

Berlin, 10. September 2012

**Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland
zum Entwurf der Europäischen Kommission für „Leitlinien der EU für die
Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang
mit dem schnellen Breitbandausbau“ vom 1. Juni 2012**

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

1. Deutschland begrüßt die Intention der Novellierung der Breitbandleitlinien, die Gewährung von gut konzipierten, auf Marktversagen sowie auf Ziele von gemeinsamem Interesse ausgerichtete Beihilfen zu erleichtern und das Verfahren bei Wahrung der Wettbewerbs- und Technologieneutralität zu straffen. Durch Verfahrensvereinfachung und die Identifizierung klarer Beihilfekriterien kann die Realisierung von Breitbandnetzen, insbesondere von Hochgeschwindigkeitsnetzen in ansonsten nicht erschließbaren Regionen, adäquat unterstützt und damit der bürokratische Aufwand für Länder und Kommunen reduziert werden.

Deutschland begrüßt ausdrücklich die Klarstellung in dem Entwurf der Leitlinien, dass öffentliche Mittel in diesem Wirtschaftssektor mit Bedacht eingesetzt werden und sichergestellt sein muss, dass staatliche Beihilfen Marktinvestitionen nicht ersetzen. Auch muss eine Verdrängung privater Investitionen und eine Beeinträchtigung kommerzieller Investitionsanreize vermieden werden.

Der Entwurf in der vorliegenden Fassung unterstützt diese Ziele in weiten Teilen: Beispielsweise sind Vorgaben für eine verbindliche Planung der Anbieter (Ziffer 60) oder die Erhöhung des Betrages für den Rückforderungsmechanismus (Ziffer 67 i) grundsätzlich sinnvoll und praxisgerecht. Auch die Empfehlung, nationale Rahmenprogramme für den Breitbandausbau aufzulegen (Ziffer 40) führt zu mehr Rechtssicherheit und

...

reduziert die Notwendigkeit der aufwändigeren Einzelgenehmigungsverfahren. Mit der Bundesrahmenregelung Leerrohre wurde diese Möglichkeit bereits unter den geltenden Breitbandleitlinien genutzt.

2. Abgesehen von redaktionellen Korrekturen möchte die Bundesregierung jedoch in einigen Punkten konkrete Änderungsvorschläge unterbreiten, um mögliche Rechtsunsicherheiten weiter zu reduzieren und vor allem Verbesserungen im Sinne des Novellierungsziels zu erreichen.

Unter anderem sollten das Genehmigungsverfahren bei Notifizierungen beschleunigt werden, leistungsstarke Technologien wie VDSL bei vorhandener Grundversorgung zur Sicherung der unverzichtbaren Technologieneutralität als NGA-Netz akzeptiert werden und drahtlose Netze, ohne die die Digitale Agenda nicht realisierbar ist, nicht benachteiligt werden. Ein zentrales Anliegen von Bund und Ländern ist es zudem, dass die im Hinblick auf eine mögliche Wirtschaftlichkeitslückenförderung vorgesehenen restriktiven Regelungen überdacht und auch in „weißen“ NGA-Flecken, die „graue“ oder „schwarze“ Flecken der Grundversorgung sind, konditioniert, d.h. insbesondere ohne dass es zu einer Entwertung bereits durchgeführter Investitionen kommt, ermöglicht werden.

Darüber hinaus sollte das Ausmaß

- der Beteiligung der Nationalen Regulierungsbehörden,
- der Berichtspflichten,
- der Antragserfordernisse hinsichtlich Mitnutzungsinformationen oder
- der Vorleistungen

nicht die bereits vorhandenen bzw. geplanten Erleichterungen konterkarieren und zu einer Bürokratisierung und Erschwerung der Breitbandförderung führen.

Im Einzelnen:

Zu Abschnitt 2: Die wichtigsten Grundsätze der Politik der Kommission im Bereich der staatlichen Beihilfen für Breitbandvorhaben

2.2.1. (Nichtvorliegen einer Beihilfe: Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers)

Ziffer 16

Die hier genannten Prämissen einer Kapitalzufuhr durch den Staat unter „normalen Marktbedingungen“ bzw. langfristig „unzureichende Gewinnaussichten“ bedürfen einer Präzisierung und begrifflichen Erläuterung, um Unsicherheiten darüber zu vermeiden, ab wann ein öffentliches Engagement beihilferechtlich relevant wird. In diesem Zusammenhang ist beispielsweise zu erklären, unter welchen Bedingungen Entgelte für die Bereitstellung öffentlicher Infrastrukturen als kostendeckend gelten.

2.2.2. (Staatliche Beihilfen für den Breitbandausbau als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse – Altmark-Urteil und Vereinbarkeit nach Artikel 106 Absatz 2 AEUV)

Diese Ziffer behandelt die Definition einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) im Kontext des sog. Altmark-Urteils: Bund und Länder möchten sichergestellt wissen, dass die Begriffe „Marktbedingungen mit einer angemessenen Breitbandabdeckung“ als unbestimmte Rechtsbegriffe von den Mitgliedstaaten unter Wahrung des ihnen insoweit zustehenden Ermessensspielraums auszulegen sind und ggf. unter bestimmten Voraussetzungen auch NGA-Netze erfassen.

2.4.1. (Die Abwägungsprüfung und ihre Anwendung auf Beihilfen für den Ausbau von Breitbandnetzen)

Ziffer 41

Den Nationalen Regulierungsbehörden (NRB), die hier Regelungsgegenstand sind, kann zwar eine wichtige Funktion im Rahmen eines geförderten Ausbaus von Breitbandinfrastrukturen zukommen, beispielsweise durch Stellungnahmen zu Vertragsgestaltungen mit Netzbetreibern im Sinne des Open Access oder durch die Prüfung, ob die Vorabregulierung ausreicht; eine weitere Ausweitung ihrer Bedeutung und Befugnisse im Vergleich zur geltenden Fassung der Breitbandleitlinien sollte aber vermieden werden, um Art und Dauer der Verfahren nicht ohne hinreichenden Grund zu erschweren. Jedenfalls sind Rechtsverpflichtungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Bedeutung und Befugnisse der NRB aus Gründen des Subsidiaritätsprinzips abzulehnen; insbesondere sollten die NRB bei der Bestimmung von Zielgebieten (vgl. auch Ziffern 67a und b) nicht beteiligt werden, weil sie regionale Gegebenheiten in der Regel nicht hinreichend beurteilen können und eine staatliche Steuerung des Ausbaus vermieden werden muss. Eine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, Rechtsgrundlagen für die Mitwirkung der NRB zu schaffen, soweit sie nicht in den europarechtlichen Vorschriften des Telekommunikationsrechts angelegt sind, geht über die Funktion von Leitlinien (die den Zweck haben, das Ermessen der Kommission zu binden) hinaus und ist daher abzulehnen. Die Bundesregierung bittet darum, die Ziffer entsprechend zu modifizieren bzw. zu streichen.

Zu Abschnitt 3: Anwendung der Grundsätze im Falle von staatlichen Beihilfen für Netze der Breitbandgrundversorgung bzw. NGA-Netze

Die Definitionen der in Abschnitt 3 verwendeten Begriffe „Grundversorgung“, „NGA-Netze“ und „ultraschnelle Netze“ sollten im Hinblick auf die rasante technische Entwicklung in jedem Fall eine dynamische Auslegung zulassen (vgl. Fußnote 61).

3.1 (Arten von Breitbandnetzen)

Ziffer 53 und Ziffer 54

Eine Überarbeitung der Definitionen von NGA-Netzen und partiellen NGA-Netze im Sinne einer größeren Anpassungsfähigkeit wäre aus Sicht der Bundesregierung wünschenswert.

3.2. (Staatliche Beihilfen für Netze der Breitbandgrundversorgung)

Ziffer 60

Die Bundesrepublik Deutschland begrüßt die Konkretisierung der Drei-Jahres-Regelung; NGA-Netze sollten jedoch in diesem Zusammenhang nicht erwähnt werden (vgl. Fußnote 71 und 75), da in Abschnitt 3.2 lediglich die Breitbandgrundversorgung thematisiert wird.

Ziffer 64 a)

Nach Auffassung der Bundesrepublik Deutschland sollte für eine Förderungsfähigkeit nicht allein auf das Überschreiten des allgemeinen Preisniveaus abgestellt werden; vielmehr müsste maßgebliches Kriterium eine erhebliche und ggf. prozentual festzulegende Preisüberschreitung sein, um eine Förderung zum Erreichen staatlich „gewünschter“ Preise zu vermeiden.

Ziffer 64 c):

Unklar ist, was unter „allgemeinen Marktzutrittsschranken“ zu verstehen ist. Ziffer 64 c) dürfte von Ziffer 64 b) umfasst sein. Daher sollte Ziffer 64 c) gestrichen werden.

Ziffer 66

Im ersten Satz dieser Ziffer sollte nicht nur auf Netze, sondern auf Betreiber von verschiedenen Netzen Bezug genommen werden: Denn wenn die parallele Existenz eines Fest- und eines Mobilfunknetzes desselben Unternehmens als „grauer Fleck“ (vgl. Ziffer 61 Fußnote 72) definiert wird, müsste die Existenz mehrerer Betreiber, die auf derselben Festnetz-Infrastruktur des Incumbent Breitband anbieten, ebenfalls als „grauer Fleck“ definiert werden, zum Beispiel für den Fall, dass mehrere Provider DSL über die Kupferleitung eines dieser Provider anbieten.

3.2.2. (Ausgestaltung der Maßnahmen und Notwendigkeit einer Begrenzung etwaiger Wettbewerbsverzerrungen)

Ziffer 67 a)

Zur Veranschaulichung könnte in einer Fußnote als Beispiel auf den deutschen Breitbandatlas verwiesen werden, dem insoweit Vorbildfunktion zukommt.

Ziffer 67 c)

Eine nationale Webseite für wettbewerbliche Ausschreibungen ist in einem föderalen System wie in Deutschland nicht praktikabel; aus diesem Grund ist ein ergänzender Einschub „soweit technisch realisierbar“ unverzichtbar. Alternativ sollte die Vernetzung regionaler Websites zugelassen werden. Zudem weist die Bundesrepublik darauf hin, dass eine Kompatibilität zwischen Ausschreibung und nationalem Vergaberecht ausreichend ist, da letzteres bereits die europäischen Vorgaben beachten muss; eine Klarstellung wäre insoweit wünschenswert.

Ziffer 67 d), Fußnote 88

Anzumerken ist hier, dass die Aussagen zu Netzwerktopologien in Fußnote 88 systematisch in den Abschnitt 3.3 gehören, der den raschen Ausbau von NGA-Netzen thematisiert.

Unabhängig davon bittet Deutschland die Kommission, diese Fußnote aufgrund folgender Erwägungen zu streichen: Point-to-Point-Topologien sind zwar grundsätzlich entwicklungsoffen, jedoch wäre eine einseitige Bevorzugung dieser Topologien technologisch nicht neutral; zudem stellen sie die zur Zeit kostenintensivste und zeitaufwändigste Ausbauvariante dar. Bereits heute werden P-2-MP-Netze projektiert, die mittel- und langfristig ohne weitere Leerrohrverlegung in ein P-2-P-Netz migriert werden können. Für P-2-MP-WDM-Systeme zur logischen Entbündelung von Teilnehmerzugängen gibt es noch keine marktgängigen, standardisierten Technologien. Auch VDSL sollte als neue Technologie verstanden werden. Deutschland hält einen technologieneutralen Ansatz, der konsequent in der gesamten Novelle der Breitbandleitlinien durchgehalten werden sollte, für unverzichtbar.

Ziffer 67 f)

Die Forderung, Synergien zu nutzen, wird grundsätzlich begrüßt. Ausreichend erscheint es aber, wenn die ausschreibende öffentliche Stelle im Ausschreibungsverfahren bereits bekannte und für den Breitbandausbau nutzbare Infrastrukturen sowie Tiefbaumaßnahmen bekannt gibt; Basis sind hier vor allem der Infrastrukturatlas der Bundesnetzagentur (BNetzA) sowie ggf. Baustellenatlanten von Ländern. Die neue Forderung, dass bereits im Ausschreibungsverfahren teilnehmende Netzbetreiber die Bewilligungsbehörde und die NRB über ihre Infrastrukturen informieren und diese Informationen allen anderen Bietern im Ausschreibungsverfahren zu einem Zeitpunkt zur Verfügung stellen müssen, der es diesen Bietern erlaubt, die betreffende Infrastruktur in ihre Angebote einzubeziehen,

würde den Verwaltungsaufwand im Ausschreibungsverfahren um ein Vielfaches erhöhen, ohne dadurch einen erkennbaren Mehrwert zu erreichen. Zudem liegt es im Eigeninteresse der Anbieter, vorhandene Infrastruktur zu nutzen. Die Regelung der Ziffer 67 f würde dazu führen, dass sich viele Anbieter zurückziehen und kein Angebot abgeben. Bund und Länder schlagen daher, vor diese Ziffer vollständig zu streichen.

Ziffer 67 g)

Die Bundesrepublik Deutschland hält den in dieser Ziffer geregelten Zugang auf Vorleistungsebene nur zum Teil für zielführend: Ein zeitlich unbeschränkter Zugang für neue passive Infrastrukturelemente (vgl. Fußnote 90) sollte auf öffentliche Infrastrukturen beschränkt bleiben; in allen anderen Fällen ist eine Beschränkung der Zugangsverpflichtung auf sieben Jahre nachvollziehbar. Bei marktbeherrschender Stellung ist der Netzbetreiber nach geltenden sektorspezifischen Regelungen bzw. nach allgemeinem Wettbewerbsrecht zu beurteilen, so dass Zugangsverpflichtungen ggf. länger bestehen können. Insoweit kann daher der Vorschlag der Kommission unterstützt werden.

Keine Übereinstimmung besteht hingegen bei folgenden Punkten:

Die Gewährung des Zugangs bereits vor Inbetriebnahme gefährdet gerade in ländlichen Gebieten den Business Case so erheblich, dass der Förderungszweck mangels zuwendungsfähiger Angebote vereitelt werden könnte. Die Kalkulation erfordert zudem die Möglichkeit, nach Inbetriebnahme des Netzes innerhalb eines angemessenen Zeitraums Kundenbeziehungen aufbauen zu können, bevor Wettbewerbern Zugang zu gewähren ist. Satz 6 der Ziffer sollte somit gestrichen werden.

Ebenso stuft die Bundesrepublik die Forderung der Kommission nach einer „größeren Produktauswahl“ für einen offenen Zugang als kostentreibend und nicht sachgerecht ein. Um bei der Festlegung von Zugangsanforderungen das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren, müssen nicht alle möglichen

Zugangspflichten auferlegt werden, vielmehr ist die Konzentration auf die Definition einer Mindestanforderung ausreichend. Ein Bitstream Access auf Layer 2 als Mindestangebot reicht bei einer Förderung der Wirtschaftlichkeitslücke als Vorleistungsprodukt aus; weitere Angebote können dann freiwillig erfolgen. Bei Förderung passiver Infrastrukturen müsste es mindestens einen Leerrohrzugang geben. Satz 5 dieser Ziffer sollte daher in diesem Sinne umformuliert werden. In diesem Zusammenhang ist es auch unverständlich, dass SMP-Unternehmen im Falle einer Förderung über die regulatorischen Zugangspflichten hinaus Auflagen auferlegt werden können.

Ziffer 67 h

Die von der Kommission vorgesehenen Regulationsmechanismen für Vorleistungspreise erachtet Deutschland für nicht sachdienlich: Die der NRB eingeräumten Befugnisse erscheinen zu weitgehend (vgl. auch Kritik zu Ziffer 41). Die Vorleistungspreise sollten primär durch Verhandlungen zwischen Anbietern und Nachfragern festgelegt und nicht durch regulierte Vorleistungspreise in vergleichbaren, jedoch wettbewerbsintensiveren Gebieten bestimmt werden. Regulierte Preise des Incumbent decken die im ländlichen Raum erforderliche Investition nicht und können deshalb zu einer unwirtschaftlichen Vermarktungspflicht von Vorleistungsprodukten führen. Eine Ausweitung der Regulierung auf kleine Netze würde insbesondere Projekte im ländlichen Raum unwirtschaftlich machen. Erst wenn die Verhandlungen zwischen Anbietern und Nachfragern scheitern, kann die NRB als Schlichtungsstelle herangezogen werden; dies sollte aber auf jeden Fall eine Ermessensentscheidung eines jeden Mitgliedstaates sein. Insoweit könnten dann die regulierten Preise für das marktbeherrschende Unternehmen als Maßstab dienen; Abweichungen sollten aber zulässig sein. Wegen des Primats der Preisverhandlung dürfen Vorleistungspreise auch nicht bereits im Rahmen der Ausschreibung abgefragt werden (vgl. auch Ziffer 67 f).

Ziffer 67 i)

Die Ermittlung des in dieser Ziffer genannten Beihilfebetrags von 10 Mio. EUR im Rahmen eines potentiellen Rückforderungsmechanismus könnte bei der Leerrohrförderung problematisch sein; eine Klarstellung der Bezugsgröße des genannten Schwellenwertes wäre daher wünschenswert.

Ziffer 67 k)

Deutschland wendet sich entschieden gegen die in Ziffer 67 k) in Verbindung mit Fußnote 102 vorgesehene umfangreiche Berichterstattungspflicht im zweijährigen Turnus; sie ist in diesem Ausmaß unverhältnismäßig aufwendig und führt zu unnötiger Bürokratie.. Der Inhalt der Berichterstattung sollte auf ein unabdingbares Minimum reduziert werden.

Abschnitt 3.3. (Förderung des raschen Ausbaus von NGA-Netzen)

Die Bundesrepublik Deutschland weist darauf hin, dass alles, was in dieser Stellungnahme zur Grundversorgung angemerkt worden ist, sinngemäß auch für die Förderung des raschen Ausbaus von NGA-Netzen gilt.

3.3.1. („Weiße“, „graue“ und „schwarze Flecken“ bei NGA-Netzen)

Ziffer 72 und 73

Es sollte klargestellt werden, nach welchen Kriterien die betreffenden Gebiete abgegrenzt werden können. Dabei sollte es auch möglich sein, geografisch nicht unmittelbar zusammenhängende Teile zu einem Gebiet zusammen zu fassen.

Darüber hinaus sollte in Ziffer 72 klargestellt werden, dass ein staatliches Eingreifen auch in Gebieten grundsätzlich gerechtfertigt sein kann, in denen die bereits bestehende NGA-Versorgung noch nicht weitgehend flächendeckend angeboten wird.

3.3.2. (Ausgestaltung der Maßnahmen und Notwendigkeit einer Begrenzung etwaiger Wettbewerbsverfälschungen)

Ziffer 76 a)

In dieser Ziffer macht die Kommission deutlich, dass Beihilfemaßnahmen für den NGA-Ausbau in „grauen“ und „schwarzen Flecken“ der Breitbandgrundversorgung, die zugleich „weiße“ oder „graue“ NGA-Flecken sind, auf eine „passive und neutrale NGA-Infrastruktur“ beschränkt werden sollen. Dies verhindert faktisch eine Förderung der Wirtschaftlichkeitslücke beim Ausbau von NGA-Netzen in Deutschland. Deutschland spricht sich deshalb dafür aus, in „weißen“ NGA-Flecken, die „weiße“, „graue“ oder „schwarze“ Flecken in der Grundversorgung sind, eine Wirtschaftlichkeitslücke im Einklang mit dem Beihilfenrecht und unter folgenden adäquaten Bedingungen fördern zu können:

Unverzichtbar ist es aus Sicht Deutschlands, dass eine solche Förderung durch klare Prämissen konditioniert wird: Dabei muss dem Aspekt des Marktversagens die Schlüsselrolle zukommen; es gilt, Wettbewerbs- und Erschließungsinteresse unter Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen angemessen miteinander auszubalancieren. Konkret bedeutet dies, dass einerseits eine angemessene Investitionsrendite unter Berücksichtigung betriebswirtschaftlich zumutbarer Risiken auf absehbare Zeit zwar nicht möglich erscheint, andererseits aber trotz Fehlens einer marktgetriebenen Realisierungsmöglichkeit durch entsprechende Prüf- und Kontrollmaßnahmen sichergestellt wird, dass das Investitionsvorhaben möglichst kostengünstig und effizient verwirklicht werden kann. Zudem muss sichergestellt sein, dass zumindest mittelfristig eine entsprechende Nachfrage zu erwarten ist und somit keine

Investitionsruinen gefördert werden. Die Bundesrepublik bittet die Kommission die Ziffer 76 a) entsprechend abzuändern.

Ziffer 76 b)

Unter Verweis auf die Stellungnahme zu Ziffern 67 d) und g) ist hier zum behandelten offenen Zugang auf Vorleistungsebene anzumerken, dass als Vorleistungsprodukt zwar stets ein Bitstream Access auf Layer 2 anzubieten ist, ein Angebot weiterer Vorleistungsprodukte aber nur freiwillig zu erfolgen braucht. Dementsprechend sollten Satz 2, 2. Halbsatz, Satz 4 und Satz 5, 2. Halbsatz entfallen.

Zu Abschnitt 5: Anhang I - Typische Maßnahmen zur Förderung des Breitbandausbaus

Die Unterscheidungen zwischen Sachleistungen (Ziffer 2) , vom Staat betriebene Breitbandnetze oder Teile derartiger Netze (Ziffer 3) und von einem Konzessionär verwaltete Breitbandnetze (Ziffer 4) müssten präzisiert werden. Idealerweise sollten auch Ausführungen zu öffentlichen (kommunalen) Breitbandnetzen und zu ÖPP-Modellen mit ihren Voraussetzungen aufgenommen werden.

Es sollte geprüft werden, ob Diensteanbieter nicht als Beihilfeempfänger gelten für den Fall, dass sie nicht zugleich Netzbetreiber sind, da die beihilferechtlichen Pflichten ihre Teilnahme am Wettbewerb ganz verhindern könnten.