

Berlin, den 24.06.2009

Stellungnahme der Bundesregierung  
zum Entwurf der Europäischen Kommission für "Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau" vom 25.05.2009

Die Bundesregierung dankt der Kommission für die Erarbeitung des Entwurfes der Leitlinien und nimmt wie folgt Stellung:

1. Die Bundesregierung begrüßt die Schaffung von Leitlinien für die Förderung des Ausbaus einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur. Ungeachtet der Frage, ob ein Mitgliedstaat sich für die Förderung des Ausbaus von Breitbandinfrastrukturen entscheidet oder marktnähere Lösungen bevorzugt, ist es sinnvoll und hilfreich, durch die Kodifizierung der bestehenden, umfangreichen Fallpraxis der Kommission mehr Transparenz und Rechtsklarheit für alle Beteiligten zu schaffen.
2. Die Bundesregierung wendet sich gegen den Ansatz<sup>1</sup>, die Entscheidung der Mitgliedstaaten für oder gegen ein politisches Instrument der Kontrolle der EU-Kommission zu unterstellen. Ob der Ausbau leistungsfähiger Breitbandnetze auf ein bestimmtes Niveau besser durch regulatorische oder Fördermaßnahmen erreicht werden kann, ist eine Abwägungsfrage im Einzelfall, die den Mitgliedstaaten obliegt. Eine **Effizienzkontrolle durch die Kommission** widerspricht der Aufgabenverteilung des EG-Vertrages und ist **strikt abzulehnen**. Die Bundesregierung betont in diesem Zusammenhang, dass jegliche Beihilfeförderung grundsätzlich subsidiär zu erfolgen hat und somit der Regulierung nachgelagert ist.

## **Abschnitt 2: Kriterien für den Ausbau herkömmlicher Breitbandnetze**

3. Die Bundesregierung begrüßt, dass auf eine feste **Definition von Breitbanddiensten** im Abschnitt 2 verzichtet wurde. Dies ist sowohl im Hinblick auf die schnelle technische Entwicklung als auch auf die unterschiedliche Nachfrage der Nutzer in verschiedenen Gebieten wichtig. Die Bundesregierung betont, dass ein **erheblicher Ermessensspielraum** für die Mitgliedstaaten bestehen muss, das **Maß der erforderlichen Grundversorgung** („Aufgreifschwelle“ bspw. gemessen in MB/s) etwa auf Grundlage von Verbraucherbefragungen oder der regionalen Entwicklungsplanung (bspw. bei Modellprojekten) bzw. in Abhängigkeit vom Bedarf von Unternehmen vor Ort zu definieren. Der mögliche Einfluss dieses Ermessen auf das Maß der Wettbewerbsverzerrung wird dadurch gemildert, dass vor jeder Förderung die vorhandenen und potentiellen Anbieter zu ihren Ausbauplänen konsultiert werden müssen (s. Rz. 45 lit. a). Sie haben somit Gelegenheit, das vom Markt gewünschte Versorgungsniveau ohne staatliche Eingriffe in ihren Markt herzustellen. Die Bundesregierung fordert die Kommission auf, eine **positive Aussage** zum Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Festlegung der erforderlichen Grundversorgung etwa unter Ziff. 2.3.2 (Ziel der Maßnahme) nach Rz. 34 aufzunehmen.
4. Die Bundesregierung erachtet die vorgeschlagene **Einteilung in „weiße“ (keine Betreiber), „graue“ (mindestens ein Betreiber) und „schwarze“ Gebiete (mindestens zwei Betreiber)** grundsätzlich als sachgerecht. Bei einem bestehenden bestimmten Niveau der Versorgung, müssen die Anforderungen für ein staatliches Eingreifen durch Förderung erhöht werden. Für die Festlegung der Gebiete ist es jedoch entscheidend, wie man die Breitbandgrundversorgung bspw. durch Mindestübertragungsraten definiert. Wie unter Punkt 3 dargelegt, sollten die Mitgliedstaaten hierbei einen bspw. am erwarteten Bedarf orientierten Ermessensspielraum haben.
5. Während die Bundesregierung die beihilferechtlichen Vorgaben für die Förderung in den sog. „weißen“ und „schwarzen“ Regionen grundsätzlich für zielführend hält, erscheinen die Vorgaben für eine beihilferechtliche Förderung in den sog. „grauen“ Flecken teilweise als zweifelhaft. Es ist von zentraler Bedeutung, dass in diesem Bereichen das Instrument der Beihilfe nicht grundsätzlich als Wettbewerbsförderung oder alternatives Regulierungsinstrument betrachtet werden kann und an die Stelle der wirksameren Mechanis-

---

<sup>1</sup> Im Entwurf enthalten bspw. in Rz. 40, 3. Spiegelstrich, 41 – 43, für NGA-Netze in Rz. 68, 70

men der sektorspezifischen Regulierung und des Wettbewerbsrechts tritt. Eine Effektivitätskontrolle über das Beihilferecht mit Blick auf nationale Regulierungsmaßnahmen ist nicht akzeptabel.

6. Im Hinblick auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit nach Rz. 45 lit. a – h ist folgendes anzumerken:

- a. **Erstellung einer detaillierten Breitbandkarte und Analyse der Breitbandabdeckung:** Es wird darauf hingewiesen, dass vor dem Hintergrund der raschen technologischen Entwicklung die Karten nicht statisch als Fördervoraussetzung gewertet werden dürfen. Zur klaren Ausweisung der geförderten geografischen Gebiete sollte wegen des gerade für kleinere Gemeinden erheblichen Aufwandes neben der Möglichkeit der kartografischen Darstellung des Bedarfs auch eine ortsteilscharfe Auflistung möglich sein<sup>2</sup>. Hier sollten ersatzweise auch andere Lösungen akzeptiert werden (in Deutschland bspw. der Breitbandatlas).
- b. Da das **offene Ausschreibungsverfahren** in den Mitgliedsstaaten unterschiedlich geregelt ist, sollte klargestellt werden, dass in der Umsetzung des Verfahrens die jeweiligen Bestimmungen des nationalen Vergaberechts ausschlaggebend sind.
- c. **Offener Zugang auf Vorleistungsebene:** Die Verpflichtung des ausgewählten Anbieters, offenen Zugang auf Vorleistungsebene für einen gewissen Zeitraum zu gewähren, ist grundsätzlich zu begrüßen, da hierdurch die Entstehung von Monopolen in den erweiterten bzw. neu geschaffenen Netzen verhindert werden kann. Dennoch sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, in Einzelfällen hierauf zu verzichten, wenn (1) es um den erstmaligen Aufbau einer Breitbandinfrastruktur in einem bislang un-/unterversorgten Gebiet handelt oder (2) die hierdurch verursachten Zusatzkosten gegenüber einem Angebot ohne offenen Zugang um 50% höher liegen. Diese Ausnahmen sind damit begründet, dass marktbeherrschende Unternehmen ohnehin der TK-Regulierung unterliegen und eine ergänzende beihilferechtliche Verpflichtung hier überflüssig ist. Für die anderen, unregulierten, oftmals mittelständisch geprägten Anbieter kann aber der erhöhte Investitionsaufwand durch die Verpflichtung zur Gewährung eines offenen Zugangs eine zu hohe Hürde bedeuten. Daher besteht die Gefahr, dass diese Verpflichtung in solchen Fällen die Herstellung von Wettbewerbsverhältnissen sogar behindert. Für die Fälle, in denen durch die Förderung eine solche Verpflichtung begründet wird,

---

<sup>2</sup> entsprechendes gilt für die Regelung zu NGA-Netzen bei Rz. 66.

sollte sie nur für einen Zeitraum von drei Jahren statt der vorgeschlagenen sieben Jahre bestehen, um einen schnellen Ausbau der Netze zu ermöglichen.

- d. **Preisbenchmarking für Vorleistungspreise für den Netzzugang und Rückförderungsmechanismus bei Überkompensation:** Die Verpflichtung der fortlaufenden Kontrolle der Einhaltung vorab festgelegter Preise für Vorleistungen zur Vermeidung einer Überkompensation wird wegen des hiermit verbundenen hohen bürokratischen Aufwandes kritisch gewertet. Zwar ist es grundsätzlich richtig, dass der Missbrauch der durch staatliche Förderung entstandenen Breitbandinfrastruktur gegenüber Konkurrenten verhindert werden muss. Dies wird aber bereits weitgehend durch die TK-Regulierung gewährleistet. Ein zusätzliches Korrektiv durch die Möglichkeit zur Rückforderung von Beihilfen sollte nur vorgegeben werden, wenn sich Aufwand und erwarteter Nutzen die Waage halten. Daher sollte die genannte Möglichkeit des Verzichts auf diesen Mechanismus (Fn. 43) weiter gefasst werden. Auf Preisbenchmarking und Rückförderungsmechanismus sollte nicht nur bei sehr geringen Beihilfebeträgen verzichtet werden können, sondern alternativ auch bei einem zu hohem Aufwand im Vergleich zum erwarteten Nutzen. Für die Fälle, in denen Preisbenchmarking und Rückförderungsmechanismus vorgesehen werden sollte die Dauer auf 3 Jahre begrenzt werden.

### **Abschnitt 3: Kriterien für den Aufbau von NGA-Netzen**

7. Die Bundesregierung weist darauf hin, dass die verschärften Anforderungen für die Rechtfertigung der Förderung von NGA-Netzen **ggfs. zu hohe Hürden** darstellen könnten, um das gemeinsame Ziel<sup>3</sup> der Errichtung dieser Infrastrukturen zeitnah zu verwirklichen. Bislang gibt es keine Präzedenzentscheidungen der Kommission in diesem Bereich und damit auch keine Erfahrungen mit der beihilferechtlichen Würdigung der Förderung des Aufbaus von NGA-Netzen. Vor diesem Hintergrund sollten die Leitlinien ausreichend Spielraum belassen, um neuen Entwicklungen in diesem Bereich Raum zu geben.

---

<sup>3</sup> Mitteilung der Kommission über künftige Netze und das Internet (KOM(2008) 594 endgültig vom 29.09.08)

8. Die vorgesehene **Definition von NGA-Netzen** und damit alle Vorgeben des Abschnitts 3 beziehen sich nach den Aussagen der Kommission in der Multilateralen Sitzung vom 22.06.2009 ausschließlich auf leitungsgebundene Technologien. Die Bundesregierung weist darauf hin, dass sich dann die beihilferechtliche Würdigung einer evtl. Förderung von Hochleistungsnetzen durch nicht leitungsgebundene Technologien nach den Vorgaben des Abschnitts 2 richten muss. Hierbei könnten die Förderung solcher schwerer zu rechtfertigen sein als der Ausbau eines leitungsgebundenen NGA-Netzes, bspw. wenn es im betreffenden Gebiet bereits mehr als einen Grundversorger gibt („schwarze Flecken“). Zu überlegen ist, ob sich solche Probleme nicht dadurch vermeiden lassen, dass die Leistungsparametern für den Abschnitt 3 abstrakter definiert werden, wie es etwa in Rn. 47 bereits angedeutet wird. Ein solche eher abstrakte Definition von Leistungsparametern würde die nicht festnetzbasieren Technologien wie z. B. LTE oder WIMAX nicht von vornherein ausschließen, mit denen bei leistungsfähiger Anbindung und ausreichendem Frequenzspektrum ebenfalls Hochleistungsinternetanschlüsse realisierbar sein können.
  
9. Die Bundesregierung weist darauf hin, dass es bei der **Bereitstellung von passiven Infrastrukturen** durch den Staat durch Baumaßnahmen, Verlegung von Leerrohren, etc. für die Einstufung als beihilfefreie Maßnahme nicht darauf ankommen kann, dass diese Infrastrukturen immer gleichzeitig allen potentiellen Nutzern (Strom-, Gas-, Wasserversorgung, etc.) offen stehen (Rz. 56). Zwar unterstützt die Bundesregierung auch in ihrer Breitbandstrategie das Ziel, Synergien beim Infrastrukturausbau zu nutzen. Dazu gehört auch die mögliche Nutzung von Straßenbaumaßnahmen für die bedarfsorientierte Verlegung von Breitbandinfrastrukturen. Die Ausbauabsichten der verschiedenen Grundversorger müssen sich aber weder örtlich noch zeitlich mit den Planungen für die Errichtung einer Breitbandinfrastruktur decken. Eine Vorgabe der gemeinsamen Nutzung als Voraussetzung einer Förderung ist daher nicht zielführend. Zudem ist die Förderung von Leerrohren, nicht nur bei Gelegenheit einer Baumaßnahme, die allen Anbietern diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen, ist eine wichtige Maßnahme, um Marktzutrittsbarrieren zu senken. Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass sich über die Verlegung von Leerrohren, die sich im öffentlichen Eigentum befinden, die über genügend freie Kapazitäten verfügen, öffentlich und diskriminierungsfrei ausgeschrieben werden und somit unterschiedlichen Breitbandanbietern zur Verfügung stehen, der Wettbewerb im Bereich der NGA-Netze stark erhöhen lässt.

10. Im Hinblick auf die Definition „weißer,, und „schwarzer“ Gebiete sollte die **Berücksichtigung von Ausbauplänen bestehender Anbieter** modifiziert werden (Rz. 60 ff.). So sollten die Zeiträume, in denen nicht mit dem Aufbau bzw. Ausbau eines NGA-Netzes/eines konkurrierenden NGA-Netzes gerechnet werden kann, von den vorgeschlagenen fünf auf drei Jahre verkürzt werden. Zudem sollte klargestellt werden, dass es sich um belastbare/realistische Ausbaupläne handeln muss, wenn sie dem staatlich geförderten Auf-/Ausbau solcher Netze entgegenstehen sollen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass bestehende Anbieter den geförderten Aus-/Aufbau behindern könnten bzw. einen Nichtausbau vorgeben, um öffentliche Fördermittel abzugreifen.
11. Im Hinblick auf die **Prüfung der Verhältnismäßigkeit** für die Förderung von NGA-Netzen nach Rz. 67 ff. ist folgendes anzumerken:
- a. Die formalen Anforderungen an die Darlegung unzulänglicher Marktbedingungen, Fehlen eines effektiven Netzzuganges für Dritte, bestehen anderer Marktzutrittsschranken, etc. dürfen nicht zu hoch angesetzt werden. Andernfalls könnte das Ziel eines schnellen Aufbaus einer leistungsfähigen NGA-Infrastruktur unterlaufen werden.
  - b. Beim Aufbau von NGA-Netzen kann auf die Verpflichtung zur Gewährung eines offenen Netzzugangs auf Vorleistungsebene nicht verzichtet werden. Sie sollte jedoch aus Gründen der Praktikabilität auf 5 Jahre abgesenkt werden.