



Ausarbeitung

Förderung des kommunalen Breitbandausbaus
Verfassungsrechtliche Anforderungen beim Netzbetrieb

Förderung des kommunalen Breitbandausbaus
Verfassungsrechtliche Anforderungen beim Netzbetrieb

Aktenzeichen: WD 5 - 3000 - 144/20
Abschluss der Arbeit: 11. Februar 2021
Fachbereich: WD 5: Wirtschaft und Verkehr, Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
1.1.	Förderrichtlinie zum Breitbandausbau	4
1.2.	Fragestellung	4
2.	Art. 87f Grundgesetz	5
2.1.	Privatwirtschaftlichkeitsgebot	5
2.2.	Anwendungsbereich	5
2.2.1.	„Dienstleistungen“	5
2.2.2.	Schlichter physischer Ausbau	6
2.3.	Anforderungen	6
2.3.1.	Privatrechtliche Organisationsform	6
2.3.2.	Privatwirtschaftliche Modalität der Leistungserbringung	7
2.3.3.	Kommunales Wirtschaftsrecht	7
3.	Schlussfolgerung	8

1. Einleitung

1.1. Förderrichtlinie zum Breitbandausbau

Im Rahmen des **Breitbandförderprogramms des Bundes** können kommunale Gebietskörperschaften oder deren Zusammenschlüsse Zuwendungen für den Ausbau des Breitbandnetzes erhalten. Die Förderbedingungen sind in der Förderrichtlinie „Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland“ vom 22. Oktober 2015¹ („NGA-Förderrichtlinie²“) enthalten. Bei der **Wirtschaftlichkeitslückenförderung** (Ziff. 3.1.) soll eine etwaige Wirtschaftslücke bei privatwirtschaftlichen Betreibern von Breitbandinfrastrukturen geschlossen werden. Die Zuwendung wird als einmaliger Zuschuss für einen durchgehenden Betrieb von sieben Jahren gewährt. Beim sogenannten **Betreibermodell** erhält die kommunale Körperschaft die Zuwendung, um selbst die passive Infrastruktur zu errichten und sie einem privatwirtschaftlichen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze zur Verfügung zu stellen (Ziff. 3.2.). Der zwischen öffentlicher Hand und privatwirtschaftlichem Betreiber abgeschlossene Pachtvertrag hat eine Mindestlaufzeit von sieben Jahren (Ziff. 7.4.). **Ziff. 7.8.** der NGA-Förderrichtlinie enthält weitere Zuwendungsvoraussetzungen. So hat die kommunale Körperschaft innerhalb der (Mindest-)laufzeit des Pachtvertrages dem Netzbetreiber das Netz stets zur Verfügung zu stellen. Dies gilt auch nach Ablauf dieser Frist, es sei denn, dass mindestens vergleichbare Netze Dritter zur Verfügung stehen. Nach Ablauf des Pachtvertrags hat sich die kommunale Körperschaft um eine **Veräußerung des Netzes** zu bemühen. Im Falle erfolgloser Bemühungen hat der Zuwendungsempfänger den **Betrieb des Netzes auszuschreiben**.

1.2. Fragestellung

Die Wissenschaftlichen Dienste wurden gefragt, ob die weitere Zuwendungsvoraussetzung beim Betreibermodell, wonach nach Ablauf der Zuwendungsfrist eine Veräußerung zu erfolgen habe (Ziff. 7.8.), rechtlich zwingend sei, bzw. ob eine Streichung des entsprechenden Passus mit höherrangigem Recht im Einklang stünde. Es stellt sich damit die Frage, ob kommunale Gebietskörperschaften (nach Erreichen des Förderungszwecks) Eigentümer eines Netzes bleiben bzw. dieses selbst betreiben können. Der Beantwortung in dieser Ausarbeitung liegen die **telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes** (Art. 87f GG) zugrunde. Die europarechtlichen Aspekte werden in einer gesonderten Ausarbeitung behandelt.³

1 https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/DG/Digitales/foerderrichtlinie-breitbandausbau.pdf?__blob=publicationFile (letzte Überarbeitung vom 18. August 2020); Ziff. 4.1. der Richtlinie nennt die möglichen Zuwendungsempfänger.

2 „NGA“ steht für Next Generation Access (Netze der nächsten Generation), d. h. Breitbandnetze mit bestimmten Übertragungsgeschwindigkeiten (30 Mbit/s im Download, Glasfaser).

3 Ausarbeitung PE 6 – 110 – 20 des Fachbereichs „Europa“.

2. Art. 87f Grundgesetz

2.1. Privatwirtschaftlichkeitsgebot

Rechtlicher Anknüpfungspunkt für die Beantwortung ist **Art. 87f Grundgesetz (GG)**⁴. Die maßgeblichen Absätze 1 und 2 lauten wie folgt:

„(1) Nach Maßgabe eines Bundesgesetzes, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, gewährleistet der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen.

(2) **Dienstleistungen im Sinne des Absatzes 1** werden als **privatwirtschaftliche Tätigkeiten** durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere **private Anbieter** erbracht. Hoheitsaufgaben im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation werden in bundeseigener Verwaltung ausgeführt.“⁵

Nach Art. 87 Abs. 1 GG trägt der Bund im Bereich der Telekommunikation die Verantwortung für eine flächendeckende Grundversorgung. Die Dienstleistungen der Telekommunikation sind nach Art. 87 Abs. 2 S. 1 privatwirtschaftlich wahrzunehmen (**Privatwirtschaftlichkeitsgebot**). Lediglich **Hoheitsaufgaben** werden in bundeseigener Verwaltung **öffentlich-rechtlich** ausgeführt (Art. 87 Abs. 2 S. 2 GG).⁶

2.2. Anwendungsbereich

2.2.1. „Dienstleistungen“

Zu den „**Dienstleistungen**“ gehört im Wesentlichen das Bereitstellen von Telekommunikationsnetzen, -diensten und ggf. -endeinrichtungen.⁷ Der Netzbereich findet zwar – anders als in anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben, die Netzwirtschaften zum Gegenstand haben,⁸ – in Art. 87f GG keine explizite Erwähnung. Dies liegt jedoch daran, dass im Bereich der Telekommunikation von einer engen, häufig untrennbaren technischen und organisatorischen Verquickung

4 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100- 1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 und 2 Satz 2 des Gesetzes vom 29. September 2020 (BGBl. I S. 2048) geändert worden ist, <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/GG.pdf>.

5 Hervorhebung durch Verf. dieser Ausarbeitung.

6 Uerpmann-Witzack in von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage 2021, Art. 87f Rn. 3.

7 Uerpmann-Witzack in von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage 2021, Art. 87f Rn. 9.

8 Vgl. Art. 87e GG.

von **Netzbetrieb** und Dienstleistungsangebot auszugehen ist. Zu den Dienstleistungen zählen daher **auch der ganze Netzbereich** und insbesondere der Netzbetrieb.⁹ Das Privatwirtschaftlichkeitsgebot bezieht sich auf alle diese Dienstleistungen und zwar **unabhängig** davon, ob sie zur „**Grundversorgung**“ im Sinne von Art. 87f Abs. 1 GG gehören.¹⁰ Dies kann mit einem Erstrecht-Schluss begründet werden: Wenn das Privatwirtschaftlichkeitsgebot sogar für die vom Staat zu garantierenden, sozialstaatlich unverzichtbaren Mindestdienstleistungen Geltung beansprucht, so muss es für die sonstigen, sozialstaatlich weniger wichtigen Dienstleistungen erst recht gelten.¹¹

2.2.2. Schlichter physischer Ausbau

Der **schlichte physische Ausbau** von Übertragungswegen fällt nicht darunter, wenn eine kommunale Gebietskörperschaft die Glasfaserinfrastruktur bloß errichtet und danach nicht mit dem Ziel des Dienstleistungsangebots betreibt, sondern sie im Wege der **Veräußerung, Vermietung/Verpachtung oder in sonstiger Weise** einem privatwirtschaftlichen Netzbetreiber überlässt.¹²

2.3. Anforderungen

2.3.1. Privatrechtliche Organisationsform

Will eine Kommune darüber hinausgehende Telekommunikations-Dienstleistungen, wie z. B. den Netzbetrieb, anbieten, so gilt dafür das Privatwirtschaftlichkeitsgebot. Die Qualifizierung als „privater Anbieter“ setzt als Mindestanforderung eindeutig eine **privatrechtliche Organisationsform** voraus. Die Erbringung in eigener Rechtsperson oder in Gestalt von Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts (z. B. Eigenbetriebe) ist ausgeschlossen.¹³

-
- 9 Möstl in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 60. Lieferung Oktober 2010 (Werkstand: 92. Ergänzungslieferung August 2020), Art. 87f. Rn. 33; vgl. auch Sachstand der Wissenschaftlichen Dienste vom 6. Februar 2019, WD 5 – 004 – 19, <https://www.bundestag.de/resource/blob/628480/bd74748377e6eb4d9f7e68147762eae4/WD-5-004-19-pdf-data.pdf>, S. 8.
- 10 Gersdorf in von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 87f Rn. 50; Möstl in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 60. Lieferung Oktober 2010 (Werkstand: 92. Ergänzungslieferung August 2020), Art. 87f. Rn. 35; Uerpmann-Witzack in von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage 2021, Art. 87f Rn. 18.
- 11 So Möstl in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 60. Lieferung Oktober 2010 (Werkstand: 92. Ergänzungslieferung August 2020), Art. 87f. Rn. 35.
- 12 Möstl in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 60. Lieferung Oktober 2010 (Werkstand: 92. Ergänzungslieferung August 2020), Art. 87f. Rn. 35, 61; vgl. auch Sachstand der Wissenschaftlichen Dienste vom 6. Februar 2019, WD 5 – 004 – 19, <https://www.bundestag.de/resource/blob/628480/bd74748377e6eb4d9f7e68147762eae4/WD-5-004-19-pdf-data.pdf>, S. 10.
- 13 Gersdorf in von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 87f Rn. 64; Möstl in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 60. Lieferung Oktober 2010 (Werkstand: 92. Ergänzungslieferung August 2020), Art. 87f. Rn. 60.

2.3.2. Privatwirtschaftliche Modalität der Leistungserbringung

Laut überwiegendem Schrifttum verbietet es Art. 87f GG den Kommunen nicht, Telekommunikationsunternehmen zu gründen oder sich daran zu beteiligen.¹⁴ Der beherrschende Einfluss einer Gemeinde, etwa über eine Mehrheitsbeteiligung, steht dem nicht entgegen. Die Dienstleistungen sind jedoch im Rahmen einer Wirtschaftstätigkeit zu erbringen, die sich durch kaufmännisches, wettbewerbs- und gewinnorientiertes Handeln mit privatrechtlichen Mitteln auszeichnet (**privatwirtschaftliche Modalität** der Leistungserbringung).¹⁵ Ziel muss die Gewinnerzielung sein und nicht vorrangig bestimmte öffentliche Zwecke. Das vorrangige Gewinnerzielungsziel darf daher nicht durch eine Sonderbindung an Zwecke der Daseinsvorsorge und Leistungsverwaltung überlagert werden (keine Verwaltung in Privatrechtsform). Entsprechende Gesetze, Satzungen, Gesellschaftsverträge oder Beherrschungsverträge wären unzulässig.¹⁶

2.3.3. Kommunales Wirtschaftsrecht

Im Lichte der jeweils geltenden Gemeindeordnungen kann das Privatwirtschaftlichkeitsgebot kommunalen Tätigkeiten im Telekommunikationsbereich entgegenstehen.¹⁷ Die Landesgesetze weichen hier voneinander ab. Häufig verlangt das **kommunale Wirtschaftsrecht** jedoch, dass die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde einem **öffentlichen Zweck** dienen muss.¹⁸ Ein solcher öffentlicher Zweck könnte ein privatwirtschaftliches Handeln im Sinne von Art. 87f GG (siehe Abschnitt 2.3.2.) ausschließen. Über die Auslegung des „öffentlichen Zwecks“ im Kommunalrecht sowie diesbezügliche Auslegungsspielräume der Gemeinden besteht jedoch Unsicherheit.¹⁹

14 Vgl. Gersdorf in von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 87f Rn. 65 sowie dort die Fußnote 52; Möstl in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 60. Lieferung Oktober 2010 (Werkstand: 92. Ergänzungslieferung August 2020), Art. 87f. Rn. 60; vgl. ebenso das Gutachten im Auftrag der Bertelsmann Stiftung „Ausbaustrategien für Breitbandnetzes in Europa“, https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/Smart_Country/Breitband_2017_final_170515.pdf, S. 67.

15 Windhorst in Sachs, Grundgesetz-Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 27.

16 Möstl in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 60. Lieferung Oktober 2010 (Werkstand: 92. Ergänzungslieferung August 2020), Art. 87f. Rn. 59, 60; vgl. auch Sachstand der Wissenschaftlichen Dienste vom 6. Februar 2019, WD 5 – 004 – 19, <https://www.bundestag.de/resource/blob/628480/bd74748377e6eb4d9f7e68147762eae4/WD-5-004-19-pdf-data.pdf>, S. 10.

17 Sachstand der Wissenschaftlichen Dienste vom 6. Februar 2019, WD 5 – 004 – 19, <https://www.bundestag.de/resource/blob/628480/bd74748377e6eb4d9f7e68147762eae4/WD-5-004-19-pdf-data.pdf>, S. 10f.

18 Sachstand der Wissenschaftlichen Dienste vom 6. Februar 2019, WD 5 – 004 – 19, <https://www.bundestag.de/resource/blob/628480/bd74748377e6eb4d9f7e68147762eae4/WD-5-004-19-pdf-data.pdf>, S. 10; Möstl in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 60. Lieferung Oktober 2010 (Werkstand: 92. Ergänzungslieferung August 2020), Art. 87f. Rn. 60.; Gutachten im Auftrag der Bertelsmann Stiftung „Ausbaustrategien für Breitbandnetzes in Europa“, https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/Smart_Country/Breitband_2017_final_170515.pdf, S. 60, 67.

19 Möstl in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 60. Lieferung Oktober 2010 (Werkstand: 92. Ergänzungslieferung August 2020), Art. 87f. Rn. 60.

In einigen Bundesländern existieren in den Gemeindeordnungen ausdrückliche **Bereichsausnahmen im Telekommunikationsbereich**, so dass privatwirtschaftliches Handeln im Sinne von Art. 87f GG und kommunale Wirtschaftstätigkeit nach dem Kommunalrecht vereinbar sind.²⁰

3. Schlussfolgerung

Soweit der **Terminus „Veräußerung“** unter Ziff. 7.8. der NGA-Förderrichtlinie so verstanden wird, dass damit der Betrieb des Netzes in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft (Gemeinde in eigener Rechtsperson, Eigenbetrieb) ausgeschlossen werden soll, würde damit die verfassungsrechtlich vorgegebene private Organisationsform (siehe Abschnitt 2.3.1.) auch auf Ebene der Förderbedingungen (deklaratorisch) festgeschrieben. Will die Formulierung aber ein rein privatwirtschaftliches Engagement einer Gemeinde, d. h. in privater Organisationsform und nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen (siehe Abschnitt 2.3.2.), verhindern, würde damit über Art. 87f GG **hinausgegangen**. Die Verpflichtung unter Ziff. 7.8., nach erfolglosen Veräußerungsbemühungen den Betrieb des Netzes **auszuschreiben**, spricht für eine solche die Vorgaben der Verfassung verschärfende Auslegung.

* * *

20 Möstl in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 60. Lieferung Oktober 2010 (Werkstand: 92. Ergänzungslieferung August 2020), Art. 87f. Rn. 60.; Gutachten im Auftrag der Bertelsmann Stiftung „Ausbaustrategien für Breitbandnetzes in Europa“, https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/Smart_Country/Breitband_2017_final_170515.pdf, S. 60, 67.