

## **Stellungnahme zu den Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau**

### **I. Vorliegen einer Beihilfe (Rn. 10 ff.)**

1. Zu Rn. 13: Aus Sicht der Kommission fallen Tätigkeiten aus dem Beihilfebegriff heraus, die keinen gewerblichen Zweck aufweisen. Als Beispiel werden nicht gewerblich genutzte Websites, Dienste und Information angeführt (Rn. 13). Hier sollte klar gestellt werden, dass auch der Aufbau von Breitbandnetzen durch die Gemeinden und Kreise nicht unter den Beihilfebegriff fallen.
2. Zu Rn. 55 f.: Die staatliche Verlegung von Leerrohren, die branchenübergreifend genutzt werden sollen und die hierfür erforderlichen Tiefbauarbeiten erfüllen aus Sicht der Kommission ebenfalls nicht den Beihilfebegriff (Rn. 55, 56). Diese Bewertung ist zu begrüßen. Nicht einsichtig ist, dass die Leitlinien einen branchenübergreifenden Leerrohrausbau verlangen. Allein das Ziel, die Breitbandinfrastruktur zu fördern, ist ein hohes Gemeinschaftsziel. Eine Beschränkung auf diesen Bereich ist auch nicht mit zusätzlichen Gefahren einer Marktverzerrung verbunden.
3. In der Praxis herrscht Unsicherheit darüber, ob Maßnahmen der Nachfragebündelung unter den Beihilfebegriff fallen oder nicht. Die Gemeinden übernehmen es häufig auf eigene Kosten, Unternehmen und Bürger als Kunden zu werben, die später breitbandige Dienste über die neu errichtete Infrastruktur beziehen sollen. Zu diesem Themenkomplex wäre eine Klarstellung in den Leitlinien wünschenswert.
4. Zu Rn. 22: Die Anerkennung von zulässigen Ausgleichszahlungen für öffentliche

Dienstleistungen erfolgt in der Praxis äußerst selten. Die Kommission führt nur zwei Fälle an. Hier wäre es von Vorteil, wenn die Kommission näher angeben könnte, unter welchen Voraussetzungen eine Förderung von Breitbandnetzen beihilferechtlich nicht zu beanstanden ist. Diese Frage ist insbesondere vor dem Hintergrund virulent, dass in der Bundesrepublik viele Gemeinden und Kreisen den Aufbau vorantreiben. Hier stellt sich die Frage, ob sich eine Beauftragung etwa der Stadtwerke oder der Wirtschaftsförderungsgesellschaft durch Zwecke der Wirtschaftsförderung i. S. der Altmark Trans-Entscheidung rechtfertigen lässt. Im Übrigen wäre anzuregen, ob nicht schon die Vorkehrungen der Gemeindeordnung und des Vergaberechts ausreichen, um den Anforderungen der Altmark Trans-Entscheidung zu entsprechen.

5. Zu Rn. 24: Bei der Definition solcher Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse haben die Mitgliedstaaten einen breiten Gestaltungsspielraum. Nur offensichtliche Fehler können von der Kommission beanstandet werden. Als ein solcher Fehler wird bereits angesehen, wenn ausschließlich die Bereitstellung von Breitbandanschlüssen für Wirtschaftsparks und öffentliche Einrichtungen, nicht aber für Privathaushalte gefördert werden sollte (Rn. 23, Fn. 25). Dies blendet aus, dass gerade solche Maßnahmen der Wirtschaftsförderung erforderlich sind, um mittelfristig die wirtschaftliche Stabilität der örtlichen Gemeinschaften und Regionen zu gewährleisten. Des Weiteren wird es als fehlerhaft angesehen, wenn eine parallele Infrastruktur in einem Gebiet gefördert wird, in dem bereits private Investoren in den Netzausbau investiert haben. In gewissen Fällen mögen aber Ausnahmen gerechtfertigt sein. So zum Beispiel wenn der Netzzugang von den Privaten verweigert wird oder die Entgelte unangemessen hoch sind. Die Leitlinien sollten diese beiden Aspekte berücksichtigen.

## **II. Vereinbarkeitsprüfung nach Art. 87 Absatz 3 EG**

1. Zu Rn. 45 lit. a): Die Einteilung in weiße, graue und schwarze Gebiete ist sachgerecht. In jedem Einzelfall muss entschieden werden, um welche Gebietskategorie es sich handelt. Hier ist es auch überzeugend, wenn die Kommission die Erstellung einer detaillierten Breitbandkarte einfordert.
2. Zu Rn. 45 lit. a): In der Praxis *wenig praktikabel* ist es aber, wenn die Gebietseinstufung *von Konsultationen mit privaten Netzbetreibern* abhängig gemacht wird. Die in der Leitlinie geforderten Informationen seitens der privaten TK-Infrastrukturanbieter (Preise, Ausbauabsichten usw.) sind bei lokal begrenzten Breitbandvorhaben wie der Erschließung kleiner Ortschaften vielleicht noch zu

erhalten. Für interkommunale NGA-Planungen ist es wenig wahrscheinlich, fundierte und ehrliche Informationen mit einem Planungszeitraum von z. B. fünf Jahren zu erhalten. Beispielsweise können Unternehmen wie die DTAG stets mitteilen, dass sie innerhalb der nächsten fünf Jahre investieren wollen. Damit ergraut ein weißes Gebiet. Eine gleichgelagerte Auskunft von einem Wettbewerber schwärzt das Gebiet. Dementsprechend werden die Kommunen durch diese Anforderungen der Leitlinie dem politisch strategischen Kalkül einzelner großer TK-Firmen *ausgeliefert*. Die Kommunen hätten dann kaum noch Handlungsmöglichkeiten, auch wenn die privaten Netzbetreiber ihre vorgegebenen Pläne niemals umsetzen wollen.

Das vorgeschlagene Prozedere kann nur dann funktionieren, wenn sich die Unternehmen tatsächlich zu einem Ausbau verpflichten. Zudem müssten sie erhebliche Sanktionen ausgesetzt sein, wenn sie dieser Verpflichtung nicht nachkommen. Eine weitere Möglichkeit wäre, die Gebietseinstufung durch neutrale Dritte vornehmen zu lassen. In der jetzigen Fassung erscheint das vorgeschlagene Vorgehen als schlichtweg *unpraktikabel*.

3. Soweit ein Projekt in einem grauen Gebiet gefördert werden soll, erhöht sich die Begründungslast ganz erheblich. Vor allem bei dem Ausbau mit NGA-Netzen sind die allgemeinen Marktbedingungen umfassend zu untersuchen (Rn. 70). Die Leitlinien nennen hier im Einzelnen die Höhe der aktuellen Preise für den NGA-Breitbandzugang, Art und Konditionen der Dienstleistungsangebote für private und gewerbliche Nutzer, Bestehen oder voraussichtliches Aufkommen einer Nachfrage nach neuen Dienstleistungen die vom vorhandenen NGA-Netz nicht gedeckt werden können usw. Eine derart dezidierte Marktanalyse *überfordert die Kommunen erheblich*. Zunächst einmal sind die Informationen über die Kosten symmetrischer Anschlüsse im gewerblichen Bereich schlichtweg nicht verfügbar. Immer wieder berichten die Kommunen, dass sie von den Unternehmen schlichtweg bei Nachfragen keine Auskünfte bekommen. Zudem können sie komplexere Marktabschätzungen kaum mit eigenen Leuten durchführen. Beauftragungen von Beratungsunternehmen sind jedoch so teuer, dass die Planungskosten häufig das vor Ort Mögliche überschreiten. Der zuletzt genannt Gesichtspunkt ist der zentrale Grund, warum von den Förderprogrammen des Landes so wenig Gebrauch gemacht wird. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass hier schon die Gemeindeordnung erhebliche Prüflasten verursacht (z. B. muss nach § 107 Abs. 5 Satz 1 GO NRW vor der Entscheidung über die Aufnahme einer wirtschaftliche Betätigung eine Marktanalyse über Chancen und Risiken des beabsichtigten Engagements erfolgen), so dass es in der Praxis häufig zu erheblichen Doppelprüfungen kommen wird. Zudem ist zu bedenken, dass viele Informationen von den in diesen Bereich tätigen Telekommunikationsunternehmen nicht bereit gestellt werden dürften. Dies zeigen die praktischen Erfahrungen, wenn

es um die Ermittlung von Entgelten für gewerbliche Angebote geht. So ist es in der Praxis kaum möglich, eine verlässliche Marktübersicht über die Kosten symmetrischer Verbindungen zu erhalten. Die Forderungen, die in den Leitlinien erhoben werden, können nur dann realistisch umgesetzt werden, wenn die Kommission oder die Bundesnetzagentur helfen, die geforderten Marktanalysen durchzuführen. Sie könnten die Kommunen hierbei finanziell unterstützen oder zumindest die geforderten Vergleichsdaten über z. B. die Kosten eines Dienstes in einem benachbarten Ballungsgebiet bereitstellen.

4. Zu Rn. 45 lit. f): Es ist zu befürworten, dass die Gemeinschaft einen offenen Zugang auf der Vorleistungsebene einfordert (Rn. 45 lit. f)). Dies ist eine Art Gegenleistung für die staatlichen Fördermittel, die ein Unternehmen erhält. Hierzu sollte jedoch ergänzt werden, dass die Eröffnung digitaler Marktplätze (vgl. das Geschäftsmodell des Non-Profit-Unternehmens NDIX), also die Differenzierung von Datentransport und Dienstleistung, ebenfalls als positiver Abwägungsbelang anerkannt wird. Die Formung von open access wird sich unter NGA erheblich verändern. Diesem Aspekt ist in den Leitlinien Rechnung zu tragen. Der Aufbau kommunaler Netze hat den zentralen Vorteil, dass hier der Grundsatz der Netzoffenheit allgemein anerkannt ist. Auf diese Weise kommen alle Diensteanbieter auf die moderne Glasfaserinfrastruktur, wenn sie es wünschen. Der angestrebte Dienstewettbewerb könnte so erheblich beschleunigt werden.
5. Zu Rn. 40, 68 ff.: In den Leitlinien wird die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu Recht betont. Dabei kommt dem Grundsatz der Erforderlichkeit der Maßnahme eine besondere Bedeutung zu. Dieser besagt, dass die verfolgten Ziele nicht unter Einsatz weniger wettbewerbsverzerrender Mittel erreichbar sein dürfen. Als ein solches Mittel können auch Regulierungsmaßnahmen der Bundesnetzagentur in Betracht kommen. Gemeint sind hier Verpflichtungen zur gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen (wie Masten oder sonstiger Infrastrukturen) oder auch Maßnahmen des Zugangs und der Entgeltregulierung (Rn. 55-57). Auch die Anordnung einer gemeinsamen Nutzung von Leerrohren kann eine solche Maßnahme darstellen. In der Praxis ist es für die Kommunen jedoch nicht ersichtlich, welche dieser Maßnahmen von der Bundesnetzagentur gerade getroffen wurden bzw. werden und welche nicht. Damit die Kommunen überhaupt diese möglichen mildereren Mittel in ihren Abwägungsprozess einstellen können, sollte der Kommunikationsprozess zwischen den dezentralen Entscheidungen und den Maßnahmen der Bundesnetzagentur verbessert werden. Die Bundesnetzagentur erwägt bereits die Schaffung eines NGA-Forums unter ihrer Leitung, das aus hochrangigen Vertretern der TK-Branche, der Länder und auch der Kommunen bestehen soll. Daneben wäre wohl zu empfehlen, wenn die Bundesnetzagentur den lokalen Ausbauprojekten eine autorisierte Ansprechstelle zur Verfügung stellen könnte.

### III. Kernthesen

- Es ist unpraktikabel, zu Zwecken der Gebietseinstufung TK-Unternehmen nach ihren Ausbauplänen zu befragen. Ohne Sanktionen oder eine besondere Verbindlichkeit befürchten zu müssen, könnten diese sich allein strategisch verhalten und z. B. durch unzutreffende Angaben geförderte Konkurrenzprojekte verhindern.
- Die Kommunen sind durch den Umfang der geforderten Marktanalysen häufig inhaltlich überfordert. Die hierdurch entstehenden hohen Transaktionskosten behindern kommunale Projekte. Die Europäische Kommission oder die Bundesnetzagentur könnten die Kommunen hierbei finanziell unterstützen oder zumindest die geforderten Vergleichsdaten über z. B. die Kosten eines Dienstes in einem benachbarten Ballungsgebiet bereitstellen.
- Neben dem offenen Zugang auf der Vorleistungsebene sollte die Schaffung eines digitalen Marktplatzes als weiterer positiver Abwägungsbelang anerkannt werden.
- Kommunale Projekte sollten stärker mit der sektorspezifischen Regulierung verzahnt werden. Da nur gefördert werden kann, wenn die Beihilfemaßnahme verhältnismäßig und damit erforderlich ist, müssen die Kommunen informiert werden, wenn das verfolgte Ziel auch durch mildere Regulierungsmittel erreicht werden kann. Dazu ist die geplante Einrichtung des NGA-Forums bei der Bundesnetzagentur ein richtiger Weg. Daneben sollte bei der Bundesnetzagentur eine autorisierte Ansprechstelle für lokale Projekte geschaffen werden.
- Wünschenswert wären genauere Vorgaben darüber, wann gerade kommunale Tätigkeiten als beihilferechtliche Maßnahmen eingestuft werden. Es wäre z. B. sehr hilfreich, wenn die Kommission zu erkennen geben würde, unter welchen Voraussetzungen sie bei kommunalen Breitbandprojekten die Altmark Trans-Kriterien als erfüllt ansieht.

*Prof. Dr. Bernd Holznagel, LL.M.*

*Ass. jur. Sebastian Deckers*

*Ass. jur. Marc Schramm*