

Rechtsberater für Gemeinden, Landkreise, Gemeindeverbände und kommunale Wirtschaftsunternehmen

**Herausgeber:** Prof. Dr. **Hans-Jörg Birk**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Justiziar des Sächsischen Städte- und Gemeindetages, Stuttgart/Dresden; Prof. Dr. **Christoph Brüning**, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel; **Helmut Dedy**, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Städtetages und geschäftsführendes Vorstandsmitglied des Städtetages Nordrhein-Westfalen; Dr. **Franz Dirnberger**, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Bayerischen Gemeindetages; Prof. Dr. **Matthias Dombert**, Rechtsanwalt, Richter des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg, Potsdam; Dr. **Curt M. Jeromin**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht; Dr. **Bernd Köster**, Warendorf; Dr. **Gerd Landsberg**, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Berlin; **Michael Löher**, Geschäftsführer des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Berlin; Prof. Dr. **Thomas Mann**, Universität Göttingen; Dr. **Alfred Scheidler**, Regierungsdirektor, Neustadt an der Waldnaab; Prof. Dr. **Thorsten Ingo Schmidt**, Universität Potsdam; Dr. **Bernd Jürgen Schneider**, Hauptgeschäftsführer des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen; Prof. Dr. **Joachim Suerbaum**, Julius-Maximilians-Universität Würzburg; **Uwe Zimmermann**, Stellvertretender Hauptgeschäftsführer des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Berlin; Dr. **Andreas Zuber**, Verband kommunaler Unternehmen

**Schriftleitung:** **Marc Elxnat**, Referatsleiter (V.i.S.d.P) des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Berlin

AUFSÄTZE

## Breitband an jeder Milchkanne? – Zur Zulässigkeit der Breitbandversorgung durch Städte und Gemeinden

Dr. Dominik Lück und Dr. Maximilian Dombert, Potsdam\*

*Der Beitrag geht der Frage nach, ob und inwieweit eine Breitbandkabelversorgung durch Städte und Gemeinden kommunalrechtlich zulässig ist. Vor dem Hintergrund der kommunalwirtschaftsrechtlichen Grundsätze kommt er zu dem Ergebnis, dass eine entsprechende Betätigung der Kommune innerhalb des eigenen Gemeindegebietes grundsätzlich zulässig ist. Auch einer Breitbandversorgung der Bevölkerung außerhalb des eigenen Gemeindegebietes stehen die Kommunalgesetze in den meisten Fällen nicht entgegen. Bei der Zusammenarbeit mit privaten Telekommunikationsunternehmen sind allerdings beihilfenrechtliche Aspekte zu beachten.*

### I. Einleitung und praktische Problemstellung

Ob der neue Mobilfunkstandard 5G an jeder „Milchkanne“ notwendig ist, wie die Bundesministerin für Bildung und Forschung kürzlich bezweifelte, soll an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Vermutlich wären viele Bewohner ländlicher Regionen schon froh, wenn sie wenigstens in ihren Häusern mit schnellem Internet versorgt wären. Denn dort kommt der Breitbandausbau oft nur schleppend voran.<sup>1</sup> Das gilt insbesondere dann, wenn sich der Auf- und Ausbau des Netzes für private Unternehmen wirtschaftlich nicht rechnet. Es bleiben in diesem Fall Gebiete,

in denen eine Breitbandversorgung nicht vorhanden ist und voraussichtlich in naher Zukunft auch nicht aufgebaut werden wird, sog. „weiße Flecken“. Dagegen handelt es sich bei sog. „schwarzen Flecken“ um Gebiete, in denen es mindestens zwei Breitbandgrundversorgungsnetze unterschiedlicher Betreiber gibt oder in naher Zukunft geben wird und Breitbanddienste dort zu Wettbewerbsbedingungen angeboten werden.<sup>2</sup>

Für Kommunen stellt sich angesichts dieses Befundes die Frage, ob und inwieweit nicht sie selbst oder ihre kommunalen Unternehmen den eigenen Einwohnern den Anschluss an das schnelle Internet zur Verfügung stellen können. Zudem sehen sich Städte und Gemeinden, die ein solches Angebot bereits realisiert haben, zunehmend der Nachfrage der Einwohner anderer Ortschaften ausgesetzt, ob nicht eine entsprechende

\* Dr. Dominik Lück, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, und Dr. Maximilian Dombert sind Rechtsanwälte der Potsdamer Kanzlei DOMBERT Rechtsanwälte. Ein Schwerpunkt ihrer Tätigkeit sind kommunalwirtschaftsrechtliche Fragestellungen.

1 Auf dem Land ist noch nicht einmal jeder zweite Haushalt mit einer 50 Mbit-Leitung versorgt, vgl. Bericht zum Breitbandatlas Mitte 2018 im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, S. 8.

2 Mitteilung der Europäischen Kommission, Leitlinien für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, 2013/C 25/01, Ziffer 66, 72.

Versorgung auch bei ihnen möglich sei. Die erforderlichen Kabel lägen schließlich schon an der Gemeindegrenze und müssten bloß in den Nachbarort hinein verlängert werden.

Für die Breitbandversorgung durch eine Kommune kommen verschiedene Varianten in Betracht. Gängig sind die Modelle der Kooperation mit privaten Unternehmen in Form der Öffentlich-Privaten-Partnerschaft (ÖPP), die lediglich finanzielle oder sachliche Unterstützung eines Telekommunikationsunternehmens (Deckungslückenmodell), der bloße Aufbau der passiven Infrastruktur mit anschließender Verpachtung an ein privates Unternehmen (Betreibermodell) oder schließlich das Anbieten der passiven und aktiven Technik, einschließlich des Internetzugangs an sich (Komplettanbietermodell).<sup>3</sup> Letzteres kann die Gemeinde zwar nicht in eigener Rechtspersönlichkeit vornehmen. Sie kann sich dabei allerdings ihrer kommunalen Unternehmen, namentlich ihrer Stadtwerke, bedienen.<sup>4</sup> Auch die interkommunale Kooperation mit anderen Kommunen oder dem Landkreis sowie die entsprechende Beauftragung eines Zweckverbandes mit der Breitbandversorgung durch mehrere Gemeinden sind denkbar.<sup>5</sup>

## II. Die juristische Problemstellung: Zulässigkeit kommunaler Breitbandversorgung

Was praktisch sinnvoll erscheint, wirft juristische Fragen auf. Denn die Kommunen haben bei eigener wirtschaftlicher Betätigung, zumal außerhalb des eigenen Hoheitsgebietes, die kommunalwirtschaftlichen Restriktionen der jeweils einschlägigen Kommunalgesetze zu beachten.

Die Länder haben die kommunalrechtlichen Vorschriften zwar mittlerweile für eine wirtschaftliche Betätigung<sup>6</sup> der Kommunen geöffnet. Damit ist im Grundsatz klar, dass eine Gemeinde wirtschaftlich tätig werden darf. Allerdings haben die Landesgesetzgeber hierfür keinen Freibrief erteilt. Vielmehr stellen alle Kommunalgesetze der Flächenstaaten Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung der Kommune auf, die die Kommune erfüllen muss. Das gilt – sofern sie nicht vom Anwendungsbereich der entsprechenden Vorschriften ausgenommen ist<sup>7</sup> – auch für die Breitbandversorgung.

### 1. Die Zulässigkeit kommunaler Breitbandversorgung nach der sog. „Schrankentrias“

Als „Schrankentrias“<sup>8</sup> bezeichnet, setzen die einschlägigen Vorschriften für eine wirtschaftliche Betätigung zumeist voraus, dass erstens ein öffentlicher Zweck, dessen Erfüllung im Vordergrund der Unternehmung stehen muss, das Unternehmen rechtfertigt, zweitens, die wirtschaftliche Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und, drittens, der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden kann.<sup>9</sup>

#### a) Breitbandversorgung als einem öffentlichen Zweck dienende Aufgabe

Die Versorgung der Bevölkerung mit Breitbandinternet ist eine einem öffentlichen Zweck dienende kommunale Aufgabe.

Teilweise sind es die Kommunalgesetze selbst, die die Breitbandversorgung als Aufgabe definieren, die einem öffentlichen Zweck dient.<sup>10</sup> Aber auch soweit die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften hierzu schweigen, erfüllt die Breitbandversorgung die allgemeinen Anforderungen an eine kommunale Aufgabe, deren Wahrnehmung eine Unternehmenstätigkeit der Kommune rechtfertigt. Eine solche liegt vor, wenn sich die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde grundsätzlich an den Aufgabenstellungen nach Art. 28 II GG orientiert und dabei durch besondere Interessen der Einwohner der Gemeinde begründet ist.<sup>11</sup> Maßgeblich ist mit dem BVerwG ein „Wunsch der Bevölkerung“<sup>12</sup>, dass die Kommune eine entsprechende Leistung anbietet, die auch von einem Privatunternehmen erbracht werden könnte.<sup>13</sup>

Im Zeitalter der Informationsgesellschaft wird man einen solchen Wunsch der Bevölkerung nach einer Versorgung mit Breitbandinternet nicht nur annehmen können, sondern auch müssen. Das gilt nicht nur im Hinblick auf die Versorgung privater Haushalte. Auch für die in einer Region ansässigen Unternehmen ist ein entsprechender Anschluss an das Internet ein entscheidender Standortfaktor. Das Bundesverfassungsgericht hat schon im Jahr 1999 festgehalten, dass das Grundgesetz einer Wahrnehmung dieser kommunalen Aufgabe durch Gemeinden nicht entgegensteht. Einen Eingriff in durch Art. 28 II GG geschützte Rechtspositionen der Gemeinde hat es zwar verneint, soweit diese die unentgeltliche Nutzung ihrer öffentlichen Verkehrswege durch private Telekommunikationsunternehmen nach dem TKG dulden müssen. Ausdrücklich hat es aber auch festgehalten, dass es den Kommunen unbenommen sei, auf ihrem Gebiet Übertragungswege für Telekommunikationslinien selbst zu betreiben.<sup>14</sup> Auch wenn der Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums das Recht der Gemeinden, sich wirtschaftlich zu betätigen, einschränken darf, wird man angesichts dieses verfassungsrechtlichen Befundes nicht vertreten können, es handele sich bei der Breitbandversorgung um eine Aufgabe, die durch kommunale Unternehmen nicht wahrgenommen werden dürfe.

#### b) Keine Subsidiarität kommunaler Breitbandversorgung

Die Kommunalgesetze verlangen für die kommunale wirtschaftliche Betätigung weiterhin, dass der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich (sog. qualifizierte oder auch

3 Sonder/Hübner, KommJur 2015, 441 (442); vgl. auch Bary, NZBau 2014, 208 (208 f.).

4 Sonder/Hübner, KommJur 2015, 441 (442).

5 Vgl. Lange, Kommunalrecht, 2013, S. 1288 Rn. 57.

6 Im Unterschied zu etwa § 101 I SHGO, § 102 I BWGO oder § 85 I RhPFGO stellen die Bundesländer Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt nicht mehr auf die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens ab, sondern auf die wirtschaftliche Betätigung als solche, vgl. §§ 91 I BbgKVerf; 121 I 1 HessGO; 68 I MVKV; 107 I 1 NWGO; 128 I 1 SachsAnhKVG; Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 993.

7 Vgl. § 121 II 1 Nr. 2 HessGO.

8 Gern/Brüning (o.FuBn. 6), Rn. 998; Suerbaum, Kommunale und sonstige öffentliche Unternehmen, in: Ehlers/Fehling/Piänder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band I – Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, § 13 Rn. 64.

9 Siehe dazu im Einzelnen statt vieler Gern/Brüning (o.FuBn. 6), Rn. 999 ff.; Lange (o.FuBn. 5), S. 852 ff. Rn. 71 ff.

10 Zum Beispiel § 2 II 1 BbgKVerf; § 136 I 3 NKomVG; § 128 II SachsAnhKVG.

11 Gern/Brüning (o.FuBn. 6), Rn. 999.

12 BVerwG, Urt. v. 22.2.1972 – I C 24.69, juris, Rn. 18.

13 BVerwG, Urt. v. 22.2.1972 – I C 24.69, juris, Rn. 15.

14 BVerfG, Beschl. v. 7.1.1999 – 2 BvR 929/97, juris, Rn. 34.

verschärfte Subsidiaritätsklausel) oder wenigstens nicht besser oder wirtschaftlicher (sog. einfache oder unechte Subsidiaritätsklausel) durch ein privates Unternehmen erfüllt werden kann.<sup>15</sup>

Sinn und Zweck dieser Einschränkungen ist es, einer ungehemmten wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand zu Lasten der Privatwirtschaft vorzubeugen.<sup>16</sup> Allerdings findet sie ihrerseits in den kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorgaben eine Beschränkung. So erklären einige Länder, dass die Subsidiaritätsklausel nur für Tätigkeiten außerhalb des Bereichs der Daseinsvorsorge gilt.<sup>17</sup> Dieses Regelungsmodell II wenden manche Kommunalgesetze auch auf die Breitbandversorgung an und privilegieren so die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde auf diesem Gebiet.<sup>18</sup> Aber auch soweit sich in den gesetzlichen Vorgaben keine dahingehende Privilegierung der Breitbandversorgung findet, scheitert eine entsprechende wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden in diesem Bereich nicht an den Subsidiaritätsklauseln.

Denn gerade die Tatsache, dass die Breitbandversorgung in ländlichen Gebieten für private Unternehmen oft unrentabel ist und der Breitbandausbau daher nur unzureichend vorankommt, zeigt, dass ein privates Unternehmen den öffentlichen Zweck nicht besser erfüllen kann. Dabei ist den Gemeinden hinsichtlich der Methoden des Leistungsvergleichs mit der Privatwirtschaft und seiner Bewertung ein weiter Spielraum zuzugestehen. Die Frage, ob sich die Beurteilung der Gemeinde im gesetzlichen Rahmen bewegt, ist daher gerichtlich nur eingeschränkt prüfbar.<sup>19</sup> Ob und inwieweit sich ein privates Unternehmen mit Erfolg darauf berufen kann, die Breitbandversorgung besser und wirtschaftlicher umsetzen zu können, hängt im Übrigen davon ab, ob die Subsidiaritätsklauseln der Kommunalgesetze überhaupt als dritt-schützend einzustufen sind. Eine einheitliche Rechtsprechung hat sich in der Beantwortung dieser Frage noch nicht entwickelt.<sup>20</sup>

Unbestritten gilt zudem, dass weder die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG noch das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG vor Konkurrenz durch die öffentliche Hand schützen, solange die privatwirtschaftliche Betätigung dadurch nicht unmöglich wird oder der in öffentlicher Trägerschaft stehende Konkurrent nicht eine unerlaubte Monopolstellung erlangt.<sup>21</sup>

### c) Zwischenergebnis

Vorbehaltlich des angemessenen Verhältnisses zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf,<sup>22</sup> ist eine entsprechende gemeindliche Betätigung im Bereich der Breitbandversorgung innerhalb des eigenen Gemeindegebietes zulässig.

Dieses Ergebnis entspricht auch dem politischen Ziel der Landesgesetzgeber. Denn von den 13 Flächenländern haben sechs Länder Vorschriften geschaffen, die die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden im Bereich der Telekommunikation, respektive der Breitbandversorgung ausdrücklich privilegieren.<sup>23</sup>

## 2. Zulässigkeit kommunaler Breitbandversorgung außerhalb des eigenen Gemeindegebietes

Die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde außerhalb des eigenen Gemeindegebietes ist dagegen bereits verfassungsrechtlich nicht unproblematisch.

Denn grundsätzlich sind die Kompetenzen einer Kommune durch das Örtlichkeitsprinzip auch geographisch beschränkt.<sup>24</sup> Es bedarf daher einer gesetzlichen Ausweitung der kommunalen Verbandskompetenz, soll eine Kommune außerhalb des eigenen Gebietes wirtschaftlich tätig werden dürfen. Die Kommunalgesetze erlauben eine derartige Betätigung einer Gemeinde zumeist, wenn die Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Betätigung vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen Gebietskörperschaften gewahrt sind.<sup>25</sup>

Damit sind diese Regelungen Erweiterung und Beschränkung zugleich. Sie stellen die verfassungsrechtlich notwendige gesetzliche Ausweitung der Verbandskompetenz dar, beschränken die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb des eigenen Gebietes aber gleichzeitig. Hintergrund ist, dass sobald sich eine Gemeinde außerhalb ihres Gemeindegebietes wirtschaftlich betätigt, damit ein Eingriff in das von Art. 28 II GG geschützte Selbstverwaltungsrecht der betroffenen Nachbargemeinde einhergeht.<sup>26</sup> Denn jede Gemeinde hat grundsätzlich das Recht, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. Damit sie dieses Recht, zu dem auch die Entscheidung gehört, ob sie eine Aufgabe in eigener wirtschaftlicher Betätigung erfüllen will oder nicht, wahrnehmen kann, ist die betroffene Gemeinde so rechtzeitig vor Beginn der Tätigkeitsaufnahme der anderen Gemeinde zu hören, dass sie ihre berechtigten Interessen geltend machen kann.<sup>27</sup>

Erteilt die Zielgemeinde ihr Einverständnis zur wirtschaftlichen Betätigung der anderen Kommune, sind ihre Interessen gewahrt. Andernfalls muss die wirtschaftliche Betätigung durch ein derart wichtiges Gemeinwohlinteresse gerechtfertigt sein,

15 *Gern/Brüning* (o.Fußn. 6), Rn. 1004.

16 Vgl. OVG Magdeburg, Urt. v. 29.10.2008 – 4 L 146/05, juris, Rn. 39; *Suerbaum*, Kommunale und sonstige öffentliche Unternehmen, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, Besonderes Verwaltungsrecht, Band I – Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, § 13 Rn. 72.

17 Vgl. etwa Art. 87 I 1 Nr. 4 BayGO; § 102 I Nr. 3 BWGO; § 71 II Nr. 4 S. 2 ThürKO.

18 Zum Beispiel § 107 I 1 Nr. 3 NWGO; § 85 I 1 Nr. 3 RhPFGO. Das niedersächsische Kommunalverfassungsgesetz und das von Sachsen-Anhalt definieren die Breitbandversorgung nicht nur als öffentlichen Zweck, sondern nehmen sie zusätzlich auch von der Subsidiaritätsklausel aus.

19 VG Braunschweig, Beschl. v. 7.3.2012 – 5 B 25/12, juris, Rn. 26; a.A. *Gern/Brüning* (o.Fußn. 6), Rn. 1004.

20 Dagegen VGH Mannheim, Beschl. v. 21.7.1982 – 1 S 746/82, juris, Leitsatz; OVG Magdeburg, Urt. v. 29.10.2008 – 4 L 146/05, juris, Rn. 37 ff.; im Ergebnis dafür OVG Münster, Beschl. v. 13.8.2003 – 15 B 1137/03, juris, Leitsatz, aber krit. Rn. 13; offen gelassen OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.8.2008 – 10 ME 280/08, juris, Rn. 9; vgl. zusammenfassend *Lück*, in: *Dietlein/Suerbaum*, BeckOK Kommunalrecht Bayern, 1. Edition, Stand: 1.1.2019, Art. 87 Rn. 93 ff.

21 VG Braunschweig, Beschl. v. 7.3.2012 – 5 B 25/12, juris, Rn. 34; OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.8.2008 – 10 ME 280/08, juris, Rn. 10.

22 Soweit die wirtschaftliche Betätigung die Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht übersteigen darf, ist maßgeblich, was die Kommune in finanzieller, sachlicher und personeller Hinsicht leisten kann, vgl. *Gern/Brüning* (o.Fußn. 6), Rn. 1002. Manche Kommunalgesetze verlangen, dass die Bedarfsprognose durch ein Markterkundungsverfahren ermittelt wird, vgl. zum Beispiel § 92 III BbgKVerf; § 108 V KSVG; § 94 a I 2 SächsGO.

23 Die Kommunalgesetze von Brandenburg, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt erwähnen ausdrücklich die Breitbandversorgung, Nordrhein-Westfalens Gemeindeordnung ausdrücklich den Betrieb von Telekommunikationsleitungsnetzen.

24 *Gern/Brüning* (o.Fußn. 6), Rn. 1008.

25 Zum Beispiel Art. 87 II 1 BayGO; § 101 II 1 GO SH.

26 *Uechtritz/Otting/Olgemöller*, in: *Hoppe/Uechtritz/Reck*, Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 6 Rn. 32; *Ehlers*, NWVBl. 2000, 1, 6.

27 Zum Beispiel § 101 II 3 SHGO. In Thüringen ist die Tätigkeit außerhalb des eigenen Gemeindegebietes von der Kommunalaufsicht zu genehmigen, vgl. § 71 V 3 ThürKO.

welches das kommunale Selbstverwaltungsrecht der betroffenen Gemeinde dahinter zurücktreten lässt.<sup>28</sup>

Diese Maßgabe kommunalwirtschaftlicher Außenbetätigung erfährt dann eine Einschränkung, wenn es in den Kommunalgesetzen einiger Länder heißt, dass bei Aufgaben, die im Wettbewerb wahrgenommen werden, nur die Interessen der Zielgemeinde als berechtigt gelten, bei denen es bundesgesetzliche Vorgaben erlauben, diesen Wettbewerb einzuschränken.<sup>29</sup>

Dies führt zu einer Privilegierung der Breitbandversorgung. Denn die Versorgung mit schnellen Internetanschlüssen stellt eine solche im Wettbewerb wahrgenommene Aufgabe dar, der bundesrechtliche Vorschriften, die eine Einschränkung dieses Wettbewerbs erlauben, nicht entgegenstehen.

#### a) Eine im Wettbewerb wahrgenommene Aufgabe

Dass es sich bei der Versorgung mit Breitbandanschlüssen um eine im Wettbewerb wahrgenommene Aufgabe handelt, ergibt sich in formaler Hinsicht schon daraus, dass der Verfassungsgesetzgeber den Bereich der Telekommunikation entmonopolisiert hat.

Nach Art. 87 f GG werden Dienstleistungen im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation durch die Nachfolger der Deutschen Bundespost und andere private Anbieter erbracht. Das Grundgesetz setzt demnach im Hinblick auf den Breitbandausbau ausdrücklich auf den Markt und den mit ihm verbundenen Wettbewerb.

Zwar will eine in der Literatur vertretene Ansicht den passiven Aufbau einer entsprechenden Infrastruktur vom Anwendungsbereich des Art. 87 f GG ausnehmen.<sup>30</sup> Überzeugender ist allerdings die entgegenstehende Sichtweise, die die Errichtung passiver Netzinfrastrukturen als Teil der „Dienstleistungen“ i.S.d. Art. 87 f GG betrachtet.<sup>31</sup> Sie begründet dies mit einem systematischen Vergleich der Vorschrift mit Art. 87 d GG und Art. 87 e GG, die die Luft- bzw. Eisenbahnverkehrsverwaltung regeln. Diese Vorschriften umfassen nämlich über ihren Wortlaut hinaus nicht nur die „Verwaltung“ jener Transportarten, sondern auch den Bau und die Errichtung der dazu notwendigen Infrastruktur.<sup>32</sup> Dieser Ansicht hat sich auch der Bundesgesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung zum TKG 2004 angeschlossen. Er betrachtet seine Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich der Regulierung des passiven Netzausbaus als gegeben, da nach seiner Ansicht der Begriff der Telekommunikation sowohl die technische Seite der Errichtung einer Telekommunikationsinfrastruktur als auch die Informationsübermittlung mit Hilfe von Telekommunikationsanlagen erfasst.<sup>33</sup> Hinsichtlich des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen führt er aus, dass die Koordinierung von Bauarbeiten und die Mitverlegung „gemäß Art. 87 f II Grundgesetz in erster Linie durch die Privatwirtschaft erfolgen“ sollen.<sup>34</sup>

Auch in tatsächlicher Hinsicht spricht Vieles für letztgenannte Ansicht. Auch große Wettbewerber wie die Deutsche Telekom oder Vodafone widmen sich dem Breitbandausbau und stellen schnelle Internetanschlüsse zur Verfügung. Dabei ändert das Marktversagen in einigen ländlichen Gegenden an dieser Feststellung nichts. Denn es kennzeichnet den marktwirtschaftlichen Wettbewerb, dass ein Unternehmen vom Anbieten einer Leistung absehen kann, wenn das Angebot wirtschaftlich nicht lukrativ ist.

Im Übrigen sind die Vorschriften zur wirtschaftlichen Betätigung außerhalb des eigenen Gemeindegebietes geradezu sichtbarer Ausdruck für das Bemühen des Gesetzgebers, auch Kommunen und ihren Unternehmen die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des eigenen Gemeindegebiets zu ermöglichen, und damit aktiver Marktteilnehmer und Wettbewerber zu werden.

#### b) Keine berechtigten Interessen, die nach bundesgesetzlichen Vorgaben eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen

Die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorgaben der Länder schränken den Begriff der „berechtigten Interessen“ teilweise dahingehend ein, dass bei im Wettbewerb wahrgenommenen Aufgaben nur diejenigen Interessen als berechtigt gelten – und damit einer überörtlichen wirtschaftlichen Betätigung entgegenstehen –, „die nach bundesgesetzlichen Vorgaben eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen“.<sup>35</sup>

Der Gesetzgeber will mit dieser Einschränkung ersichtlich den Kreis der „wehrfähigen“ Interessen bei den im Wettbewerb wahrgenommenen Aufgaben begrenzen. Der Umfang der berechtigten Interessen ist demnach auf die nach den jeweils einschlägigen Bundesgesetzen berechtigten Interessen reduziert.<sup>36</sup>

Für die Praxis heißt das in der Konsequenz, dass bei im Wettbewerb wahrgenommenen Aufgaben eine Verletzung berechtigter Interessen regelmäßig nicht in Betracht kommt, denn das Bundesrecht ermöglicht nur in ganz seltenen Fällen eine Einschränkung des Wettbewerbs.<sup>37</sup>

In der Literatur wurde diese Feststellung auf den Punkt gebracht: „Vorbehaltlich der Entstehung von Monopolen wird sich eine Gemeinde ortsfremder kommunaler wirtschaftlicher Betätigung daher kaum einmal unter Berufung auf ihre berechtigten Interessen erwehren können. Konkurrenz belebt eben das Geschäft, selbst wenn es sich um konkurrierende kommunale Unternehmen handelt.“<sup>38</sup> Dem ist zuzustimmen. Der Breitbandmarkt ist eben gerade nicht monopolisiert und andere wettbewerbsbeschränkende Bundesgesetze kommen nicht in Betracht. Demnach können die Zielgemeinden keine berech-

28 Vgl. Lück, in: Dietlein/Suerbaum, BeckOK Kommunalrecht Bayern, 1. Edition, Stand: 1.1.2019, Art. 87 Rn. 77.

29 Zum Beispiel § 101 II 2 SHGO; § 128 IV 2 SachsAnhKVG. Ein anderes Formulierungsmodell nimmt diese Einschränkung vor bei „gesetzlich liberalisierten Tätigkeiten“, vgl. § 121 V Nr. 2 S. 2 HessGO; § 136 I 6 NKomVG; § 108 IV Nr. 2 S. 2 KSVG; § 71 V 2 ThürKO. Siehe dazu Brosius-Gersdorf, AöR (2005) 130, 392 (421); Guckelberger, BayVBl. 2006, 296; Heilshorn, VBIBW 2007, 161; Dünchheimer/Schöne, DVBl. 2009, 146; Attendorff/Schweitzer, NWVBl. 2013, 13; Klement, Verw 48, 55 (81 f.).

30 Vgl. z.B. Ruge, in: Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 87 f GG Rn. 22a.

31 Siehe Uerpmann-Witzack, in: Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 87 f, Rn. 7, 8; Windthorst, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 87 f GG, Rn. 11.

32 Uerpmann-Witzack, in: Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 87 d, Rn. 6 und Art. 87 e, Rn. 3.

33 BT-Dr 18/8332, S. 31.

34 BT-Dr 18/8332, S. 52.

35 Zum Beispiel § 101 II 2 SHGO. In anderen Kommunalordnungen wird dagegen auf den „jeweiligen Ordnungsrahmen“ (§ 128 IV 2 SachsAnhKVG) oder die „maßgeblichen Vorschriften“ (§ 121 V Nr. 2 HessGO; § 136 I 6 NKomVG; § 108 IV Nr. 2 KSVG; § 71 V 2 ThürKO) abgestellt.

36 Vgl. Wolff, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 5 Rn. 54.

37 Sprenger, in: PdK SH B-1, Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein, § 101, 6.5.

38 Brining, NVwZ 2015, 689 (694).

tigten Interessen geltend machen, die sie der wirtschaftlichen Betätigung einer anderen Gemeinde entgegenhalten könnten.

### c) Zwischenergebnis

Soweit die Kommunalgesetze die kommunalrechtlichen Beschränkungen für eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde außerhalb ihres Gebietes liberalisiert haben, stehen sie einer Breitbandversorgung außerhalb der Gemeindegrenzen nicht entgegen. Vielmehr profitiert diese von der gesetzlichen Lockerung für im Wettbewerb wahrgenommene Aufgaben.

## III. Beihilferechtliche Aspekte kommunaler Breitbandversorgung

Für Städten und Gemeinden mag die Kooperation mit privatwirtschaftlichen Unternehmen aus fiskalischen Gründen reizvoll erscheinen. Ein denkbare Modell könnte sein, mit einem privaten Telekommunikationsunternehmen eine Vereinbarung zu schließen, wonach die Gemeinde die Verlegung von sogenannten Leerrohren, also Rohren im Boden, in denen bei Verlegung noch keine Kabel liegen, übernimmt und das private Unternehmen sodann diese Leerrohre für seine eigenen Breitbandkabel nutzt und die Anschlüsse der einzelnen Häuser und Wohnungen vornimmt.

Ein solches Vorgehen kann für die Kommune den Vorteil haben, dass durch die breitbandtechnischen Vorarbeiten private Telekommunikationsunternehmen, die die Versorgung mit schnellem Internet innerhalb des Gemeindegebietes wegen des wirtschaftlichen Aufwands bislang gescheut haben, angelockt werden können. Gleichzeitig muss sie den Internetanschluss nicht in jedem einzelnen Haushalt selbst anbieten. Dies ist finanziell nicht zu unterschätzen. Die Verlegung von Leerrohren kann aufgrund der notwendigen Baumaßnahmen bis zu 70% der Gesamtkosten für die Verlegung eines Breitbandnetzes ausmachen.<sup>39</sup>

Allerdings kann diese Vorgehensweise für das private Unternehmen eine Beihilfe darstellen, die sich an den europarechtlichen Maßstäben des Art. 107 I AEUV messen lassen muss.

### 1. Voraussetzungen des Beihilfenbegriffs

Nach Art. 107 I AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen – gleich welcher Art –, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Der Verbotsbestand des Art. 107 I AEUV ist deshalb erfüllt, soweit eine Maßnahme vorliegt, die zugunsten eines Unternehmens erfolgt, das Unternehmen begünstigt, vom Staat oder aus staatlichen Mitteln finanziert wird, selektiv erfolgt und den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und dadurch eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels hervorruft. Vor diesem Hintergrund ist in Hinblick auf die kommunale Unterstützung des Breitbandausbaus von Folgendem auszugehen:

Zum einen ist anerkannt, dass es für das Vorliegen einer Beihilfe auf die Art der Zuwendung nicht ankommt, so dass auch bauliche Maßnahmen wie die Verlegung von Leerrohren unter den Begriff fallen.<sup>40</sup>

Weiterhin wird als Unternehmen im unionsrechtlichen Sinne jede wirtschaftlich tätig werdende Einheit, ganz unabhängig von ihrer Rechtsform oder Finanzierungsart, qualifiziert.<sup>41</sup> Vom Unternehmensbegriff sind deshalb sowohl private, als auch öffentliche Unternehmen umfasst,<sup>42</sup> sodass angesichts dieses weiten Begriffsverständnisses jeder Telekommunikationsanbieter, der durch die Bereitstellung von Telefon-, DSL- sowie VDSL-Anschlüssen wirtschaftlich am Markt tätig wird, als Unternehmen im Sinne des Beihilfenbegriffs zu qualifizieren ist.

Auch das Merkmal der Begünstigung ist nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich weit auszulegen.<sup>43</sup> Eine Begünstigung ist unabhängig von der Form und Ausgestaltung der staatlichen Maßnahme anzunehmen, wenn das Unternehmen eine Leistung ohne eine angemessene, also marktübliche Gegenleistung erhält.<sup>44</sup> Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Maßnahme nach dem Willen des Beihilfengebers begünstigende Wirkung haben soll, maßgebend ist allein die ökonomische Wirkung der Maßnahme, durch die dem Unternehmen ein geldwerter Vorteil verschafft wird.<sup>45</sup>

Die Kommission hat Leitlinien für Breitbandbeihilfen erlassen, in denen sie Bewertungsmaßstäbe in Bezug auf die Breitbandförderung in der EU aufführt und zusammenfasst. Sie sollen sicherstellen, dass öffentliche Mittel in dem Wirtschaftszweig der elektronischen Kommunikation beim Ausbau von Breitbandnetzen mit Bedacht eingesetzt werden.<sup>46</sup> Danach gilt, dass der Ausbau des Breitbandnetzes durch infrastrukturelle Maßnahmen zunächst als Begünstigung für private Telekommunikationsunternehmen einzustufen ist, da sie keine eigenen Rohrleitungsmaßnahmen ergreifen müssen, um ihre Telekommunikationsangebote auf dem regionalen Markt bereitstellen zu können.<sup>47</sup>

Nach den Leitlinien der Kommission gilt zudem, dass Beihilfen zur Förderung des Ausbaus von Breitbandnetzen ihrem Wesen nach selektiv im Sinne des Art. 107 I AEUV sind, wenn sie für Breitbandinvestoren und Drittbetreiber bestimmt sind, die nur in bestimmten Segmenten des gesamten Marktes für elektronische Kommunikationsdienste tätig sind. Nicht selektiv im Hinblick auf die gewerblichen Endnutzer der geförderten Infrastruktur sollen hingegen Maßnahmen sein, wenn Teilnehmern aller Wirtschaftszweige Zugang zu der geförderten Infrastruktur gewährt wird. Selektivität liegt dagegen vor, wenn der Breitbandausbau speziell auf bestimmte gewerbliche Nutzer ausgerichtet ist, z.B. wenn die staatliche Unterstützung in den Breitbandausbau vorab ausge-

39 Vgl. *Kliemann/Stehmann*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 107 AEUV Rn. 756.

40 Vgl. *Sonder/Hübner*, *KommJur* 2015, 441.

41 Vgl. EuGH, Urt. v. 23.4.1991 – Az. C-41/90, juris; *Koenig/Förtsch*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV Kommentar*, 3. Aufl. 2018, Art. 107 Rn. 74.

42 Vgl. EuGH, Urt. v. 11.1.1994 – Az. C-387/92, juris.

43 Vgl. insoweit EuGH, Urt. v. 23.2.1961 – Az. 30/59, juris.

44 *Kühling*, in: *Streinz*, *EUV/AEUV Kommentar*, 3. Aufl. 2018, Art. 107 Rn. 28.

45 Vgl. EuGH, Urt. v. 2.7.1974 – Az. C-173/73, juris.

46 Mitteilung der Europäischen Kommission, Leitlinien für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, 2013/C 25/01.

47 Leitlinien 2013/C 25/01, Ziffer 12.

wählten Unternehmen zufließt, die nicht nach den allgemein, ansonsten für das gesamte Zuständigkeitsgebiet einer bestimmten Bewilligungsbehörde geltenden Kriterien ausgewählt werden.<sup>48</sup>

Die Kommission hält in ihren Leitlinien ferner fest, dass finanzielle Unterstützungen und Sachleistungen den Wettbewerb insofern verfälschen, als sie die Stellung eines Unternehmens gegenüber einem anderen Unternehmen stärken, sodass potentielle Betreiber davon absehen können, in einen neuen Markt einzutreten oder in einem bestimmten Gebiet tätig zu werden.<sup>49</sup>

Die Begünstigung trägt grundsätzlich die (widerlegbare) Vermutung einer Wettbewerbsverfälschung nach Art. 107 I DSGVO in sich.<sup>50</sup> Lediglich Wettbewerbsverfälschungen, die nur abstrakt denkbar sind, reichen nicht aus.

## 2. Beihilferechtliche Zulässigkeit kommunaler Unterstützungsmaßnahmen

In Hinblick auf die beihilfenrechtliche Zulässigkeit kommunaler Unterstützungsmaßnahmen in Form von Leerrohrverlegungen ist in der Folge zwischen der auf diese Art erfolgenden Erschließung von weißen Flecken, der Erschließung von schwarzen Flecken und der Erschließung von weißen Flecken, die eine erleichterte Erschließung von schwarzen Flecken ermöglicht, zu differenzieren.

### a) Keine Beihilfe bei Verlegung von Leerrohren in weißen Flecken

Erfolgt die Leerrohrverlegung zur Breitbandversorgung durch die Kommune in einem Gebiet, das als weißer Fleck einzustufen ist, liegen die Voraussetzungen des Verbotstatbestandes des Art. 107 I AEUV nicht vor.

Die Bundesregierung hat in Bezug auf den Breitbandausbau in weißen Flecken zur Förderung des Breitbandausbaus im Rahmen der Breitbandstrategie eine – von der Kommission gebilligte – Rahmenregelung für den Breitbandausbau (NGA-Rahmenregelung) erlassen. In der Folge sind die in der Rahmenregelung genannten, durch die öffentliche Hand vorgenommenen Maßnahmen befristet bis zum 31. 12. 2021 zulässig, ohne dass eine gesonderte beihilferechtliche Prüfung durch die Kommission stattfinden muss.

Zu diesen Maßnahmen zählt die NGA-Rahmenregelung ausdrücklich auch die Bereitstellung oder Förderung des Aufbaus bzw. der Nutzung passiver Netze (Tiefbauleistungen, Leerrohre mit oder ohne Kabel sowie zugehörige Infrastrukturkomponenten einschließlich Schächten, Verzweigern und Abschlusseinrichtungen), die anschließend von privaten Telekommunikationsunternehmen betrieben werden, durch die öffentliche Hand und/oder die Privatwirtschaft als Voraussetzung für die Erschließung weißer Flecken.<sup>51</sup>

### b) Beihilfe bei Verlegung von Leerrohren in schwarzen Flecken

Verlegen die Kommunen dagegen Leerrohre in schwarzen Flecken, ist darin eine unzulässige Beihilfe im Sinne des Art. 107 I AEUV zu sehen.

Die NGA-Rahmenregelung der Bundesregierung greift insoweit nicht. Sie gilt ausdrücklich nur für weiße Flecken.

Außerdem stellen die Leitlinien der Kommission klar, dass staatliche Unterstützungsmaßnahmen in schwarzen Flecken beihil-

fenrechtlich nicht zulässig sind, da es innerhalb dieser Gebiete kaum die Möglichkeit gebe, durch staatliche Mittel „noch bessere“ Ergebnisse zu erzielen.<sup>52</sup> Wörtlich führt die Kommission insoweit aus: „Vielmehr würden staatliche Zuwendungen für die Finanzierung des Aufbaus zusätzlicher Breitbandnetze mit vergleichbarer Leistung grundsätzlich zu einer inakzeptablen Verzerrung des Wettbewerbs führen und private Investoren verdrängen. Infolgedessen wird die Kommission Maßnahmen zur Finanzierung des Aufbaus einer zusätzlichen Breitbandinfrastruktur in als „schwarzen Flecken“ eingestuften Gebieten negativ beurteilen, sofern nicht ein eindeutig nachgewiesenes Marktversagen vorliegt.“

Ein derartiges Marktversagen wird sich in schwarzen Flecken regelmäßig nicht nachweisen lassen, gibt es dort doch schon definitorisch (jedenfalls zukünftig) zwei Breitbandgrundversorgungsnetze unterschiedlicher Betreiber.

### c) Verlegung von Leerrohren in weißen Flecken, die eine erleichterte Erschließung von schwarzen Flecken ermöglicht

Praktisch denkbar ist auch die Konstellation, dass Kommunen Leerrohre durch weiße Flecken verlegen, um auf diese Art und Weise zwei schwarze Flecken miteinander zu verbinden, mit dem Ziel auf diese Art und Weise den privat wirtschaftlichen Unternehmen die Erschließung der weißen Flecken „schmackhaft“ zu machen.

Auch diese Vorgehensweise ist beihilfenrechtlich unzulässig, solange die Unternehmen für den so erlangten Vorteil keine äquivalente und marktübliche Gegenleistung erbringen. Denn auch die Verlegung von Leerrohren innerhalb der „weißen Flecken“ bis an die Grenzen der „schwarzen Flecken“ senkt das wirtschaftliche und das Finanzierungsrisiko des privaten Unternehmens und erspart ihm Kosten, die es andernfalls selbst hätte tragen müssen.

## 4. Zwischenergebnis

Wenn Kommunen den Breitbandausbau dadurch unterstützen, dass sie Vorarbeiten wie die Verlegung von Leerrohren selbst vornehmen, sind die beihilferechtlichen Vorgaben des Art. 107 I AEUV zu beachten. Danach ist die kommunale Leerrohrverlegung in Gebieten, die als weiße Flecken eingestuft werden, beihilfenrechtlich zulässig. Sowohl die Verlegung von Leerrohren in schwarzen Flecken, als auch die Verlegung von Leerrohren durch weiße Flecken, um die Erschließung von schwarzen Flecken zu erleichtern, ist dagegen vor dem Hintergrund beihilfenrechtlicher Vorgaben unzulässig.

## IV. Fazit

Die gesetzlichen Vorgaben setzen einer wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen zwar Grenzen. Im Bereich der Breitbandversorgung steht der kommunalrechtliche Rahmen einer Betätigung der Kommunen aber nicht entgegen. Innerhalb des eigenen Gemeindegebietes verbieten es die Kommunalgesetze in der Regel nicht,

48 Leitlinien 2013/C 25/01, Ziffer 13.

49 Leitlinien 2013/C 25/01, Ziffer 14.

50 Vgl. Müller-Graff, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV, Rn. 20.

51 Rahmenregelung Next Generation Access, S. 2.

52 Leitlinien 2013/C 25/01, Ziffer 72.

wenn eine Kommune eine bestehende Unterversorgung selbst beseitigen möchte. Aber auch außerhalb des eigenen Hoheitsgebietes kann eine Kommune in vielen Fällen entsprechend tätig werden. Soweit sich im Bereich der Breitbandversorgung die Kooperation mit Privatunternehmen anbietet, sind zwar die beihilferechtlichen

Vorgaben zu beachten. Diese sehen unter Umständen aber eine Lockerung des Beihilfeverbotes für den Bereich der Breitbandversorgung vor. Der rechtliche Rahmen gibt damit den Kommunen durchaus Raum, die Breitbandversorgung der Bevölkerung selbst voranzubringen.