendahl

VII/Bi