

## **TELEKOMMUNIKATIONSNETZE IN KOMMUNALER TRÄGERSCHAFT SIND KEIN PROBLEM**

Das Ziel der Bundesregierung, einem jeden Bürger einen Breitbandzugang zu ermöglichen ist ambitioniert. Um jedoch diese flächendeckende Breitbandversorgung auch in ländlichen Räumen zu erfüllen, sind in vielen Regionen die Kommunen immer öfter dazu gezwungen, den Aufbau von NGA-Netzen selbst in die Hand nehmen. Dabei stellen sich beihilfe-, verfassungs- und kommunalrechtliche Fragen:

### **DIE ROLLE DER KOMMUNEN BEIM AUSBAU VON NGA-NETZEN**

Ein kommunales Engagement lässt sich dabei in drei Fallgruppen gliedern:

- Fall 1: Die Kommunen verlegen Leerrohre und stellen sie privaten Unternehmen zur Verfügung, die sie für den Aufbau eigener Netze verwenden.
- Fall 2: Die Kommunen verlegen zusätzlich zu den Leerrohren auch unbeschaltete Glasfaserkabel (Dark-Fibre) und stellen dieses Netz privaten Unternehmen zur Verfügung, die den Betrieb übernehmen.
- Fall 3: Die Kommune übernimmt zusätzlich den Betrieb des von ihr errichteten Netzes, wird also aktiver Netzbetreiber.

Dabei kann die Kommune als eigene Rechtsperson aktiv werden, oder ein kommunales Unternehmen mit der Aufgabe betreuen.

### **BEIHILFERECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN**

Kommunen, die den Ausbau von NGA-Netzen durch Leerrohrverlegung (mit/ohne Glasfaserkabel) und Bereitstellung für private Anbieter fördern wollen, erfüllen laut der Europäischen Kommission den Beihilfentatbestand. Das gilt auch für die Übernahme des Betriebs eines auf diese Weise entstandenen NGA-Netzes.

Allerdings bildet die *Bundesrahmenregelung Leerrohre* als Beihilfenregelung die Grundlage für die Verlegung von Leerrohren und ist, sofern die darin enthaltenen Verfahrensvorgaben und materiellen Kriterien beachtet werden, vereinbar mit dem EU-Beihilferecht.

Sie gilt für drei Fördermaßnahmen:

- a) Bereitstellung von Leerrohren
- b) Bereitstellung von Leerrohren mit einem oder mehreren unbeschalteten NGA-fähigen Kabeln
- c) Übernahme von Erdarbeiten durch die öffentliche Hand (wenn der Anbieter die Verlegung von Leerrohren selbst vornehmen will.)

In den ersten beiden Fällen ist die öffentliche Hand Bauherr und allein verfügungsberechtigt über die Nutzung der Leerrohre. Im letzten Fall ist das entstehende Netz Eigentum des privaten Betreibers.

Die Leerrohre müssen nach nutzer- und anbieterneutralem Standard nutzbar sein. Fall 3 (Netzbetrieb über die Kommune) wird von der Bundesrahmenregelung nicht erfasst. Ihre Vereinbarkeit mit dem europäischen Beihilferecht bedarf der Prüfung im Einzelfall.

Werden alle in der Rahmenregelung geregelten Verfahrensschritte beachtet, liegt eine Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht nahe, vor allem, wenn im Rahmen der vorgeschriebenen Ausschreibung kein privater Anbieter für das Netz gefunden wird.

Die Voraussetzungen für eine Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht definieren sich so:

- a) das Bestehen einer Versorgungslücke (Förderung somit nur in unterversorgten Gebieten möglich <25mbit/s);
- b) Bedarf potenzieller Endnutzer muss bestehen (Befragung der Bürger);
- c) keine Ausbauabsichten privater Anbieter ohne staatliche Förderung in den nächsten Jahren

Die Bundesrahmenregelung regelt auch die Fördermodalitäten:

- Ein offenes und transparentes Verfahren muss ausgeschrieben werden.
- Nicht technologieneutral, sondern durchaus gezielte Förderung eines kabelgebundenen Netzes
- Bei mehreren Bewerbern ist der zu wählen, der am wenigsten öffentliche Leistungen bei gleichem Niveau in Anspruch nimmt.
- Wird die Nutzung bereits verlegter Leerrohre ausgeschrieben, sind die Bieter auszuwählen, die den höchsten Betrag für die Nutzung der Leerrohre mit oder ohne Kabel zu zahlen bereit sind.
- Offener Zugang (open access) auf Vorleitungsebene zu erbringen
- Dem geförderten Anbieter müssen durch die öffentliche Hand Vorleistungspreise im Förderbescheid verbindlich vorgegeben werden (Ausnahme: Anbieter und die Zugangspetenten können sich einvernehmlich auf ein Entgelt verständigen).

Da zum Zeitpunkt der Förderentscheidung nicht absehbar ist, ob es in Zukunft zu Konflikten zwischen Förderempfänger und Zugangspetenten kommt, sollte ein entsprechender Aufgabenvorbehalt in den Förderbescheid vermerkt werden.

## **VERFASSUNGSRECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN**

2

Durch die Förderung des NGA-Ausbaus auf Grundlage der Bundesrahmenregelung werden Landkreise und andere Kommunen Eigentümer von Breitbandinfrastrukturen, die gegen Entgelt diese Leerrohrnetze privaten Anbietern zur Verfügung stellen. Sind diese Kommunen dazu verfassungsrechtlich überhaupt befugt?

Den Kommunen wird als verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip ein umfassender, allen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft einbeziehender Aufgabenbereich zugewiesen. Dazu zählt die Verlegung von Leerrohren und Glasfaserkabel, um infrastrukturelle Voraussetzungen für eine Erhöhung des Komforts der Bürger und Unternehmen zu schaffen und gehört genauso zum Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge, wie der Aufbau eines Straßennetzes.

Das Verlegen von Leerrohren mit und ohne Glasfaser und ggf. der Betrieb des Netzes stellt im Grundsatz eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe (i.S.d. Art. 28 Abs.2 GG) der Gemeinden dar, die nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts auch von den Landkreisen wahrgenommen werden kann. Auch interkommunale Zusammenarbeit kommt in Betracht. (Art. 87 f GG steht dem nicht entgegen).

## **KOMMUNALRECHTLICHE EINORDNUNG**

Gemeinde- und Kreisordnungen enthalten hinsichtlich der Verwaltung kommunalen Vermögens nur wenige Vorgaben, im Gegensatz zu den strikten Anforderungen, die an den Bereich der wirtschaftlichen Betätigung gestellt werden. Das Begriffsverständnis der wirtschaftlichen Betätigung ist weitgefasst und umfasst sämtliche Tätigkeiten, die nicht dem Bereich der kommunalen Hoheitsverwaltung zugeordnet werden können. Die Kommunen

sollen sich auf die Erfüllung der Aufgaben der örtlichen Daseinsvorsorge konzentrieren und nicht als Konkurrenten zu privaten Unternehmen auftreten.

Kommunale Aktivitäten sollten nur auf die Leerrohrverlegung mit oder ohne Glasfaserkabel mit einer entgeltlichen Überlassung an private Telekommunikationsunternehmen gerichtet sein, sodass nur die Vorschriften zur Verwaltung kommunalen Vermögens Anwendung finden und nicht die unternehmerische Betätigung im Vordergrund steht. Wichtig ist es, eine Infrastruktur vorzuhalten, die von privater Hand nicht ausreichend zur Verfügung gestellt wird. Die durch Leerrohre geschaffenen kommunalen Vermögenswerte, stellen auch kein großes wirtschaftliches Risiko dar. Kommunen müssen Leerrohre nicht nur zu kostendeckenden Preisen überlassen, sondern können bei der Verwertung ihres Vermögens im öffentlichen Interesse auch andere Faktoren, wie soziale oder wirtschaftsfördernde Aspekte einbeziehen.

Kommunalrechtlich ist der Betrieb von Breitbandnetzen als wirtschaftliche Betätigung einzustufen. In Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen ist diese Betätigungsform ausdrücklich zugelassen. In den anderen Ländern ist vor allem die Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip zu prüfen. D.h., dass eine kommunale Wirtschaftsbetätigung nur zulässig ist, wenn dies einem öffentlichen Zweck dient, die Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch ein privates Unternehmen erfüllt werden kann. Darüber hinaus ist zu beachten, dass Kommunen sich auch wirtschaftlich prinzipiell nur in den Grenzen ihres Gebietes (Örtlichkeitsprinzip) betätigen. Soweit die Kommune lediglich Leerrohre (mit und ohne Glasfaser) verlegt, den Betrieb des Netzes aber privaten Unternehmen überlässt, werden in der Regel nur Bestimmungen über die Verwaltung des kommunalen Vermögens einschlägig sein. Eine wirtschaftliche Betätigung wird dann vielfach nicht vorliegen.

Kommunalwirtschaftsrechtliche Sonderbestimmungen für den Sachbereich Telekommunikation gibt es in Nordrhein-Westfalen (§ 107 Abs. 1 Satz 1 Nr.3, Satz 2 GO) und nach § 135 Abs.1 Satz 2 Nr.3 NKomVG zukünftig auch in Niedersachsen, wo der Betrieb von TK-Leitungsnetzen und –dienstleistungen vom Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklauseln ausgenommen ist. In Bayern, Baden-Württemberg und Thüringen wird die kommunale Daseinsvorsorge generell nicht den Subsidiaritätsklauseln unterworfen.

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass demnach dem Aufbau von Telekommunikationsnetzen in kommunaler Trägerschaft unter Beachtung oben genannter Bedingungen rechtlich nichts im Wege steht. Ein Blick ins Ausland zeigt, dass es geht: Im viel kleineren Schweden sind derzeit etwa 150 Breitbandnetze in kommunaler Trägerschaft.

#### **KONTAKT:**

Dr. Martin Fornefeld, Geschäftsführer

MICUS Management Consulting GmbH  
Stadtter 1, 40219 Düsseldorf  
fornefeld@micus.de

KONEXT GmbH  
Taubenstr. 22, 40479 Düsseldorf  
info@konext.de

#### **QUELLEN:**

Dr. Ritgen: *Breitbandnetze in (kreis-)kommunaler Trägerschaft*. NdsVBl., S. 97-106, 4/2011, April 2011

Prof. Dr. Grove/ Dr. Fornefeld: *Breitbandversorgung von Kommunen und Gemeinden: ökonomische und rechtliche Handlungsspielräume*. InfrastrukturRecht, 7. Jg., 2010, Heft 11

Prof. Dr. Holznagel/Prof. Dr. Picot: *Strategies for Rural Broadband: An economic and legal feasibility analysis*. Gambler Verlag. 2010