



Ausarbeitung

Förderung des kommunalen Breitbandausbaus
Unionsrechtliche Anforderungen beim Netzbetrieb

Förderung des kommunalen Breitbandausbaus

Unionsrechtliche Anforderungen beim Netzbetrieb

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 110/20
Abschluss der Arbeit: 10. Februar 2021
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa 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 des Fachbereichs Europa 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 unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Rechtlicher Hintergrund	4
2.1.	NGA-Rahmenregelung	4
2.2.	Genehmigung der Kommission	5
2.3.	NGA-Förderrichtlinie	5
3.	Zur Frage des Bestehens einer unionsrechtlichen Verpflichtung zur Veräußerung kommunaler Netze	6
3.1.	EU-Beihilferecht	6
3.1.1.	Genehmigung nicht an eine Veräußerungspflicht geknüpft	6
3.1.2.	Voraussetzungen für einen öffentlichen Betrieb des Netzes	7
3.2.	Europäischer Kodex für die elektronische Kommunikation	7
3.2.1.	Grundsatz der Funktionstrennung	8
3.2.2.	Möglichkeiten dem Grundsatz der Funktionstrennung anders als durch Veräußerung der Netzinfrastruktur zu genügen	10
4.	Ergebnis	10

1. Einleitung

Der Fachbereich ist beauftragt worden zu prüfen, ob es eine unionsrechtliche Verpflichtung gibt, aus der hervorgeht, dass mitgliedstaatliche Förderrichtlinien für den Breitbandausbau eine Vorgabe enthalten müssen, wonach Kommunen das von ihnen selbst ausgebaute Glasfasernetz nach Ablauf einer gewissen Zeit an private Unternehmen veräußern müssen.

Hintergrund dieses Auftrags ist eine Vorschrift in der Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland“ des BMVI vom 22. Oktober 2015 (NGA-Förderrichtlinie)¹, wonach sich der Zuwendungsempfänger nach Ablauf des mit dem privatwirtschaftlichen Betreiber geschlossenen Pachtvertrages „*um eine Veräußerung des Netzes [...] zu bemühen*“ hat.

In der vorliegenden Ausarbeitung ist zunächst auf den rechtlichen Hintergrund der NGA-Förderrichtlinie einzugehen (2.), um im Anschluss die Frage zu beantworten, ob mit der in Rede stehenden Vorschrift einer unionsrechtlichen Vorgabe Rechnung getragen wird oder ob es mit Unionsrecht vereinbar wäre, auf eine solche Vorschrift in nationalen Förderrichtlinien zu verzichten (3.).

Die verfassungsrechtlichen Aspekte werden in einer gesonderten Ausarbeitung behandelt.²

2. Rechtlicher Hintergrund

Die NGA-Förderrichtlinie basiert auf der „Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung“, sog. NGA-Rahmenregelung³ (hierzu unter 2.1.), die von der Europäischen Kommission am 15. Juni 2015 beihilferechtlich genehmigt wurde (hierzu unter 2.2.).

2.1. NGA-Rahmenregelung

Die NGA-Rahmenregelung bildet die Grundlage für die Gewährung von Beihilfen für die Errichtung und den anschließenden Betrieb von NGA-Netzen in Regionen, die nicht über den Markt in einem angemessenen Zeitraum erschlossen werden und durch die Fördermaßnahme eine wesentliche Verbesserung ihrer Versorgungslage mit hohen Bandbreiten erhalten (§ 1 Abs. 1). Die in der NGA-Rahmenregelung enthaltenen Regelungen und Verfahren sollen die Vereinbarkeit der jeweiligen Fördermaßnahme mit dem EU-Beihilferecht gewährleisten (§ 1 Abs. 2).

1 [BMVI - Richtlinie - Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland](#) (Überarbeitete Version vom 18. August 2020).

2 Ausarbeitung WD 5 - 3000 - 144/20 des Fachbereichs „Wirtschaft und Verkehr, Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz“.

3 [BMVI - Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access \(NGA\)-Breitbandversorgung](#).

Als Formen der Förderungen ist neben einer „Wirtschaftlichkeitslückenförderung“ zugunsten privater Betreiber für Investitionen in den Aufbau und/oder Betrieb von Breitbandinfrastrukturen ein sog. „Betreibermodell“ vorgesehen (§ 3).

Bei dem Betreibermodell wird die passive Infrastruktur durch die öffentliche Hand „zur Nutzung durch private Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze“ errichtet (§ 3 Abs. 1 Buchst. b). Der private Betreiber ist „in einem offenen und transparenten Verfahren“ auszuwählen (§ 5 Abs. 3). Der Betreiber muss u.a. verpflichtet werden, im geförderten Netz einen offenen und diskriminierungsfreien Zugang zu den errichteten Infrastrukturen auf Vorleistungsebene zu gewährleisten (§ 7 Abs. 2). Der effektive Zugang auf Vorleistungsebene soll so früh wie möglich vor Inbetriebnahme des Netzes für mindestens sieben Jahre und für passive Infrastruktur für unlimitierte Dauer gewährt werden (§ 7 Abs. 3).

Das Betreibermodell zeichnet sich somit im Wesentlichen dadurch aus, dass die öffentliche Hand die passive Infrastruktur errichtet, um sie privaten Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze bereitzustellen. Eine Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Veräußerung der von ihr errichteten Breitbandinfrastruktur enthält die NGA-Rahmenregelung nicht.

2.2. Genehmigung der Kommission

Die NGA-Rahmenregelung wurde bei der Europäischen Kommission als Beihilfe angemeldet und von dieser am 15. Juni 2015 unter Anwendung der Ausnahme in Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV sowie der EU-Breitbandleitlinien⁴ genehmigt.⁵

Die Genehmigung enthält eine Beschreibung der NGA-Rahmenregelung, in der die o.g. wesentlichen Merkmale des Betreibermodells wiedergegeben werden: Die Bereitstellung passiver Netze durch die öffentlicher Hand zur Nutzung durch private Betreiber, welche durch ein offenes und transparentes Verfahren auszuwählen sind (vgl. u.a. ErwG 5, 21).

Die Genehmigung erwähnt in keiner Weise eine Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Veräußerung der von ihr errichteten passiven Infrastruktur, und zwar weder bei der Beschreibung der NGA-Rahmenregelung noch im Zusammenhang mit der beihilferechtlichen Würdigung.

2.3. NGA-Förderrichtlinie

Im Einklang mit der dargestellten NGA-Rahmenregelung bestimmt die NGA-Förderrichtlinie den Gegenstand der Förderung im Falle des Betreibermodells als die Ausgaben des Zuwendungsempfängers für die passive Infrastruktur „zur Nutzung durch privatwirtschaftliche Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze für die Errichtung und Betrieb einer Breitbandinfrastruktur“

4 Mitteilung der Kommission, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (ABl. C 025 vom 26.1.2013, S. 1), [siehe konsolidierte Fassung, Stand 27.6.2014](#).

5 Beschluss der Kommission, [SA.38348 \(2014/N\)](#), Aufbau einer flächendeckenden NGA-Breitbandversorgung in Deutschland.

(Nr. 3.2.), wobei die sich daraus ergebenden Leistungen „in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren vergeben“ (Nr. 4.4.) werden müssen.

Die NGA-Förderrichtlinie beschränkt sich jedoch nicht auf diese allgemeine Vorgabe zur Ausschreibung der betreffenden Leistungen. Speziell mit Blick auf die Ausschreibung des Netzbetriebs im Betreibermodell werden in Nr. 7 der NGA-Förderrichtlinie „Sonstige Zuwendungsvoraussetzungen“ aufgestellt. Hiernach ist für den zu schließende Pachtvertrag gemäß Nr. 7.4. eine Laufzeit von mindestens sieben Jahren vorgeschrieben. Nach Ablauf des Pachtvertrages hat sich der Zuwendungsempfänger gemäß Nr. 7.8. um eine Veräußerung des Netzes zu bemühen:

„7.8 Im Hinblick auf den Fördergegenstand nach Nr. 3.2 dieser Richtlinie hat der Zuwendungsempfänger stets und über die Zweckbindungsfrist hinaus das passive Netz dauerhaft den Netzbetreibern zur Verfügung zu stellen, es sei denn, dass mindestens vergleichbare Netze Dritter zur Verfügung stehen. Da ein Weiterbetrieb durch die Gebietskörperschaft nicht möglich ist, hat sich der Zuwendungsempfänger nach Ablauf des Vertrags mit dem privatwirtschaftlichen Betreiber (Pachtvertrag) um eine Veräußerung des Netzes unter Sicherstellung des Open-Access-Gedankens im Sinne der NGA-Rahmenregelung zu bemühen. Im Falle erfolgloser Bemühungen, die der Bewilligungsbehörde gegenüber darzulegen sind, hat der Zuwendungsempfänger den Betrieb des Netzes auszuschreiben.

Es steht dem Zuwendungsempfänger somit nicht frei, sich nach Ablauf des Vertrags mit dem privatwirtschaftlichen Betreiber direkt für eine erneute Ausschreibung des Netzbetriebs zu entscheiden. Vielmehr schreibt Nr. 7.8. der NGA-Förderrichtlinie einen grundsätzlichen Vorrang zugunsten der Veräußerung des Netzes fest.

3. Zur Frage des Bestehens einer unionsrechtlichen Verpflichtung zur Veräußerung kommunaler Netze

Für die Frage, ob der in Nr. 7.8. der NGA-Förderrichtlinie formulierte Vorrang zugunsten der Veräußerung des Netzes gegenüber einer erneuten Ausschreibung des Netzbetriebs auf eine unionsrechtliche Vorgabe zurückzuführen ist, sind nachfolgend das EU-Beihilferecht sowie der Europäische Kodex für die Kommunikation zu untersuchen.

3.1. EU-Beihilferecht

3.1.1. Genehmigung nicht an eine Veräußerungspflicht geknüpft

Die NGA-Rahmenregelung wurde von der Europäischen Kommission aufgrund der Ermessensausnahme des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV genehmigt. In ihrem Beschluss vom 15. Juni 2015 kommt die Kommission unter Zugrundelegung der Kriterien der EU-Breitbandleitlinien zu der Einschätzung, dass die NGA-Rahmenregelung mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Eine Förderung des Breitbandausbaus aufgrund der NGA-Rahmenregelung ist somit von dem grundsätzlichen Verbot staatlicher Beihilfen gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV ausgenommen.

Wie bereits dargelegt (siehe unter 2.2.), erwähnt die Genehmigung in keiner Weise eine Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Veräußerung der von ihr im Rahmen des Betreibermodells errichteten passiven Infrastruktur, und zwar weder bei der Beschreibung der NGA-Rahmenregelung noch im Zusammenhang mit der beihilferechtlichen Würdigung.

Daraus ist zu schließen, dass eine auf der NGA-Rahmenregelung basierende Förderung ungeachtet des Bestehens einer solchen Veräußerungspflicht von der Genehmigung gedeckt wäre. Demzufolge wäre es mit EU-Beihilferecht vereinbar, auf die betreffende Vorgabe in Nr. 7.8. der NGA-Förderrichtlinie zu verzichten.

3.1.2. Voraussetzungen für einen öffentlichen Betrieb des Netzes

Auch wenn die genehmigte NGA-Rahmenregelung ausdrücklich auf den Betrieb des Netzes durch privatwirtschaftliche Betreiber nach öffentlicher Ausschreibung abzielt, sei an dieser Stelle ergänzend darauf hingewiesen, dass nach den für die beihilferechtliche Bewertung maßgeblichen EU-Breitbandleitlinien auch ein öffentlicher Betrieb des geförderten Netzes in Betracht käme.

Hierzu findet sich in den EU-Breitbandleitlinien bei den Anforderung an das „Wettbewerbliche Auswahlverfahren“ (Rn. 78 Buchst. c) in Fußnote 96 ein Hinweis, in dem konkrete Voraussetzungen für einen öffentlichen Netzbetrieb genannt sind:

„Beschließt eine Behörde hingegen, das Netz selbst (oder über eine vollständig in ihrem Eigentum stehende Einheit) auszubauen und zu betreiben, so ergibt sich eine andere Lage (siehe Beschluss der Kommission in der Sache N 330/10 — *Programme national Très Haut Débit*, Frankreich, und SA.33807 (11/N) — Nationaler Breitbandplan, Italien). Um das seit der Liberalisierung des elektronischen Kommunikationssektors der EU erzielte Wettbewerbsergebnis und insbesondere den aktuellen Wettbewerb auf dem Endkundenbreitbandmarkt zu wahren, gilt nach diesen Beschlüssen bei öffentlich verwalteten und geförderten Netzen Folgendes: 1. Staatliche Netzbetreiber begrenzen ihre Aktivitäten auf die vorab festgelegten Zielgebiete und werden nicht in anderen kommerziell attraktiven Gegenden tätig; 2. die Behörde beschränkt ihre Tätigkeit darauf, die passive Infrastruktur instand zu halten und den Zugang zu ihr bereitzustellen; sie beteiligt sich nicht am Wettbewerb mit kommerziellen Betreibern auf Endkundenebene; 3. sie verfügt über eine getrennte Buchführung, bei der die Mittel für den Netzbetrieb von anderen Mitteln, die der Behörde zur Verfügung stehen, getrennt verwaltet werden.“ (Unterstreichung hinzugefügt)

3.2. Europäischer Kodex für die elektronische Kommunikation

Mit der Richtlinie 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation⁶ (nachfolgend: Kodex) wird ein harmonisierter Rahmen für die Regulierung elektronischer Kommunikationsnetze, elektronischer Kommunikationsdienste, zugehöriger Einrichtungen und zugehöriger Dienste sowie bestimmter Aspekte der Endeinrichtungen errichtet. Der Kodex legt die Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörden und der anderen zuständigen Behörden sowie eine Reihe von Verfahren fest, die unionsweit die harmonisierte Anwendung des Rechtsrahmens gewährleisten (Art. 1).

6 [Richtlinie \(EU\) 2018/1972](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung).

Der Kodex verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu sicherzustellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden und die anderen zuständigen Behörden bei der Wahrnehmung ihrer in dem Kodex festgelegten regulatorischen Aufgaben unparteiisch, objektiv, transparent, diskriminierungsfrei und verhältnismäßig handeln (Art. 3 Abs. 4 UAbs. 2).

3.2.1. Grundsatz der Funktionstrennung

Zu diesem Zweck verpflichtet der Kodex die Mitgliedstaaten im Falle des staatlichen Einflusses auf Unternehmen, die etwa elektronische Kommunikationsnetze anbieten, zur Beachtung des Grundsatzes der Trennung hoheitlicher und betrieblicher Funktionen, der allgemein in Art. 6 des Kodex geregelt ist:

„Artikel 6 Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden und anderen zuständigen Behörden

(1) Die Mitgliedstaaten gewährleisten die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden und anderen zuständigen Behörden, indem sie dafür sorgen, dass sie rechtlich und funktional von jeder natürlichen oder juristischen Person unabhängig sind, die elektronische Kommunikationsnetze, -geräte oder -dienste anbietet. Wenn Mitgliedstaaten weiterhin an Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze oder -dienste anbieten, beteiligt sind oder diese kontrollieren, müssen sie eine wirksame strukturelle Trennung der hoheitlichen Funktion von Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Eigentum oder der Kontrolle sicherstellen.“ (Unterstreichung hinzugefügt)

Art. 43 Abs. 2 des Kodex wiederholt diesen Grundsatz mit Blick auf die in dem Kodex festgelegten Aufgaben der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Prüfung von Anträgen auf Erteilung bestimmter Wegerechte:

„Artikel 43 Wegerechte

(1) [...]

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass bei Behörden oder Gebietskörperschaften, die an Unternehmen, die öffentliche elektronische Kommunikationsnetze oder öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste bereitstellen, beteiligt sind oder diese kontrollieren, eine wirksame strukturelle Trennung zwischen der für die Erteilung der in Absatz 1 genannten Rechte zuständigen Stelle und den Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Eigentum oder der Kontrolle besteht.“ (Unterstreichung hinzugefügt)

Diesen Vorschriften ist nicht zu entnehmen, welche Anforderungen an eine wirksame strukturelle Trennung zu stellen sind.⁷ Die Erwägungsgründe der Richtlinie deuten lediglich darauf hin, dass der Grundsatz der Funktionstrennung darauf abzielt, einer dem Wettbewerb abträglichen

⁷ Auch die deutsche Umsetzungsvorschrift in § 68 Abs. 4 TKG liefert keine näheren Hinweise, vgl. *Reichert*, in: [Scheurle/Mayen | TKG § 68 Rn. 28-31 - beck-online](#).

Interessenkollision innerhalb der betreffenden Behörden vorzubeugen (vgl. ErwG 37, 104), um die Unparteilichkeit ihrer Beschlüsse sicherzustellen, vgl. 34 ErwG:

„Nach dem Grundsatz der Trennung hoheitlicher und betrieblicher Funktionen sollten die Mitgliedstaaten die Unabhängigkeit ihrer Regulierungsbehörden und anderen zuständigen Behörden garantieren, um die Unparteilichkeit ihrer Beschlüsse sicherzustellen. Die Anforderung der Unabhängigkeit berührt weder die institutionelle Autonomie und die verfassungsmäßigen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten noch den Grundsatz der Neutralität im Hinblick auf die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten nach Artikel 345 AEUV. Die nationalen Regulierungsbehörden und anderen zuständigen Behörden sollten in Bezug auf Personal, Fachwissen und finanzielle Ausstattung über die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben notwendigen Mittel verfügen.“

Soweit ersichtlich, hatte der EuGH noch keine Gelegenheit, sich zu den an eine wirksame strukturelle Trennung gemäß diesen Vorschriften (oder gemäß ihren Vorläuferbestimmungen in Art. 3 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 Richtlinie 2002/21/EG) zu stellenden Anforderungen zu äußern.

Auch zu der Parallelvorschrift für Streitbelegungsstellen im Hinblick auf sekundärrechtliche Vorgaben für die Transparenz in Bezug auf die physische Netzinfrastruktur (vgl. Art. 10 Abs. 2 Richtlinie 2014/61/EU⁸ „*von jedem Netzbetreiber rechtlich getrennt und funktional unabhängig*“) liegt, soweit ersichtlich, keine Rechtsprechung vor.

Lediglich zu einer ähnlichen Bestimmung in Art. 6 Richtlinie 2008/63/EG⁹ (genau genommen zu deren Vorläuferbestimmung in der Richtlinie 88/301/EWG¹⁰), die in der Sache ebenfalls den Grundsatz der Trennung hoheitlicher und unternehmerischer Funktionen formuliert, liegen einige Urteile des EuGH vor. Allerdings beziehen sich die Urteile auf sehr spezifische Einzelfälle¹¹ und enthalten keinen Hinweis, ob aus diesem Grundsatz eine Verpflichtung zur Veräußerung des Netzes abzuleiten ist.

Gleichwohl dürfte allgemein davon auszugehen sein, dass es für die Anwendung dieser Vorschriften im Einzelfall maßgeblich darauf ankommt, dass der Zweck des Grundsatzes der Funktionstrennung erreicht wird: die Sicherung der Unparteilichkeit der Beschlüsse der zuständigen Behörden bei der Wahrnehmung ihrer in dem Kodex festgelegten regulatorischen Aufgaben, etwa in Bezug auf die Wegerechte nach Art. 43 des Kodex.

Hierfür dürfen unterschiedliche Möglichkeiten in Betracht kommen.

8 [Richtlinie 2014/61/EU](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation.

9 [Richtlinie 2008/63/EG](#) der Kommission vom 20. Juni 2008 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsendeinrichtungen (kodifizierte Fassung).

10 [Richtlinie 88/301/EWG](#) der Kommission vom 16. Mai 1988 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikations-Endgeräte.

11 Nähere Hinweise zu dieser Rechtsprechung bei *Schweitzer/Mestmäcker*, in: [Immenga/Mestmäcker | AEUV Art. 37 E. Rn. 31-33 - beck-online](#).

3.2.2. Möglichkeiten dem Grundsatz der Funktionstrennung anders als durch Veräußerung der Netzinfrastruktur zu genügen

Mit Blick auf eine im Rahmen des Betreibermodells gemäß der NGA-Förderrichtlinie von der betreffenden Gebietskörperschaft errichteten passiven Infrastruktur ist nicht ersichtlich, weshalb dem Zweck des Grundsatzes der Funktionstrennung ausschließlich durch eine Veräußerung der Netzinfrastruktur entsprochen werden können sollte.

Zum einen wäre denkbar, dass sich die Gebietskörperschaft nach Ablauf des Pachtvertrages direkt für eine erneute Vergabe des Netzbetriebs an einen privaten Betreiber entscheidet (entgegen der derzeitigen Vorgabe in Nr. 7.8. der NGA-Förderrichtlinie).

Aus unionsrechtlicher Sicht kommt zum anderen insbesondere auch ein Betrieb des Netzes durch ein kommunales Unternehmen in Betracht. Denn die Vorschriften der Art. 6 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 2 des Kodex schließen es gerade nicht aus, dass Gebietskörperschaften an Unternehmen beteiligt sind oder diese kontrollieren, die elektronische Kommunikationsnetze bereitstellen. Vielmehr erkennen diese Vorschriften grundlegend an, dass eine solche Beteiligung oder Kontrolle möglich sein muss. Dies dürfte auch aus Art. 345 AEUV abzuleiten sein, wonach die Verträge die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lassen. Aus dieser Vertragsbestimmung wird im Schrifttum gefolgert, dass eine öffentliche Unternehmenswirtschaft nicht per se vertragswidrig sein könne.¹²

Jedenfalls mit Blick auf die erwähnte Möglichkeit, dem Zweck des Grundsatzes der Funktionstrennung durch eine erneute Ausschreibung des Netzbetriebs an einen privatwirtschaftlichen Betreiber Rechnung zu tragen, ist somit im Ergebnis davon auszugehen, dass es mit den Vorschriften in Art. 6 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 2 des Kodex vereinbar wäre, auf die in Nr. 7.8. der NGA-Förderrichtlinie enthaltene Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Veräußerung der von ihr im Rahmen des Betreibermodells errichteten passiven Infrastruktur zu verzichten.

4. Ergebnis

Es wäre mit dem EU-Beihilferecht und dem Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation vereinbar, auf die in Nr. 7.8. der NGA-Förderrichtlinie enthaltene Verpflichtung des Zuleitungsempfängers, sich nach Ablauf des Pachtvertrages um eine Veräußerung des Netzes zu bemühen, zu verzichten.

Im Anwendungsbereich der Vorschriften des Art. 6 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 2 des Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation wäre dem darin enthaltenen Grundsatz der Trennung hoheitlicher und unternehmerischer Funktionen auf andere Weise als durch Veräußerung des Netzes Rechnung zu tragen.

- Fachbereich Europa -

12 *Kingreen*, in: [Calliess/Ruffert | AEUV Art. 345 Rn. 10-12 - beck-online](#); vgl. auch *Kühling*, in: [Streinz | AEUV Art. 345 Rn. 13-23 - beck-online](#); ähnlich *Krajewski*, in: [Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV | AEUV Art. 345 Rn. 9-14 - beck-online](#).