



Ausarbeitung

**Bereitstellung kommunaler Infrastruktur für die Breitbandversorgung
und Benutzungsgebühren**



Bereitstellung kommunaler Infrastruktur für die Breitbandversorgung und Benutzungsgebühren

Verfasserin: [REDACTED]
Aktenzeichen: WD 5 – 3000 - 058/11
Abschluss der Arbeit: 03.06.2011
Fachbereich: WD 5: Wirtschaft und Technologie, Ernährung, Landwirtschaft
und Verbraucherschutz, Tourismus
Telefon: [REDACTED]

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	5
2.	Die Nutzungsberechtigung am Wegerecht	5
3.	Bedeutung des Infrastrukturausbaus für den Breitbandausbau und Möglichkeiten der Kommunen	6
3.1.	Bedeutung des Infrastrukturausbaus	6
3.2.	Marktversagen beim Breitband ausbau	6
3.3.	Möglichkeiten der Kommunen	7
3.4.	Die Rahmenregelung der Bundesregierung zur Bereitstellung von Leerrohren durch die öffentliche Hand zur Herstellung einer flächendeckenden Breitbandversorgung	8
4.	Die Grundsätze für die Bezahlung bei der Benutzung öffentlicher Einrichtungen	9
4.1.	Benutzungsanspruch und Benutzungsentgelt	9
4.2.	Wahlfreiheit der Kommunen zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtliche Formen	9
4.3.	Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf die kommunalen Vorleistungen beim Breitbandausbau	10
5.	Die infrastrukturellen Vorleistungen der Kommunen als öffentliche Einrichtungen im Sinne der Gemeindeordnungen	10
5.1.	Begriff der öffentlichen Einrichtung in der Rechtsprechung	10
5.2.	Benutzung	10
5.3.	Die Infrastrukturleistungen als „gesonderter und dauerhaft verfasster Bestand an Verwaltungsmitteln“	11
5.4.	Die Infrastrukturleistungen und die in den Wirkungskreis fallenden Aufgaben der Kommunen	11
6.	Die Infrastrukturleistungen der Kommunen für den Breitbandausbau und die Regelungen des Art. 87f Grundgesetz	12
6.1.	Die Infrastrukturleistungen als Dienstleistungen i.S.d. Art. 87f GG	13
6.2.	Die Infrastrukturleistungen der Kommunen und der Gewährleistungsauftrag des Bundes nach Art. 87f Abs. 1 GG	14
6.3.	Die Infrastrukturleistungen der Kommunen und das Privatwirtschaftlichkeitsprinzip nach Art. 87f Abs. 2 GG	15
6.3.1.	Kommunen als andere private Anbieter i.S.d. Art. 87f Abs. 2 GG	15
6.3.2.	Öffentliche Unternehmen als andere private Anbieter i.S.d. Art. 87f Abs. 2 GG	16
6.3.3.	Selbstbetrieb und Vermietung bzw. Verpachtung der Infrastruktur	16
6.3.4.	Vertragspartner des öffentlichen Unternehmens	17

7.	Ergebnis zur Möglichkeit der Kommunen, für die Nutzung der von ihnen geschaffenen Infrastruktur für Breitbandanschlüsse Gebühren zu erheben	18
8.	Erfordernis, bestimmte Gesetze zu ändern	18
8.1.	Gesetzesänderungen, die für eine Gebührenerhebung erforderlich sind	18
8.2.	Anpassungen der Gemeindeordnungen an die Vorgaben des Art. 87f Abs. GG	19
8.2.1.	Vorgaben in den verschiedenen Gemeindeordnungen	19
8.2.2.	Regelungen der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg	19

1. Einleitung

Ein Breitbandanschluss, der schnelles Internet ermöglicht, ist für alle Regionen in der Bundesrepublik Deutschland von gravierender Bedeutung. Besonders für den ländlichen Raum ist er ein wichtiger Standortfaktor. Für die Breitband-Anbieter ist es jedoch häufig wirtschaftlich nicht lohnend, im ländlichen Raum schnelles Internet anzubieten. Denn die Ausbaurkosten sind dort besonders hoch. Um ihren Einwohner dennoch den Zugang zu einem schnellen Internet zu ermöglichen, gehen Gemeinden zunehmend baulich in Vorleistungen, um Breitband-Anbieter dafür zu gewinnen, im ländlichen Raum schnelles Internet anzubieten.

Vor diesem Hintergrund wird in dem dieser Ausarbeitung zugrundeliegenden Auftrag nachgefragt,

- ob eine Kommune für ihre Vorleistungen später ein Entgelt, insbesondere Benutzungsgebühren, erheben darf, und
- ob dafür eine Gesetzesänderung notwendig ist (Abgabenordnung auf Bundesebene oder auf der jeweiligen Länderebene, in Baden-Württemberg konkret etwa das Kommunalabgabengesetz).

2. Die Nutzungsberechtigung am Wegerecht

Soweit Kommunen sich darauf beschränken, ihre Verkehrswege zur Verfügung zu stellen, damit dort Telekommunikationslinien errichtet werden können, sind sie gemäß § 68 Abs. 1 des Telekommunikationsgesetzes (TKG)¹ dazu verpflichtet, dieses Wegerecht **unentgeltlich** zur Verfügung zu stellen, sofern dadurch nicht der Widmungszweck der Verkehrswege dauernd beschränkt wird. Zwar steht gemäß § 68 Abs. 1 Satz 1 TKG zunächst dem Bund das unentgeltliche Wegerecht zu. Dieser kann die Nutzungsberechtigung jedoch nach § 69 Satz 1 TKG durch die Bundesnetzagentur auf schriftlichen Antrag an die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze übertragen. Als Verkehrswege gelten öffentliche Wege, Plätze und Brücken sowie die öffentlichen Gewässer, § 68 Abs. 1 Satz 2 TKG.

Stellt daher eine Gemeinde lediglich ihre Verkehrswege zur Verfügung, damit dort Telekommunikationslinien errichtet werden können, so kann sie für diese Nutzung ihrer Verkehrswege weder ein Entgelt fordern, noch Gebühren erheben. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn die Gemeinden nicht ihre Verkehrswege, sondern andere gemeindliche Grundstücke für die Verlegung von Telekommunikationslinien zur Verfügung stellen. Hier kann sie wie jeder andere Grundstückseigentümer auch für die Wegebenutzung ein Entgelt verlangen.

1 Telekommunikationsgesetz vom 22.06.2004, BGBl. I, S. 1190; zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 24.03.2011, BGBl. I, S. 506. Die aktuelle Fassung des TKG ist abrufbar unter dem Link: http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tkg_2004/gesamt.pdf [20.05.2011].

Für die hier anstehende Frage geht es jedoch weniger um die Gestattung von Wegerechten, sondern vielmehr um die sonstige Infrastruktur, die von Kommunen für Breitband-Anbieter zur Verfügung gestellt wird.

3. Bedeutung des Infrastrukturausbaus für den Breitbandausbau und Möglichkeiten der Kommunen

3.1. Bedeutung des Infrastrukturausbaus

Die Bedeutung der Infrastruktur für den Breitbandausbau wird gegenwärtig, wenn man den Ausführungen von Grove und Fornefeld folgt, die die Geschäftsmodelle des „Telekommunikationsanschlusses“ mit denen des „Stromanschlusses“ vergleichen. Grove und Fornefeld weisen darauf hin, dass sich beide Preismodelle ähneln, weil sie sich beide aus einem Anschlusspreis und einer Verkaufskomponente zusammensetzen². Grove und Fornefeld schließen daraus, dass der Umsatz, der mit Breitbandanschlüssen realisiert werden könne, bei ähnlicher Preisfestsetzung in etwa dem Umsatz entspreche, welcher mit Stromversorgung erzielt werde. Da der Anbieter eines Stromnetzes höhere sicherheitstechnische Anforderungen erfüllen müsse als der Betreiber eines Breitbandnetzes, seien die für den Betrieb eines Breitbandnetzes notwendigen Investitionen deutlich geringer als die bei einem vergleichbaren Stromnetz. Dies habe zur Folge, dass bei Breitbandinvestitionen die Gewinnschwelle deutlich schneller erreicht werde als bei Stromnetzinvestitionen. Deshalb könne das Breitbandangebot durchaus ein Gewinngeschäft sein.³

3.2. Marktversagen beim Breitbandausbau

Wenn aber das Breitbandangebot ein gewinnträchtiges Geschäft sein kann, dann stellt sich die Frage, warum über den Markt kein flächendeckender Ausbau erreicht wird. Dies hängt, wie bereits in der Einleitung erwähnt, damit zusammen, dass der Aufbau der Infrastruktur kostenintensiv ist. Dies gilt besonders für den ländlichen Bereich. Außerdem erfordert der Infrastrukturaufbau bzw. –ausbau langfristige Investitionen. Die Unternehmen der Telekommunikationsanbieter sind jedoch in der Regel an kurzfristigen Gewinnmaximierungen interessiert und scheuen daher den Ausbau der Infrastruktur, weil der Ausbau der Infrastruktur für sie – zumindest kurzfristig – nicht wirtschaftlich ist. Auf diese Weise entstehen die Versorgungslücken mit schnellem Internet.⁴

2 Grove, Nico / Fornefeld, Martin, Breitbandversorgung von Kommunen und Gemeinden: Ökonomische und rechtliche Handlungsspielräume, *InfrastrukturRecht (IR)* 2010, 316, 318.

3 Grove/Fornefeld, *IR* 2010, 316, 318 f.

4 Auf diese Zusammenhänge weisen ausdrücklich Grove/Fornefeld, *IR* 2010, 316, 318 f. hin.

3.3. Möglichkeiten der Kommunen

Die Kommunen können diesem Marktversagen dadurch begegnen, dass sie selbst als Breitband-Anbieter auftreten⁵ oder beim Aufbau der Infrastruktur behilflich sind. Dies kann zum einen dadurch geschehen, dass sie Breitband-Anbieter mit Investitionen beim Aufbau der Infrastruktur unterstützen, zum anderen dadurch, dass sie die Infrastruktur selbst schaffen. Für die Kommunen ist die erste Variante deshalb nicht lukrativ, weil sie an den Infrastrukturobjekten kein Eigentum erwerben. Das hat zur Folge, dass die Kommunen dann weder die Möglichkeit haben, den Infrastrukturausbau weiter mitzugestalten⁶, noch für die Benutzung der Infrastruktur Entgelte zu verlangen. Deshalb ist es für die Gemeinden letztlich sinnvoller, die Infrastruktur selbst zu schaffen und bereitzustellen. Dies kann auf folgende Art und Weise geschehen:

- a) durch die Erbringung von Erdarbeiten durch die Kommune, während die Verlegung von Rohren und Kabeln bei dem Breitband-Anbieter verbleibt,
- b) durch die Bereitstellung von bereits verlegten Leerrohren,
- c) durch die Bereitstellung von bereits verlegten Leerrohren, in denen bereits entsprechende Breitband-Kabel verlegt sind,⁷
- d) durch die Errichtung eines Infrastrukturkanals, der von den Breitbandanbietern mit entsprechenden Leerrohren und Kabeln bestückt werden kann,
- e) durch die Errichtung eines Infrastrukturkanals, der bereits von der Kommune mit entsprechenden Rohren und/oder Kabeln versehen worden ist⁸.

Hat eine Kommune den Auf- bzw. Ausbau der entsprechenden Infrastruktur übernommen, so stellt sich die Frage, **ob** sie für die Nutzung dieser Infrastruktur ein Entgelt bzw. Gebühren verlangen kann.

5 Dazu ausführlich: Grove/Fornefeld IR 2010, 316, 318 f.

6 Darauf weisen Grove/Fornefeld hin, IR 2010, 316, 318.

7 Diese Möglichkeiten werden von der Rahmenregelung der Bundesregierung zur Bereitstellung von Leerrohren durch die öffentliche Hand zur Herstellung einer flächendeckenden Breitbandversorgung („Bundesrahmenregelung Leerrohre“) in § 3 genannt. Diese Rahmenregelung wurde von der Kommission am 12.07.2010 genehmigt und (Europäische Kommission, Genehmigung staatlicher Beihilfen gemäß den Artikeln 107 und 108 des AEUV, Vorhaben, gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden, ABl. der EU 2010/C 242/01). Die genehmigte Fassung der Bundesrahmenregelung Leerrohre ist abrufbar unter dem Link: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/B/bundesrahmenregelung-bereitstellung-leerrohren-breitbandversorgung.property=pdf.bereich=bmwi.sprache=de.rwb=true.pdf> [24.05.2011].

8 Siehe dazu Seifer, Olivia, 1. Speyerer Tage zu kommunalen Infrastrukturen – Wegerechte für Telekommunikationslinien auf öffentlichen Straßen und Plätzen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2009, 90, 91 f. Der folgende Link gibt eine Übersicht über die 1. Speyerer Tage zu kommunalen Infrastrukturen – Wegerechte für Telekommunikationslinien auf öffentlichen Straßen und Plätzen (18./19. September 2008) einschließlich der Beiträge zum Infrastrukturkanal http://www.dhv-speyer.de/stelkens/Infrastrukturtage_2008/Infrastrukturen1.htm [24.05.2011].

3.4. Die Rahmenregelung der Bundesregierung zur Bereitstellung von Leerrohren durch die öffentliche Hand zur Herstellung einer flächendeckenden Breitbandversorgung

Im vorangegangenen Gliederungspunkt war bereits dargestellt worden, dass die Kommunen auf verschiedene Art und Weise die Infrastruktur für den Breitbandausbau selbst schaffen können. Auch die Bundesländer haben verschiedene Programme, zur Förderung der Bereitstellung von Leerrohren⁹. Die Versorgung mit schnellem Internet wird dann für die Breitband-Anbieter wirtschaftlich wesentlich attraktiver.

Diese Förderprogramme der Länder und Kommunen laufen jedoch immer Gefahr, mit dem europäischen Beihilfenrecht zu kollidieren, das Förderungen, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen, verbietet. Um dies zu vermeiden, wurde von der Bundesregierung für die Förderung mit Leerrohren die Rahmenregelung zur Bereitstellung von Leerrohren durch die öffentliche Hand zur Herstellung flächendeckender Breitbandversorgung („Bundesrahmenregelung Leerrohre“) der Europäischen Kommission vorgelegt. Diese Bundesrahmenregelung Leerrohre wurde durch die Kommission genehmigt, so dass nunmehr entsprechende Förderungen der Kommunen, aber auch der Länder und des Bundes, mit dem europäischen Beihilfenrecht in Einklang stehen¹⁰.

Auch in der Rahmenregelung wird berücksichtigt, dass durch die Bereitstellung der Leerrohre später das Betreiben des Breitbandnetzes wirtschaftlich durchaus attraktiv werden kann, so dass für die Betreiber Wettbewerbsvorteile entstehen können. Deshalb ist für Förderungen von mehr als 500.000€ in § 8 der Rahmenregelung ein Mechanismus zur Vermeidung übermäßiger Wettbewerbsvorteile bei größeren Vorhaben vorgesehen.

Die vorliegenden Fragestellungen sind allerdings von der Bundesrahmenregelung Leerrohre allenfalls mittelbar betroffen. Die Aktivitäten der Kommunen, die nach den Vorgaben der Bundesrahmenregelung Leerrohre erfolgen, sind mit dem Beihilfenrecht der EU vereinbar. Die hier einschlägigen Probleme betreffen jedoch nicht das Beihilfenrecht der EU, sondern das Kommunal- und das Verfassungsrecht.

9 So zum Beispiel Baden-Württemberg, die Initiative ist abrufbar unter dem Link:
http://www.clearingstelle-bw.de/download/Clearingstelle_BW_Leerrohre_Ver_5.pdf [31.05.2011].

10 Diese Rahmenregelung wurde von der Kommission am 12.07.2010 genehmigt und (Europäische Kommission, Genehmigung staatlicher Beihilfen gemäß den Artikeln 107 und 108 des AEUV, Vorhaben, gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden, ABl. der EU 2010/C 242/01). Die Rahmenregelung betrifft die unter dem Gliederungspunkt 3.3 genannten Konstellationen a) – c).
Die genehmigte Fassung der Bundesrahmenregelung Leerrohre ist abrufbar unter dem Link:
<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/B/bundesrahmenregelung-bereitstellung-leerrohren-breitbandversorgung.property=pdf.bereich=bmwi.sprache=de.rwb=true.pdf> [24.05.2011].

4. Die Grundsätze für die Bezahlung bei der Benutzung öffentlicher Einrichtungen

Bei der Frage, ob die Kommunen für die Bereitstellung von Infrastruktur Gebühren oder Entgelte verlangen können, bietet sich zunächst ein Blick auf die Grundsätze für die Festsetzung von Entgelten und Gebühren bei der Nutzung von gemeindlichen Einrichtungen an.

4.1. Benutzungsanspruch und Benutzungsentgelt

Öffentliche Einrichtungen werden im öffentlichen Interesse errichtet. Im Bereich der Kommunen werden weite Teile der Daseinsvorsorge durch öffentliche Einrichtungen gedeckt. Die Kommunen unterhalten solche Einrichtungen also im öffentlichen Interesse und machen sie ihren Einwohnern durch Widmungsakt (z.B. Satzung, Verwaltungsakt, ständige Praxis oder auch konkludent) zugänglich. Beispiele dafür sind Schwimmbäder, Museen, Bibliotheken, Stadthalten, Kindergärten, Jugendzentren, öffentliche Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung.

In allen Gemeindeordnungen¹¹ der verschiedenen Bundesländer gibt es jeweils eine Regelung, wonach alle Einwohner einer Gemeinde im Rahmen des geltenden Rechts berechtigt sind, die öffentlichen Einrichtungen einer Kommune zu benutzen. Sie sind auf der anderen Seite aber auch verpflichtet, die Lasten zu tragen, die sich aus ihrer Zugehörigkeit zu der Gemeinde ergeben, und es ist selbstverständlich, dass für die Benutzung der öffentlichen Einrichtungen ein Entgelt oder eine Gebühr verlangt werden kann.

4.2. Wahlfreiheit der Kommunen zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtliche Formen

Im Bereich der Daseinsvorsorge können die Kommunen ihre öffentlich Einrichtungen sowohl in öffentlich-rechtlichen als auch in privatrechtlichen Formen betreiben. Die Kommune hat also im Einzelnen folgende Wahl:

- Sie kann ihre öffentliche Einrichtung in eigener Regie betreiben; sie wählt also eine öffentlich-rechtliche Organisationsform. Dann verbleibt der Kommune immer noch die Wahl zu entscheiden, ob sie das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich gestalten will. Entscheidet sie sich für ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis, dann wird die Benutzung über eine Satzung geregelt, in der auch das Entgelt als Gebühr festgeschrieben wird. Entscheidet sie sich dagegen für ein privatrechtliches Benutzungsverhältnis, kann sie nur ein privatrechtliches Entgelt verlangen.
- Entscheidet die Kommune dagegen, die öffentliche Einrichtung nicht unmittelbar selbst, sondern über eine Gesellschaft zu betreiben, so kann die Kommune selber eine juristische Person des Privatrechts gründen (GmbH oder AG) oder sich an einer solchen juristischen Person des Privatrechts beteiligen. In diesem Fall ist das Benutzungsverhältnis dann immer privatrechtlich, so dass die öffentliche Einrichtung für die Benutzung auch keine Gebühren, sondern nur privatrechtliche Entgelte verlangen kann.

11 Unter dem Link <http://www.wahlrecht.de/gesetze.htm> [31.05.2011] sind die Gemeindeordnungen der Bundesländer abrufbar.

4.3. Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf die kommunalen Vorleistungen beim Breitbandausbau

Unterstellt man, dass diese Grundsätze sich auf auch die infrastrukturellen Vorleistungen einer Gemeinde für den Breitbandausbau übertragen lassen, dann könnten die Kommunen für die Benutzung unzweifelhaft ihre Investitionen über Entgelte refinanzieren und zwar über Gebühren, wenn sie das Benutzungsverhältnis für die Infrastruktur öffentlich-rechtlich organisieren und über privatrechtliche Entgelte, wenn sie sich für ein privatrechtliches Nutzungsverhältnis entscheiden.

Ob diese Grundsätze sich tatsächlich auf die infrastrukturellen Vorleistungen einer Kommune zum Breitband übertragen lassen, bedarf allerdings einer genaueren Überprüfung.

5. Die infrastrukturellen Vorleistungen der Kommunen als öffentliche Einrichtungen im Sinne der Gemeindeordnungen

Zu klären ist zunächst, ob die kommunalen Vorleistungen beim Breitbandausbau überhaupt als öffentliche Einrichtungen eingeordnet werden können.

5.1. Begriff der öffentlichen Einrichtung in der Rechtsprechung

Der Begriff der öffentlichen Einrichtung ist in den Gemeindeordnungen nicht definiert. Nach der Rechtsprechung ist der Begriff weit zu fassen. Nach dem OVG Lüneburg stellt eine öffentliche Einrichtung unabhängig von ihrer Organisationsform im einzelnen einen gesonderten und dauerhaft verfassten Bestand an Verwaltungsmitteln der Gemeinde zur Erbringung bestimmter Leistungen an die Bewohner dar¹². Nach der Rechtsprechung des OVG Münster liegt eine öffentliche Einrichtung dann vor, wenn die Gemeinde mit ihr als Folge gesetzlicher Verpflichtung oder freiwillig eine in ihren Wirkungskreis fallende Aufgabe erfüllt oder demgemäß diese Einrichtung den Gemeindeeinwohnern zur Benutzung zur Verfügung stellt¹³.

5.2. Benutzung

Beide Umschreibungen stellen auf die Bewohner bzw. Einwohner der Kommune ab. Für die infrastrukturellen Vorleistungen bedeutet dies, dass diese dann von den Kommunen den Bewohnern und Einwohnern zur Verfügung gestellt werden müssen. Dies ist insoweit der Fall, als die Kommunen die Infrastruktur gerade deshalb bereitstellen, um für ihre Einwohner einen schnellen Breitbandanschluss zu ermöglichen.

12 OVG Lüneburg, Urteil vom 13.06.1985, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 1986, 341.

13 OVG Münster, Urteil vom 23.10.1968, OVGE 24, 175 (179).

Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass die Kommunen in der Praxis nicht mit ihren Einwohnern über die Benutzung der Infrastruktur verhandeln, sondern mit den Breitband-Anbietern.

5.3. Die Infrastrukturleistungen als „gesonderter und dauerhaft verfasster Bestand an Verwaltungsmitteln“

Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob die Infrastrukturleistungen der Kommunen immer als Einrichtung, also als ein „gesonderter und dauerhaft verfasster Bestand an Verwaltungsmitteln“ i.S.d. Definition des OVG Lüneburg verstanden werden können. Oben waren folgende Varianten kommunaler Infrastrukturleistungen genannt worden:

- a) die Erbringung von Erdarbeiten durch die Kommune, während die Verlegung von Rohren und Kabeln bei dem Breitband-Anbieter verbleibt,
- b) die Bereitstellung von bereits verlegten Leerrohren,
- c) die Bereitstellung von bereits verlegten Leerrohren, in denen bereits entsprechende Breitband-Kabel verlegt sind,
- d) die Errichtung eines Infrastrukturkanals, der von den Breitbandanbietern mit entsprechenden Leerrohren und Kabeln bestückt werden kann¹⁴,
- e) die Errichtung eines Infrastrukturkanals, der bereits von der Kommune mit entsprechenden Rohren und/oder Kabeln versehen worden ist.

Einen gesonderten und dauerhaft verfassten Bestand wird man in der unter a) dargestellten Variante, wo die Kommune sich auf die Erbringung von Erdarbeiten beschränkt, nicht annehmen können. Etwas anders gilt dagegen für die unter b) bis e) genannten Konstellationen. Für diese ist der dauerhafte Bestand jeweils zu bejahen. Im Einzelfall ist dann jeweils zu klären, in welchem Umfang eine öffentliche Einrichtung der Kommune vorliegt, ob dies nur für das Leerrohr gilt, wenn der Breitband-Anbieter die Kabel verlegt, oder ob das Leerrohr mit Kabel die öffentliche Einrichtung ausmacht, weil die Kommune nicht nur das Leerrohr, sondern auch die Kabel mit zur Verfügung stellt. Entsprechendes gilt für den Infrastrukturkanal.

5.4. Die Infrastrukturleistungen und die in den Wirkungskreis fallenden Aufgaben der Kommunen

Von den Merkmalen, die eine öffentliche Einrichtung ausmachen sollen, bereitet ein Definitionsmerkmal größere Schwierigkeiten. Wie aus der Definition des OVG Münster deutlich wird, setzt eine Kommune die öffentlichen Einrichtungen ein, um mit ihr eine gesetzliche Verpflichtung und eine freiwillige in ihren Wirkungskreis fallende Aufgabe zu erfüllen. Zweifelhaft ist, ob die Bereitstellung der Infrastruktur für Breitbandanschlüsse in den **Wirkungskreis der Kommunen** fällt.

Dies könnte man mit dem Argument bejahen, dass es bei der Bereitstellung der Infrastruktur letztlich um Daseinsvorsorge gehe. Denn schnelles Internet sei gerade auch für den ländlichen

14 Ein solcher Infrastrukturkanal befindet sich z.B. in Speyer-Nord. Einzelheiten sind einsehbar unter dem Link: <http://www.bauforum.rlp.de/projekte/speyer.php> [03.06.2011].

Bereich von eminenter Bedeutung. Dies gelte sowohl für die wirtschaftliche Betätigung von Unternehmen im ländlichen Raum als zunehmend auch für jeden einzelnen Bewohner. Denn gerade angesichts der demographischen Entwicklung, wo nicht mehr in jedem Ort eine Verwaltung oder ein Arzt vorgehalten werden könne, lasse sich über das schnelle Internet eine zufriedenstellende Lösung finden.

Angesichts dieser Entwicklung wird ein schneller Internetanschluss in der Zukunft ähnliche Bedeutung für die Daseinsvorsorge erhalten wie die Versorgung mit Wasser und Energie. Für alle drei Bereiche ist aber anerkannt, dass sie auch der Daseinsvorsorge vor Ort dienen und damit auch von den Kommunen übernommen werden können. Für die Wasser- und Abwasserversorgung ist dies selbstverständlich. Aber auch für die Versorgung mit Energie gibt es genügend Beispiele, in denen die Versorgung kommunal erfolgt, wobei die Kommunen dann in der Regel die Versorgung nicht unmittelbar, also über eine öffentlich-rechtliche Organisationsform übernehmen, sondern diese Aufgabe über kommunale Unternehmen und Gesellschaften erfüllen¹⁵. In diesem Sinne gehöre auch die Versorgung mit Breitbandanschlüssen zum Aufgabenfeld der Kommunen.

Dagegen spricht jedoch, dass nach Art 87f Abs. 1 Grundgesetz (GG) der **Bund** im Bereich der Telekommunikation eine flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen gewährleistet. Damit wird das Kernproblem bei den Infrastrukturleistungen durch Kommunen im Bereich des Breitbandausbaus angesprochen. Fraglich ist, ob das, was den Kommunen kommunalrechtlich erlaubt ist, nämlich die Infrastruktur für den Breitbandausbau als öffentliche Einrichtung der Daseinsvorsorge zu betreiben, verfassungsrechtlich möglich ist, oder ob das Grundgesetz den kommunalen Aktivitäten insoweit Grenzen setzt.

6. Die Infrastrukturleistungen der Kommunen für den Breitbandausbau und die Regelungen des Art. 87f Grundgesetz

Wie bereits im vorangegangenen Abschnitt angedeutet, liegt das Kernproblem darin, inwieweit die Infrastrukturleistungen der Kommunen sich mit den Regelungen des Art. 87f GG¹⁶ vereinbaren lassen. Die Regelungen des Art. 87f GG lautet wie folgt:

Art 87f GG

15 Über entsprechende Tätigkeiten der Kommunen berichten Grove/Fornefeld IR 2010, 316, 318 f. Im Hochsauerlandkreis wurde zum Beispiel eine Infrastrukturgesellschaft errichtet, vgl. dazu die Ausführungen unter dem Link: <http://www.hochsauerlandkreis.de/ws/Infrastruktur/telekommunikation/index.php> [31.05.2011].

16 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), vom 23.05.1949 in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 1000-1, veröffentlichten bereinigten Fassung; zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21.07.2010, BGBl. I, S. 944. Die aktuelle Fassung ist abrufbar unter dem Link: <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf> [27.05.2010].

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.

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.

Unbeschadet des Absatzes 2 Satz 2 führt der Bund in der Rechtsform einer bundesunmittelbaren Anstalt des öffentlichen Rechts einzelne Aufgaben in Bezug auf die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen nach Maßgabe eines Bundesgesetzes aus.

Nach Art. 87f Abs. 1 GG trägt der **Bund** die **Gewährleistung** dafür, dass im Bereich der Post und Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen vorhanden sind. Diese Dienstleistungen sind durch **private Anbieter** zu erbringen, Art. 87f Abs. 2 GG. Übernehmen Kommunen die Infrastrukturleistungen für den Breitbandausbau, handelt aber weder der Bund, noch sind die Kommunen private Anbieter. Damit stellt sich die Frage, ob die Infrastrukturleistungen der Kommunen sich überhaupt mit Art. 87f GG vereinbaren lassen.

6.1. Die Infrastrukturleistungen als Dienstleistungen i.S.d. Art. 87f GG

Die Infrastrukturleistungen der Kommunen können nur dann mit den Vorgaben des Art. 87f GG kollidieren, wenn sie als Dienstleistungen i.S.d. Art. 87f GG einzuordnen sind.

Es ist jedoch anerkannt, dass sowohl der Gewährleistungsauftrag des Art. 87f Abs. 1 GG als auch das Privatwirtschaftlichkeitsgebot des Art. 87f Abs. 2 GG nicht nur die reinen Telekommunikationsdienstleistungen auf dem Netz, sondern auch die dafür erforderliche Infrastruktur erfassen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass das Bundesgesetz, nach dessen Maßgabe der Bund die Dienstleistungen gewährleistet – das Telekommunikationsgesetz (TKG)¹⁷ – ebenfalls infrastrukturelle Fragen regelt. So regeln die §§ 68 ff. TKG das Wegerecht¹⁸.

Damit unterliegen auch die Infrastrukturleistungen der Kommunen den Vorgaben des Art. 87f GG.

17 Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 22.06.2004, BGBl. I, S. 1190; zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24.03.2011, BGBl. I, s. 506. Die aktuelle Fassung ist unter folgendem Link abrufbar: http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/tkg_2004/gesamt.pdf [31.05.2011].

18 Darauf weist auch Möstl hin, in: Maunz/Dürig, Art. 87 Rn. 33.

6.2. Die Infrastrukturleistungen der Kommunen und der Gewährleistungsauftrag des Bundes nach Art. 87f Abs. 1 GG

Art. 87f Abs. 1 GG sieht vor, dass der Bund nach Maßgabe eines Bundesgesetzes den Gewährleistungsauftrag wahrnimmt. Dieses Bundesgesetz ist das TKG. Deshalb müsste sich der Breitbandausbau auch nach den Regeln des TKG abspielen.

Auffällig ist jedoch, dass die staatliche Förderung des Breitbandausbaus im ländlichen Raum außerhalb des Regulierungsrahmens des TKG erfolgt. Denn überwiegend werden von Bund, Ländern und Kommunen finanzielle Förderungen angeboten, um den Breitbandausbau voranzutreiben.¹⁹ Dabei werden diese Programme i.d.R. nicht vom Bund, sondern von den Kommunen und Ländern faktisch umgesetzt.

Obwohl Art. 87f Abs. 1 GG eindeutig dem Bund die Verantwortung dafür zuweist, dass flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleitungen vorhanden sind, kommt Möstl in seiner Kommentierung zu Art. 87f GG zu dem Schluss, dass Art. 87f Abs. 1 GG für Elemente einer hinzutretenden Gewährleistung durch Länder und Kommunen offen sei²⁰. Das Eigenengagement der Kommunen könne nicht vorschnell als verfassungswidrig angesehen werden. „Vielmehr [spreche] viel dafür, dass, wenn der Bund ein vormaliges Verwaltungsmonopol zu einer normalen privatwirtschaftlichen Wirtschaftstätigkeit umgestalte [...], er dadurch auch Raum eröffne[...] für eine auf diese Wirtschaftstätigkeit bezogene, regionale oder lokale Strukturpolitik- und Wirtschaftsförderungskompetenz, wie sie die Länder und Kommunen im Allgemeinen innehaben; dies jedenfalls solange, als der Bund – in Wahrnehmung seiner Kompetenzen nach Art. 87 GG – eine bestimmte Aufgabe (hier: finanzielle Förderung des Breitbandausbaus) nicht gesetzlich geregelt und als Verwaltungsaufgabe des Bundes ausgestaltet“ habe²¹.

Damit stellt Möstl den Gesamtzusammenhang zwischen dem Gewährleistungsauftrag an den Bund in Art. 87f Abs. 1 GG und dem Privatwirtschaftlichkeitsgebot in Art. 87f Abs. 2 GG her. Berücksichtigt man, dass nach dem Privatwirtschaftlichkeitsgebot des Art. 87f GG gerade nicht der Bund es ist, der die Gewährleistungen des Art. 87f Abs. 1 GG faktisch umzusetzen hat, sondern dass dies durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und **durch andere private Anbieter** zu erfolgen hat, so können in der Tat die Regelungen über den Gewährleistungsauftrag und das Privatwirtschaftlichkeitsgebot nicht getrennt voneinander bewertet werden.

Deshalb ist Möstl zu folgen, wonach Art. 87f Abs. 1 GG der kommunalen Betätigung nicht entgegensteht, solange der Bund diese Aufgabe nicht gesetzlich als eigene Verwaltungsaufgabe ausgestaltet. Das ist bisher aber nicht geschehen. Das TKG regelt zwar auch infrastrukturelle Komponenten – wie das Wegerecht – enthält aber insoweit keine abschließenden Regelungen, so dass

19 Darauf weist auch Möstl hin, in: Maunz/Dürig, Art. 87 Rn. 5.

20 Möstl, in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 91.

21 Möstl, in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 91.

Raum für kommunale Tätigkeiten ist. Vielmehr hat die Bundesregierung durch die Bundesrahmenregelung Leerrohre sogar gerade Raum für die Infrastrukturtätigkeiten von Kommunen und Länder für den Breitbandausbau geschaffen²².

Festzuhalten bleibt daher, dass die Kommunen im Infrastrukturbereich beim Breitbandausbau tätig werden können, ohne gegen den in Art. 87f Abs. 1 GG verankerten Gewährleistungsauftrag des Bundes zu verstoßen, solange sie dabei die Vorgaben des Art. 87f Abs. 2 GG, also das Privatwirtschaftlichkeitsprinzip beachten.

6.3. Die Infrastrukturleistungen der Kommunen und das Privatwirtschaftlichkeitsprinzip nach Art. 87f Abs. 2 GG

Art. 87f Abs. 2 GG sieht vor, dass die Dienstleistungen durch andere private Anbieter erbracht werden. Fraglich ist, ob die Kommunen als andere private Anbieter angesehen werden können.

6.3.1. Kommunen als andere private Anbieter i.S.d. Art. 87f Abs. 2 GG

Kommunen können auf jeden Fall dann nicht als andere Anbieter i.S.d. Art. 87f Abs. 2 GG angesehen werden, wenn sie selbst handeln, also in öffentlich-rechtlichen Formen aktiv werden. Denn der Wortlaut des Art. 87f Abs. 2 GG ist insoweit eindeutig, als er von „privaten“ Anbietern spricht. Dieses Kriterium erfüllt die Kommune als solche eindeutig nicht²³. Auch Sinn und Zweck des Art. 87f Abs. 2 GG, die Dienstleistungen zu privatisieren, können so nicht erreicht werden, sondern werden in ihr Gegenteil verkehrt. Eine Handlung in öffentlich-rechtlichen Formen läuft auf eine Rückverstaatlichung des Post- und Telekommunikationsmarktes hinaus.

Das bedeutet, dass die Kommunen, wenn sie ihre Infrastrukturleistungen für den Breitbandausbau erbringen, jedenfalls nicht - wie bei der sonstigen Daseinsvorsorge - zwischen einer öffentlich-rechtlichen und einer privaten Organisationsform wählen können. Vielmehr steht ihnen allenfalls die privatrechtliche Variante offen. Das Benutzungsverhältnis kann also nur privatrechtlich sein, so dass die Bezahlung auch nur als privatrechtliches Entgelt und nicht als Gebühr verlangt werden kann.

22 Diese Rahmenregelung wurde von der Kommission am 12.07.2010 genehmigt und (Europäische Kommission, Genehmigung staatlicher Beihilfen gemäß den Artikeln 107 und 108 des AEUV, Vorhaben, gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden, ABl. der EU 2010/C 242/01). Die genehmigte Fassung der Bundesrahmenregelung Leerrohre ist abrufbar unter dem Link: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/B/bundesrahmenregelung-bereitstellung-leerrohren-breitbandversorgung.property=pdf.bereich=bmwi.sprache=de.rwb=true.pdf> [24.05.2011].

23 Dies ist unstrittig: vgl. Remmert, in: Beck 'scher Online-Kommentar GG, hrsg. von Volker Epping und Christian Hillgruber, München, Stand 01.04.2011, Art. 87f GG Rn. 7 mit weiterem Nachweis.

6.3.2. Öffentliche Unternehmen als andere private Anbieter i.S.d. Art. 87f Abs. 2 GG

Damit bleibt zu klären, ob die Kommunen über ein verselbstständigtes öffentliches Unternehmen handeln dürfen, indem sie entweder als Eigengesellschaften der öffentlichen Hand oder gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, in denen die Kommunen aufgrund Mehrheitseigentums einen beherrschenden Einfluss ausüben, tätig werden. Dies ist in der Literatur umstritten.

Teilweise wird in der Literatur bestritten, dass öffentliche Unternehmen andere private Anbieter i.S.d. Art. 87f Abs. 2 GG sein können. Denn nach Art. 87f Abs. 2 GG sei jede Art von Rückverstaatlichung ausgeschlossen. Andere hingegen wollen öffentliche Unternehmen auch dann als andere private Anbieter i.S.d. Art. 87f Abs. 2 GG akzeptieren, wenn der Zweck der Unternehmen auf öffentliche Daseinsvorsorge gerichtet ist und damit leistungsverwaltungsrechtliche Gestaltungsformen erkennen lässt.²⁴

Möstl geht in seiner Kommentierung einen vermittelnden Weg. Grundsätzlich will auch er öffentliche Unternehmen als andere private Anbieter i.S.d. Art. 87f GG akzeptieren. Denn in Art. 87f Abs. 2 GG ginge es nicht darum, eine Aussage über zulässige **Anteilseigner** zu treffen, sondern darum, die Erbringung bestimmter Dienstleistungen zu privatisieren. Deshalb sei nicht der Anteilseigner entscheidend. Entscheidend sei vielmehr, dass die Dienstleistung nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen erbracht werde. Dies könne auch durch ein öffentliches Unternehmen geschehen.²⁵ Da Art. 87f Abs. 2 GG Dienstleistungen nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen voraussetze, reiche es allerdings nicht, wenn die öffentlichen Unternehmen Verwaltung in Privatrechtsform tätigten. Vielmehr sei erforderlich, dass sie gewinnorientiert handelten.²⁶

Folgt man dem, dann entsteht ein weiteres Problem: Kommunalrechtlich könnten die Kommunen die Infrastruktur als Einrichtung des öffentlichen Rechts für die Daseinsvorsorge betreiben. Dies ist ihnen aber verfassungsrechtlich verwehrt. Stattdessen müssen sie einen auf Gewinn ausgerichteten Betrieb einschalten. Damit stellt sich aber die Frage, ob dies mit dem kommunalen Wirtschaftsrecht zu vereinbaren ist, ob also das Landesrecht den Kommunen eine solche privatwirtschaftliche Tätigkeit erlaubt, wie sie von Art. 87f Abs. 2 GG gefordert wird.²⁷

6.3.3. Selbstbetrieb und Vermietung bzw. Verpachtung der Infrastruktur

Nach der Auffassung von Möstl sollen die oben dargestellten Grundsätze nur dann gelten, wenn das öffentliche Unternehmen selbst das Infrastrukturnetz betreibt. Dagegen liege eine vom Gebot privatwirtschaftlicher Leistungserbringung nicht erfasste Tätigkeit vor, wenn die Kommune, die Übertragungswege, die der Markt nicht bereitstelle, in Eigenregie entwickle und diese dann ei-

24 Der Meinungsstreit wird ausführlich mit zahlreichen Nachweisen von Möstl dargestellt, in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 56-58.

25 Möstl, in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 59.

26 Möstl, in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 59.

27 Zu diesem Problem ausführlich Möstl, in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 60. Ebenso Remmert, in: Beck 'scher Online-Kommentar GG, Art. 87f Rn. 6.

nem Betreiber und Anbieter zur Verfügung stelle, der seinerseits dem Privatwirtschaftlichkeitsgebot genüge.²⁸ Erst wenn die Kommune die selbst errichtete Infrastruktur auch selbst betreibt und auf ihnen Telekommunikationsdienstleistungen anbietet, greife das Privatwirtschaftlichkeitsgebot des Art. 87f Abs. 2 GG ein²⁹.

Diese Differenzierung zwischen Selbstbetrieb des Infrastrukturnetzes und Vermietung bzw. Verpachtung der Infrastruktur ist letztlich nicht konsequent. Lässt man es zu, dass die Kommune bzw. das öffentliche Unternehmen nur beim Selbstbetrieb privatwirtschaftlich handeln muss, dagegen nicht, wenn es einem Diensteanbieter die Infrastruktur vermietet bzw. verpachtet, dann erfolgt der Netz**betrieb** zwar privatwirtschaftlich. Dies ist aber nur vordergründig der Fall. Letztlich wird die Infrastruktur auf diese Weise wieder zu einer staatlichen Einrichtung. Dieser von Möstl vertretene Ansatz führt daher zu einer Rückverstaatlichung, die Art. 87f Abs. 2 GG gerade ausschließen will.

Zudem gestaltet sich dann auch die Entgeltberechnung für die Vermietung bzw. die Verpachtung der Infrastruktur schwierig, wenn der Diensteanbieter, der die Infrastruktur mietet oder pachtet und gegenüber dem Endkunden nur ein privatwirtschaftliches Entgelt berechnen kann, sich Forderungen eines öffentlichen Unternehmens oder sogar der Kommune selbst³⁰ ausgesetzt sieht, die öffentlich-rechtlichen Grundsätzen folgen. Deshalb sollte nicht zwischen dem Selbstbetrieb der Infrastruktur und deren Vermietung bzw. Verpachtung differenziert werden. Beides kann angesichts von Art. 87f Abs. 2 GG nur in privatrechtlichen Formen erfolgen.

6.3.4. Vertragspartner des öffentlichen Unternehmens

Bei der Daseinsvorsorge, also dann, wenn die Kommune selbst oder durch öffentliche Unternehmen öffentliche Einrichtungen anbietet, wird das Nutzungsverhältnis bzw. der Nutzungsvertrag immer mit dem Nutzer selbst, i.d.R. dem Einwohner der Kommune, begründet bzw. geschlossen. Bietet ein öffentliches Unternehmen Infrastruktur für Breitband an, so ist fraglich, ob dies auch möglich ist oder ob gegenüber dem Dienstenutzer – also dem Endkunden – immer nur der Diensteanbieter Vertragspartner werden kann.

In der Praxis wird es die Regel sein, dass nur der Diensteanbieter mit dem Endkunden Kontakt hat und diesem eine Rechnung schickt, die sich dann sowohl aus den Entgelten für die eigenen Dienstleistungen als auch aus den Entgelten für die Dienstleistungen, die der Diensteanbieter vom Netzbetreiber einkaufen musste, zusammensetzt. Theoretisch denkbar ist auch, dass sowohl der Netzbetreiber als auch der Diensteanbieter jeweils einen eigenen Vertrag mit dem Endkunden schließen. Deshalb kann auch die Kommune, die Infrastruktur für Breitbandanschlüsse schafft, mit den Endkunden einen Vertrag über die Nutzung der Infrastruktur abschließen, und der End-

28 Möstl, in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 33.

29 Möstl, in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 33.

30 Denn dies müsste dann nach der von Möstl vertretenen Auffassung auch möglich sein, dass also die Kommune nicht nur über ein öffentliches Unternehmen, an dem sie beteiligt ist, die Netzinfrastruktur vermietet bzw. verpachtet, sondern auch selbst handeln kann. Das Handeln der Kommune als staatliche Organisationseinheit war jedoch gerade angesichts der Vorgaben des Art. 87f GG ausgeschlossen worden.

kunde muss dann noch einen gesonderten Vertrag mit dem Diensteanbieter schließen. Das Entgelt für die Infrastrukturnutzung kann das öffentliche Unternehmen aber nur einmal verlangen, entweder direkt vom Endkunden, wenn es mit diesem einen Vertrag schließt, oder vom Diensteanbieter, wenn das öffentliche Unternehmen dem Diensteanbieter die Nutzung der Infrastruktur vertraglich anbietet.

7. Ergebnis zur Möglichkeit der Kommunen, für die Nutzung der von ihnen geschaffenen Infrastruktur für Breitbandanschlüsse Gebühren zu erheben

Die Ausführungen haben ergeben, dass es den Kommunen rechtlich nicht erlaubt ist, für die Nutzung der von ihnen geschaffenen Infrastruktur für Breitbandanschlüsse **Gebühren** zu erheben. Denn bei Gebühren handelt es sich um öffentlich-rechtliche Abgaben. Die Kommunen dürfen aber angesichts der Vorgaben des Art. 87f GG nicht öffentlich-rechtlich, sondern nur privatrechtlich handeln. Sie können für die Nutzung daher nur ein privates Entgelt fordern.

Dieses Ergebnis ist allein auf die verfassungsrechtliche Ausgangslage zurückzuführen, wie sie durch Art. 87f GG vorgegeben ist. Dagegen wäre es kommunalrechtlich durchaus möglich, die Infrastruktur, die von einer Gemeinde für Breitbandanschlüsse geschaffen worden ist, als öffentliche Einrichtungen i.S.d. des Kommunalrechts anzusehen, mit der Möglichkeit der Wahlfreiheit der Gemeinden zu entscheiden, ob sie sich die Nutzung durch Gebühren oder privatrechtliche Zahlungen entgelten lassen wollen. Aber diese Möglichkeit ist den Kommunen durch Art. 87f Abs. 2 GG genommen.

Vielmehr hatte sich gezeigt, dass die öffentlichen Unternehmen der Kommunen, die Infrastruktur für Breitbandanschlüsse schaffen, diese nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen anbieten müssen. Damit wird in der Literatur die Forderung verbunden, dass das öffentliche Unternehmen darauf ausgerichtet sein muss, Gewinne zu erzielen³¹. Dieses Erfordernis wiederum führt zu einem Konflikt mit dem kommunalen Wirtschaftsrecht, weil nicht alle Gemeindeordnungen erlauben, dass ein kommunales Unternehmen Gewinne erzielt.

8. Erfordernis, bestimmte Gesetze zu ändern

8.1. Gesetzesänderungen, die für eine Gebührenerhebung erforderlich sind

Eingangs wurde die Frage aufgeworfen, ob für die Gebührenerhebung bestimmte Gesetze geändert werden müssen (Abgabenordnung auf Bundesebene, oder auf der jeweiligen Länderebene, in Baden-Württemberg konkret etwa das Kommunalabgabengesetz). Wie gesehen, ist eine Gebührenerhebung nach derzeitigem Recht gar nicht zulässig. Deshalb stellt sich die aufgeworfene Frage in dieser Weise nicht. Wer eine Gebührenerhebung für die von den Kommunen geschaffene Infrastruktur zum Breitbandanschluss zulassen will, muss eine Verfassungsänderung herbeiführen

31 Auf diese Problematik weist auch Möstl hin; in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 60.

und das Privatwirtschaftlichkeitsprinzip des Art. 87f Abs. 2 GG abschaffen und damit zu einer (teilweisen) Rückverstaatlichung kommen.

8.2. Anpassungen der Gemeindeordnungen an die Vorgaben des Art. 87f Abs. GG

Es wurde aber bereits eine andere Problematik angesprochen, dass nämlich nicht alle Gemeindeordnungen eine rein privatwirtschaftliche Tätigkeit öffentlicher Unternehmen zulassen.³² Will man an dem Privatwirtschaftlichkeitsgebot des Art. 87f Abs. 2 GG festhalten und gleichzeitig den kommunalen Unternehmen ermöglichen, Infrastruktur für Breitbandanschlüsse anzubieten, stellt sich die Frage, ob Änderungen im kommunalen Wirtschaftsrecht erforderlich sind.

8.2.1. Vorgaben in den verschiedenen Gemeindeordnungen

Änderungen im kommunalen Wirtschaftsrecht sind dann erforderlich, wenn die Gemeindeordnungen festlegen, dass die kommunalen Unternehmen immer einen öffentlichen Zweck verfolgen müssen und dass ein solcher gerade nicht vorliegt, wenn das kommunale Unternehmen darauf ausgerichtet ist, Gewinne zu erzielen.

Dies ist zum Beispiel in Art. 87 Abs. 1 Satz 2 der Gemeindeordnung von Bayern geschehen³³. Auf der anderen Seite gibt es Gemeindeordnungen, wie zum Beispiel die von Nordrhein-Westfalen, in denen der Landesgesetzgeber bestimmte Öffnungsklauseln für den Ausbau von Telekommunikationsnetzen vorgesehen hat, vgl. § 107 Abs. 1 Nr. 3³⁴.

8.2.2. Regelungen der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg

Nach § 102 Abs. 3 der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg³⁵ sind wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde so zu führen, dass der öffentliche Zweck erfüllt wird, wobei sie einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen **sollen**. Damit hat nach der baden-württembergischen Gemeindeordnung das kommunale Unternehmen in erster Linie den öffentlichen Zweck zu erfüllen. Die Gewinnerzielung ist nur ein Nebenzweck³⁶. Daher stellt sich die Frage, ob dies

32 Auf diese Problematik weist auch Möstl hin; in: Maunz/Dürig, Art. 87f Rn. 60.

33 Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (Gemeindeordnung – GO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.08.1998, GVBl., S. 796; zuletzt geändert durch § 10 des Gesetzes vom 27.07.2009, GVBl., S. 400. Die aktuelle Fassung ist abrufbar unter dem Link: http://www.verwaltung.bayern.de/Titelsuche-116.htm?pur1=http%3A%2F%2Fby.juris.de%2Fby%2FGemO_BY_1998_Art87.htm [31.05.2011].

34 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW) in der Neufassung vom 14.07.1997, GV NW, S. 270; abrufbar unter dem Link: https://recht.nrw.de/lmi/owa/pl_text_anzeigen?v_id=2320021205103438063#NORM [31.05.2011].

35 Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (Gemeindeordnung – GemO) in der Fassung vom 24.07.2000, GVBl., S. 581, abrufbar unter dem Link: <http://www.landesrecht-bw.de/jportal/jsessionid=041FE77BD808475FC27D7334DE1D718E.jpb4?quelle=jlink&query=GemO+BW&psml=bsbawue-prod.psml&max=true&aiz=true#jlr-GemOBWV8P102%20jlr-GemOBWV1P102%20jlr-GemOBWV2P102%20jlr-GemOBWV3P102%20jlr-GemOBWV4P102%20jlr-GemOBWV5P102%20jlr-GemOBWV6P102%20jlr-GemOBWV7P102> [31.05.2011].

36 Dazu Remmert, in: Beck 'scher Online-Kommentar GG, Art. 87f. Rn. 6.

den Anforderungen des Art. 87f Abs. 2 GG genügt. Dafür spricht, dass das Privatwirtschaftlichkeitsprinzip nicht verlangt, dass Gewinne erzielt **werden**, sondern, dass das Unternehmen auf Gewinnerzielung **ausgerichtet** ist. Das ist aber auch dann der Fall, wenn die Gewinnerzielung nicht der vorrangige Zweck, sondern nur Nebenzweck ist. Dies gilt um so mehr, wenn wie in der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg durch eine Soll-Regelung deutlich gemacht wird, dass das Unternehmen grundsätzlich auf Gewinnerzielung angelegt ist.

Für den Fall, dass man die Gewinnerzielung eines öffentlichen Unternehmens im Rahmen des Art. 87f Abs. 2 GG nicht für ausreichend hält, bleibt dem jeweiligen Landesgesetzgeber die Option, für kommunale Unternehmen, die Infrastrukturleistungen für Breitbandanschlüsse schaffen, Ausnahmeregelungen zu schaffen, so wie dies in Nordrhein-Westfalen geschehen ist.

