

Stellungnahme der EWE TEL GmbH zum Vorschlag der Kommission zur Überarbeitung der Breitbandleitlinien

Stand: 09.02.2022

Die EWE TEL GmbH (kurz: EWE TEL) gehört als Teil des EWE-Konzerns zu den größten regionalen Telekommunikations-Anbietern in Deutschland: Knapp 700.000 Haushalte beziehen EWE-Telekommunikationsprodukte. Dabei ist EWE TEL der größte Breitband-Anbieter mit eigener Netzinfrastruktur in Nordwestdeutschland. Moderne Glasfasernetze bringen Highspeed-Internet auch in den ländlichen Raum und ermöglichen Haushalten, Unternehmen sowie Institutionen schnelle Datenübertragung.

EWE TEL unterstützt die Breitbandziele der EU sowie der Bundesregierung und treibt deren Verwirklichung gemeinsam mit den Kommunen voran – bis zur Gigabitgesellschaft.

Daher begrüßen wir die Initiative der Kommission, die Breitbandleitlinien an den aktuellen Stand des technologischen Fortschritts und die neueren Ziele der EU-Digitalpolitik anzupassen, die in der Gigabit-Mitteilung aus 2016 und dem Digitalen Kompass aus 2021 formuliert sind.

Schon heute bestehen über 70 Prozent des über 52.000 km umfassenden EWE-Netzes aus Glasfaserkabeln, die besonders hohe Übertragungsgeschwindigkeiten ermöglichen. Das Gemeinschaftsunternehmen von EWE und Telekom Deutschland, Glasfaser Nordwest, wird in den kommenden Jahren zwei Milliarden Euro in den Glasfaserausbau im EWE TEL-Vermarktungsgebiet in Nordwestdeutschland investieren.

Vor diesem Hintergrund tritt EWE TEL für eine Breitbandförderung mit Augenmaß ein.

Nach dem Verständnis von EWE TEL beinhaltet dies:

- Es ist sicherzustellen, dass die Förderung zunächst in die am stärksten unterversorgten Gebiete fließt, in denen der Ausbau den größten Nutzen für die betroffenen Haushalte und Unternehmen bietet und wo er am stärksten zur Überwindung der digitalen Kluft zwischen urbanen und ländlichen Gebieten beiträgt.
- Kürzlich erfolgte private Investitionen in bestehende Netze, die in erheblichem Maße zur schrittweisen Verwirklichung der Breitbandziele beitragen, dürfen durch die Breitbandförderung nicht entwertet werden, um Wettbewerbsverzerrungen durch die Förderung zu begrenzen.
- Darüber hinaus ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Baukapazitäten in Mitgliedstaaten wie Deutschland an ihre Grenzen stoßen, so dass ein Übermaß staatlicher Förderung das Risiko starker Baupreiserhöhungen mit sich bringt, durch die eigentlich rentable private Investitionen in Gigabit-Netze vereitelt werden können.
- Bei der Umsetzung staatlicher Fördermaßnahmen ist auf effiziente Verfahren und die weitestmögliche Nutzung bestehender Daten zu achten, um vorhandene Personalkapazitäten bei Kommunen und Unternehmen effektiv zu nutzen und den Breitbandausbau zu beschleunigen.

Zu den vorgenannten Zielen steht der Vorschlag der Kommission teilweise in Widerspruch.

Zwar ist zunächst positiv hervorzuheben, dass der Vorschlag der Kommission zur Novellierung der Breitbandleitlinien deren Anwendung dadurch vereinfachen dürfte, dass er an verschiedenen Stellen

rechtstechnische Verbesserungen enthält, u.a. durch die Voranstellung von Begriffsbestimmungen, durch das enger am Wortlaut des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV orientierte Prüfschema und durch das Einflechten der Fleckenzuordnung (weiß/grau/schwarz) in dieses Prüfschema.

Auch ist der Kommission in ihrer Einschätzung zuzustimmen, dass ultraschnelle Zugangsnetze mit mehr als 100 Mbit/s Download-Geschwindigkeit zum gegenwärtigen Stand der technologischen Entwicklung im Festnetzbereich bei Nutzung von FTTC/VDSL mit Vectoring, FTTB/FTTH-Netzen und Kabelnetzen ab DOCSIS 3.0 zu bejahen sind, vgl. Rn. 22 des Leitlinien-Entwurfs mit Fn. 20.

Jedoch lassen die vorgeschlagenen Regelungen des Leitlinien-Entwurfs eine Förderung mit der Gießkanne ohne ausreichende Priorisierung zu. Sie schützen vorhandene Netze, die auf die Verwirklichung der geltenden Ausbauziele einzahlen, nicht hinreichend und enthalten Wertungswidersprüche sowie missverständliche Aussagen. Schließlich integrieren die vorgeschlagenen Regelungen die bestehenden Vorgaben des Kodex und die dadurch bei den zuständigen Behörden ohnehin vorhandenen Daten nicht hinreichend.

Dazu werden wir nachfolgend mit Blick auf feste Zugangsnetze im Einzelnen ausführen.

Inhaltsübersicht:

I.	Priorisierung der Förderung und Schutz privater Investitionen.....	3
1.	Marktversagen.....	3
2.	Gebietszuordnung und Schutz vorhandener, ultraschneller Netze.....	4
3.	Wesentliche Verbesserung	6
II.	Kartierung und Konsultation	8
1.	Vorgaben zur Kartierung.....	8
2.	Konsultation.....	10
III.	Rückforderungsmechanismus	12
1.	De-minimis-Grenze	12
2.	Bestimmung des angemessenen Gewinns und Anreizregelung.....	13
3.	Überrenditen und Unternehmensveräußerung	14
IV.	Weitere inhaltliche Anmerkungen	14
1.	Haupttext des Leitlinien-Entwurfs	14
2.	Anhang II – Staatliche Maßnahmen außerhalb von Art. 107 Abs. 1 AEUV.....	16
3.	Anhang III – Typische Maßnahmen zur Breitbandförderung.....	17
V.	Redaktionelle Anmerkungen	17

I. Priorisierung der Förderung und Schutz privater Investitionen

1. Marktversagen

In Übereinstimmung mit der bisherigen Kommissionspraxis und der Rechtsprechung des EuGH ist Voraussetzung für die staatliche Breitbandförderung, dass in dem betroffenen Zielgebiet ein Marktversagen vorliegt.

Gemäß Rn. 52 des Leitlinien-Entwurfs soll ein Marktversagen immer dann gegeben sein, wenn die Download-Geschwindigkeit weniger als 1 Gbit/s oder die Upload-Geschwindigkeit weniger als 200 MBit/s beträgt. Im weiteren Verlauf des Jahrzehnts kann ein Marktversagen bei nachgewiesenem Bedarf auch vorliegen, wenn die Upload-Geschwindigkeit bei weniger als 1 Gbit/s liegt.

Die Geschwindigkeit, die in Zielgebieten bestehen muss, um vom geförderten Ausbau ausgenommen zu sein, liegt damit erheblich höher als die Schwellenwerte, die zuletzt in der Entscheidung zur deutschen Gigabitförderung definiert worden sind (SA. 52732, Rn. 39). In Abweichung von den Maßstäben dieser erst jüngst ergangenen Entscheidung könnte im Rahmen von zukünftigen Fördermaßnahmen, die auf Grundlage der jetzt von der Kommission vorgeschlagenen Schwellenwerte genehmigt würden, ein geförderter Ausbau nicht nur in Gebieten erfolgen, wo bereits ein ultraschnelles Netz auf Basis von FTTC/VDSL mit Vectoring oder DOCSIS 3.0 vorhanden ist. Vielmehr kämen sogar auch Gebiete mit vorhandenen FTTB/FTTH-Netzen oder DOCSIS 3.1-Netzen für eine Förderung in Betracht, soweit sie die o.g. Schwellenwerte (aktuell) nicht erreichen.

Dies würde einer Förderung mit der Gießkanne gleichkommen. Eine Steuerung der öffentlichen Mittel für einen priorisierten Ausbau in den am wenigsten versorgten Gebieten fände damit nicht statt. Die öffentliche Förderung würde nicht dorthin gelenkt, wo sie den größten Nutzen bringt. Vielmehr würden private Investitionen in bestehende Netze unnötig durch öffentlich geförderten Ausbau entwertet und durch die flächendeckende Förderung die Tiefbaukapazitäten überreizt. Durch die damit verbundenen Baukostensteigerungen kann ein privater Breitbandausbau generell unwirtschaftlich werden.

Zudem blenden die von der Kommission jetzt vorgeschlagenen Interventionsschwellen unseres Erachtens aus, dass Gebiete mit vorhandenen ultraschnellen Netzwerken mit Download-Geschwindigkeiten über 100 Mbit/s dem Ziel genügen, das in der Gigabit-Mitteilung als flächendeckendes Ausbauziel für das Jahr 2025 benannt worden ist, siehe KOM(2016) 587 final, S. 8. Höhere Geschwindigkeiten verlangt die Gigabit-Mitteilung bis 2025 nur für sog. sozio-ökonomische Zentren wie Bildungs- und Forschungseinrichtungen, Verkehrsknotenpunkte, Gesundheitszentren und Sportarenen, siehe KOM(2016) 587 final, S. 6.

Auf Grundlage der vorgenannten Gigabit-Mitteilung kann unseres Erachtens in Gebieten mit vorhandenem ultraschnellem Netz bis zum Jahr 2025 kein Marktversagen bejaht werden, soweit es nicht ausnahmsweise um den Anschluss eines sozio-ökonomischen Zentrums geht. Vielmehr ist die öffentliche Förderung zunächst in die stärker unterversorgten Gebiete zu lenken, in denen bisher kein ultraschnelles Netz mit mindestens 100 Mbit/s Download-Geschwindigkeit vorhanden ist.

Nur wenn ein Mitgliedstaat nachweisen kann, dass solche Gebiete bei ihm nicht oder kaum noch vorhanden sind und das Ziel des Digitalen Kompasses – KOM(2021) 118 final, S. 6: flächendeckende Gigabit-Netze bis 2030 – nur zu verwirklichen ist, wenn bereits vor 2025 auch in Gebieten mit vorhandenem ultraschnellem Netz mit dem Ausbau auf Gigabit-Geschwindigkeit begonnen wird, darf als Vorwirkung des Ziels für 2030 ausnahmsweise auch in Gebieten mit vorhandenem ultraschnellem Netz bereits vor 2025 ein geförderter Ausbau auf Gigabit erfolgen.

Allerdings müssen auch in diesem Fall bis zum 31.12.2025 zur Herstellung von Kohärenz zumindest die Interventionsschwellen gelten, die in der Entscheidung zur deutschen Gigabitförderung bis zum

31.12.2025 definiert worden sind, d.h. weniger als 500 Mbit/s Download-Geschwindigkeit und weniger als 200 Mbit/s Upload-Geschwindigkeit als Interventionsschwelle (SA.52732, Rn. 39).

Die vorgenannten Bedingungen und Schwellenwerte sollten in Rn. 52 des Leitlinien-Entwurfs für den Zeitraum bis zum 31.12.2025 ergänzt werden.

Erst nach dem Jahr 2025 kann ein Marktversagen – wie bisher in Rn. 52 des Leitlinien-Entwurfs vorgesehen – grundsätzlich in allen Gebieten bejaht werden, wo die Download-Geschwindigkeit weniger als 1 Gbit/s oder die Upload-Geschwindigkeit weniger als 200 MBit/s beträgt.

Mit diesem zweistufigen Ansatz würde sichergestellt, dass die Förderung zunächst in die am stärksten unterversorgten Gebiete fließt, ohne dass private Investitionen verdrängt würden, und dass den Haushalten rechtzeitig die benötigte Anbindung zur Verfügung gestellt wird. Darüber hinaus trüge der zweistufige Ausbau der Gigabit-Infrastruktur auch dem Umstand Rechnung, dass die Baukapazitäten begrenzt sind, und verringerte so das Risiko möglicher Baupreiserhöhungen, durch die eigentlich rentable private Investitionen in Gigabit-Netze beeinträchtigt werden könnten, vgl. in diesem Sinne auch die Pressemitteilung der Kommission zur deutschen Gigabit-Förderung vom 13.11.2020, IP/20/2132.

2. Gebietszuordnung und Schutz vorhandener, ultraschneller Netze

a) Graue und schwarze Flecken

Die Unterscheidung in weiße, graue oder schwarze Flecken, ist gem. Rn. 54 ff. davon abhängig, ob und wie viele ultraschnelle Netze mit mehr als 100 Mbit/s Download-Geschwindigkeit im Zielgebiet vorhanden sind. Mit dem Abstellen auf ultraschnelle Netze wird für die Gebietseinordnung in Rn. 54 ff. des Leitlinien-Entwurfs an einen niedrigeren Geschwindigkeitswert angeknüpft, als für die grundsätzliche Zulässigkeit einer Intervention maßgeblich ist.

In diesem Zusammenhang ist – unabhängig von unserer obenstehenden Kritik an den derzeit vorgeschlagenen Interventionsschwellen – Folgendes zu kritisieren: Die Einordnung eines Zielgebiets anhand des Vorhandenseins ultraschneller Netze legt zwar nahe, dass dem gebotenen Investitionsschutz genüge getan wird und ultraschnelle Netze durch die Flecken-Zuordnung einen gewissen Bestands- und Investitionsschutz erfahren. Das ist aber in der aktuell vorgeschlagenen Fassung der novellierten Leitlinien tatsächlich nicht hinreichend der Fall:

- Für graue Flecken enthalten die vorgeschlagenen novellierten Leitlinien keinerlei konkrete Vorgaben zum Schutz privater Investitionen, die ggf. erst kürzlich in das dort vorhandene ultraschnelle Netz geflossen sind, das lediglich die o.g. Interventionsschwellen nicht erreicht.
- Für schwarzen Flecken mit mindestens zwei unabhängigen ultraschnellen Netzen, die lediglich die o.g. Interventionsschwellen nicht erreichen, ist derzeit als zusätzliche Anforderung in Rn. 61 nur vorgesehen, dass ein Marktversagen ausgeschlossen ist, wenn mindestens zwei Netze durch den Austausch aktiver Komponenten auf 1 Gbit/s aufrüstbar sind. Davon abgesehen fehlen aber auch für schwarze Flecken konkrete Vorgaben zum Schutz vorhandener Netze gegen unangemessene Überbauung.

In Rn. 10 des Leitlinien-Entwurfs der Kommission wird zutreffend formuliert, dass bei staatlichen Eingriffen die Gefahr einer Verdrängung privater Investitionen, einer Beeinträchtigung kommerzieller Investitionsanreize und damit letztlich die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufen, so weit wie möglich begrenzt werden sollten. Gemäß Rn. 165 des Leitlinien-Entwurfs bewertet die Kommission die Bedeutung der Verzerrung des Wettbewerbs und der Auswirkungen auf den Handel mit Blick auf die Folgen für die Wettbewerber. Wenn Wettbewerber sehen,

dass die Rentabilität ihrer früheren Investitionen aufgrund der Beihilfe sinkt, können sie beschließen, ihre eigenen künftigen Investitionen zu verringern, sich ganz aus dem Markt zurückzuziehen oder nicht in einen neuen Markt oder ein neues geografisches Gebiet einzusteigen.

In Umsetzung desselben Grundgedankens enthält Rn. 97 des vorliegenden Leitlinien-Entwurfs den richtigen und begrüßenswerten Hinweis, dass staatliche Maßnahmen in begründeten Fällen einer Schonfrist für private Investitionen von grundsätzlich bis zu sieben Jahren unterliegen können. Diese Vorgabe steht in der Tradition der bisherigen Fallpraxis der Kommission und der Breitband-Leitlinien 2013, insb. Rn. 84 mit der dortigen Fn. 133. Allerdings fehlt im vorliegenden Leitlinien-Entwurf jegliche Konkretisierung, wann ein begründeter Fall vorliegt, der eine siebenjährige Schonfrist zur Amortisation der privaten Investition erfordert.

Richtigerweise sollte in Rn. 97 des Leitlinien-Entwurfs mit Blick auf graue und schwarze Flecken präzisiert werden, dass ein begründeter Fall, der eine siebenjährige Schonfrist für private Investitionen erfordert, grundsätzlich bei jeder privaten Investition vorliegt, durch die bis 2025 ein ultraschnelles Netz oder bis 2030 ein Gigabit-/VHC-Netz aufgebaut worden ist.

Denn damit hat sich die private Investition im Rahmen der von der Kommission kommunizierten Ausbauziele bewegt und ist daher unbedingt schützenswert, um sicherzustellen, dass private Investoren auf die Mitteilungen der Kommission vertrauen können und sich auch zukünftig am Breitbandausbau beteiligen.

Selbst wenn die Kommission jedoch einen eingeschränkteren Schutz privater Investitionen befürworten sollte, erscheint es dennoch unabdinglich, in Rn. 97 die Voraussetzungen zu präzisieren, die das Erfordernis einer Schutzfrist für private Investitionen mit sich bringen. Ansonsten würden die Leitlinien diesbezüglich keinerlei Mehrwert an Rechtssicherheit schaffen und wären für die Anwender insofern nicht handhabbar.

b) Mischgebiete

Für Mischgebiete (weiß und grau) bestehen gem. Rn. 59 des vorliegenden Leitlinien-Entwurfs bestimmte Vorgaben, bei deren Einhaltung das Gebiet insgesamt als weißes Gebiet gelten soll. Dies muss wohl so verstanden werden, dass bei Einhaltung der in Rn. 59 formulierten Anforderungen auch ein vorhandenes oder im relevanten Zeithorizont geplantes Gigabit-Netz überbaut werden darf, das oberhalb der für graue Gebiete in Rn. 57 definierten Interventionsschwelle liegt.

Zwar mag es unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein, dass durch die Definition eines zusammenhängenden Zielgebiets eine Vermischung von Gebieten, in denen sich private Breitbandinvestitionen nicht lohnen, mit solchen Gebieten erfolgt, die eigentlich eigenwirtschaftlich ausbaubar wären. Dies kann den öffentlichen Zuschussbedarf senken.

Eine solches Mischgebiet darf jedoch allenfalls für noch nicht erschlossene Bereiche ausgewiesen werden, in denen durch die öffentliche Förderung somit unter den Voraussetzungen von Rn. 59 ein im relevanten Zeithorizont geplanter eigenwirtschaftlicher Ausbau in Teilgebieten verdrängt werden darf.

In Abschnitt 5.2.2.4.2 des Leitlinien-Entwurfs ist entsprechend klarzustellen, dass im Rahmen der Konsultation festgestellte glaubwürdige Investitionspläne für Teile des Zielgebiets – nur und gerade dann – zu einer Anpassung des Zielgebiets durch die beihilfegewährende Behörde führen müssen, soweit die in Rn. 59 geregelten Grenzen überschritten werden.

Keinesfalls darf ein Zielgebiet jedoch auf Bereiche ausgedehnt werden, in denen sich gemäß Kartierung bereits ein bestehendes Gigabit-Netz befindet, das oberhalb der für graue Gebiete in Rn. 57 definierten

Interventionsschwelle liegt. Denn dies ginge entscheidend darüber hinaus, einen zukünftigen privaten Ausbau zu verdrängen. Vielmehr würden in diesem Fall bereits erfolgte private Investitionen nachträglich entwertet. Wenn privates Kapital zur Verwirklichung der Gigabit-Gesellschaft mobilisiert werden soll, müssen sich private Investoren jedoch darauf verlassen können, dass sich ihre Investitionen amortisieren können, die im Vertrauen auf die veröffentlichten Gigabit-Ziele der Union und der Mitgliedstaaten vorgenommen worden sind.

In Rn. 59 ist somit zu präzisieren, dass das Mischgebiet unter den dort genannten Voraussetzungen nur dann insgesamt als weiß eingestuft werden darf, wenn sich die Überlagerung in einem Teilgebiet auf einen innerhalb des relevanten Zeithorizonts geplanten eigenwirtschaftlichen Ausbau bezieht, nicht aber wenn in einem Teil des Zielgebiets bereits ein bestehendes Netz existiert, das den Anforderungen von Rn. 57 entspricht und damit zugleich den aktuellen Zielen der Digitalpolitik bis 2030 bereits genügt.

Dies würde dann auch der Herangehensweise der Kommission zur Bündelung wirtschaftlicher und unwirtschaftlicher Dienste in anderen Sektoren entsprechen, wo diese Frage teilweise ausdrücklich geregelt ist, vgl. z.B. Art. 2a Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

3. Wesentliche Verbesserung

Voraussetzung für die Geeignetheit einer Breitband-Beihilfemaßnahme ist gem. Rn. 96 des Leitlinien-Entwurfs, dass die Beihilfe eine wesentliche Verbesserung im Vergleich zu bestehenden Netzen bewirkt. Eine wesentliche Verbesserung kann demnach nachgewiesen werden, wenn infolge der staatlichen Maßnahme der Aufbau des neuen Fest- oder Mobilfunknetzes eine erhebliche neue Investition in Breitbandnetze darstellt und das staatlich geförderte Netz dem Markt erhebliche neue Möglichkeiten in Bezug auf die Verfügbarkeit, die Kapazitäten, die Geschwindigkeiten und den Wettbewerb der Breitbanddienste bietet.

Die Voraussetzung der wesentlichen Verbesserung ist in der Fallpraxis der Kommission etabliert und aus den Breitband-Leitlinien 2013 bekannt, wo sie noch im Rahmen des Ermessens verortet war. Die neue Zuordnung zum Prüfpunkt der Geeignetheit erscheint jedoch (ebenfalls) sachgerecht.

In rechtstechnischer Hinsicht misslich ist, dass die Definitionen einer wesentlichen Verbesserung in Rn. 19 und Rn. 96 des vorliegenden Leitlinien-Entwurfs im Wortlaut voneinander abweichen. Die Formulierung in Rn. 19 sollte an die Formulierung in Rn. 96 angepasst werden.

Noch wichtiger aber ist ein inhaltlicher Punkt: Die abstrakte Anforderung einer wesentlichen Verbesserung wird im Leitlinien-Entwurf für weiße, graue und schwarze Flecken konkretisiert. Das ist an sich zu begrüßen, die Anforderungen, die dabei im Einzelnen gestellt werden, passen jedoch nicht zu den veröffentlichten politischen Zielen der EU und fügen sich systematisch nicht in die übrigen Regelungen der Leitlinien, insb. zum Marktversagen, ein. Dadurch entstehen erhebliche Wertungswidersprüche, dazu näher im Folgenden.

a) Weißer Flecken

In weißen Flecken, in denen noch kein ultraschnelles Netz mit mindestens 100 Mbit/s Downloadrate existiert, soll gem. Rn. 99 des Leitlinien-Entwurfs für die wesentliche Verbesserung gelten:

- Wenn kein oder nur ein Basisnetz vorhanden ist, muss durch die öffentliche Förderung die Download-Geschwindigkeit mindestens verdoppelt und eine Download-Geschwindigkeit von mindestens 30 Mbit/s erreicht werden; es ist also mindestens ein NGA-Netz aufzubauen.

- Wenn bereits mindestens ein NGA-Netz (≥ 30 Mbit/s) vorhanden ist, muss durch die öffentliche Förderung die Download-Geschwindigkeit mindestens verdreifacht und mindestens ein ultraschnelles Netz (≥ 100 Mbit/s) aufgebaut werden (bloßes Vectoring genügt dabei gem. Fn. 71 des Leitlinien-Entwurfs nicht).

In diesem Zusammenhang wird in Rn. 99 des Leitlinien-Entwurfs richtigerweise auf das strategische Ziel der Union verwiesen, bis 2025 für alle Haushalte ein ultraschnelles Netz bereitzustellen, das auf Gigabit aufgerüstet werden kann.

Vor diesem Hintergrund erscheint die vorgenannte Differenzierung der Zielgeschwindigkeiten in Rn. 99 des Leitlinien-Entwurfs jedoch nicht vollständig sachgerecht. Zwar liegt eine Abstufung des notwendigen Ausbaus je nach vorhandenem Netz grundsätzlich in der Logik der „wesentlichen Verbesserung“. Jedoch muss zum gegenwärtigen Stand der Technologie und der Nutzerbedürfnisse der geförderte Ausbau auf ein bloßes NGA-Netz ausscheiden.

Um eine Kohärenz mit den politischen Zielen der EU herzustellen, sollte bei einem geförderten Ausbau in weißen Flecken bis 2025 durchweg mindestens ein ultraschnelles Netz gefordert werden, das auf Gigabit aufgerüstet werden kann. Nach 2025 kann auch in weißen Flecken von einer wesentlichen Verbesserung für die Nutzer nur noch gesprochen werden, wenn durch die öffentliche Förderung mindestens ein Gigabit-/VHC-Netz aufgebaut wird. Rn. 99 des Leitlinien-Entwurfs sollte entsprechend angepasst werden.

b) Graue Flecken

In grauen Flecken mit einem ultraschnellen Netz muss sich gem. Rn. 102 des Leitlinien-Entwurfs die Download-Geschwindigkeit für eine wesentliche Verbesserung mindestens verdreifachen.

Die geforderte Verdreifachung gegenüber dem bestehenden Netz ist als solche zwar nicht zu beanstanden. Allerdings ist zu beachten, dass das in einem grauen Fleck bestehende ultraschnelle Netz gem. Rn. 57 des Leitlinien-Entwurfs selbst erst gegen Überbau geschützt ist, wenn es mindestens 1 Gbit/s Downloadgeschwindigkeit bietet. Die geforderte Verdreifachung durch das geförderte Netz bedeutet bei vorhandenem Netz mit mindestens 100 Mbit/s, dass das geförderte Netz mit mindestens 300 Mbit/s noch unterhalb der Schwelle liegen könnte, bis zu der gem. Rn. 57 ein Marktversagen in dem grauen Fleck gegeben ist. In diesem Fall würde das geförderte Netz die Einstufung des Gebiets als grauer Fleck nicht ändern und das Marktversagen nicht kategorial beseitigen.

Unseres Erachtens ist für die Geeignetheit der Förderung im Sinne einer wesentlichen Verbesserung notwendig, dass das geförderte Netz in einem grauen Fleck mindestens die Geschwindigkeit erreicht, die das dort bereits vorhandene Netz bieten müsste, um gegen den geförderten Überbau geschützt zu sein. Gem. Rn. 57 des Leitlinien-Entwurfs liegt diese Interventionsschwelle derzeit bei 1 Gbit/s Download-Geschwindigkeit. Wir haben oben für eine zeitlich gestaffelte Steigerung der Interventionsschwelle plädiert. Dies würde dann auch für die Zielgeschwindigkeit des geförderten Ausbaus gelten. In jedem Fall stellt unseres Erachtens die Interventionsschwelle in einem grauen Fleck zugleich die Untergrenze für die Geschwindigkeit dar, die ein dort gefördertes Netz mindestens erreichen muss. Rn. 102 des Leitlinien-Entwurfs sollte entsprechend angepasst werden.

Dies würde im Übrigen auch mit dem Grundgedanken übereinstimmen, der in Rn. 29 des Leitlinien-Entwurfs und der dortigen Fn. 31 zu einer DAWI im Breitbandsektor enthalten ist. Nach den dortigen Regelungen beseitigt die staatliche Ausgleichsleistung nur dann ein Marktversagen, wenn es bisher kein Netz derselben Kategorie in dem Gebiet gibt. Mit anderen Worten muss das geförderte Netz eine

Kategorie höher einzustufen sein als ein eventuell vorhandenes Netz. Wenn wie hier in einem grauen Fleck ein ultraschnelles Netz vorhanden ist, muss das geförderte Netz demnach ein VHC-Netz sein.

Diese Logik sollte auch im Rahmen des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV entsprechend gelten, so dass das geförderte Netz in einem grauen Fleck mindestens die Interventionsschwelle erreichen muss, unterhalb derer in dem Gebiet sonst weiterhin das kategorisch gleiche Marktversagen vorläge.

c) Schwarze Flecken

In schwarzen Flecken mit mindestens zwei ultraschnellen Netzen (≥ 100 Mbit/s) muss sich für eine wesentliche Verbesserung die Download-Geschwindigkeit mindestens verdreifachen und mindestens 1 Gbit/s erreicht werden.

Wenn bei grauen Flecken als wesentliche Verbesserung – wie von uns oben dargestellt – richtigerweise mindestens das Erreichen der Interventionsschwelle durch das geförderte Netz verlangt würde, bestünde insoweit ggf. kein Unterschied mehr zwischen der geforderten Mindestgeschwindigkeit in grauen und schwarzen Flecken.

Das erscheint aber auch sachgerecht und konsequent, denn die wesentliche Verbesserung bemisst sich am Vorhandenen und die Eigenschaft als grauer oder schwarzer Fleck bedeutet keinen Unterschied in Bezug auf die vorhandene Geschwindigkeit. In schwarzen Flecken besteht lediglich mehr Wettbewerb als in grauen Flecken, weshalb nach Rn. 61 des Leitlinien-Entwurfs dort etwas höhere Anforderungen an das Marktversagen gestellt werden.

Daher erscheint es nur konsequent, in grauen und schwarzen Flecken für eine wesentliche Verbesserung dieselbe Mindestgeschwindigkeit des geförderten Netzes zu fordern und hinsichtlich der Mindest-Zielgeschwindigkeit eines geförderten Ausbaus keinen Unterschied zwischen grauen und schwarzen Flecken zu machen.

II. Kartierung und Konsultation

Um die weißen, grauen und schwarzen Flecken innerhalb eines Zuständigkeitsgebiets zu ermitteln, müssen die zuständigen Behörden gem. Rn. 73 des Leitlinien-Entwurfs anhand einer Kartierung und einer öffentlichen Konsultation bestimmen, ob und welche Netze in dem Gebiet vorhanden sind oder deren Aufbau innerhalb des relevanten Zeithorizonts glaubwürdig geplant ist.

Dieses Verfahren als solches ist bewährt und zur Feststellung eines Marktversagens und der Anforderungen an die wesentliche Verbesserung notwendig. Allerdings stellen die im Leitlinien-Entwurf und dessen Anhängen dargestellten Anforderungen teilweise unverhältnismäßige bürokratische Anforderungen an die betroffenen Unternehmen und Interessenträger, was einen zügigen privaten und öffentlich geförderten Breitbandausbau unnötig erschwert und letztlich bremst, dazu nachfolgend im Einzelnen.

1. Vorgaben zur Kartierung

a) Kartierung anhand vorhandener Daten und vorgeschaltete Potenzialanalyse

Für die Kartierung wird in Rn. 74 des Leitlinien-Entwurfs auf die Vorgaben des Anhangs I verwiesen, wobei sich allgemeine Vorgaben in dessen Abschnitt 2 und spezifische Vorgaben für feste Zugangsnetze in Abschnitt 3 befinden. Die dortigen Vorgaben stellen im Wesentlichen darauf ab, welche Informationen die Interessenträger den zuständigen Behörden über ihre Netze bereitzustellen haben.

Mit diesen Vorgaben wird unseres Erachtens der Schritt der Kartierung mit der Konsultation vermischt. Richtigerweise sollten die zuständigen Behörden die Kartierung zuvorderst anhand bereits vorhandener Daten vornehmen, um die Zielgebiete der öffentlichen Förderung zu definieren und die Interessenträger dann spezifisch zu diesen Zielgebieten zu konsultieren.

Für die Kartierung primär auf die Bereitstellung von Informationen durch die Interessenträger abzustellen, ignoriert, dass die Interessenträger den zuständigen Behörden aufgrund der regulatorischen Vorgaben, insb. Art. 22 RL (EU) 2018/1972 („Kodex“), sowie im Rahmen von Planungs- und Genehmigungsverfahren bereits eine Vielzahl von Daten über ihre Netze geliefert haben. Diese sollten von den zuständigen Behörden für die Kartierung genutzt und anschließend für die ausgewählten Zielgebiete im Rahmen der Konsultation mit den Interessenträgern validiert werden. Anhang I des Leitlinien-Entwurfs sollte entsprechend angepasst werden.

In Abschnitt 5.2.2.4.1 des Leitlinien-Entwurfs sollte darüber hinaus die Empfehlung an die zuständigen Behörden ergänzt werden, der Kartierung auf Adressenebene gem. Anhang I zunächst eine Potentialanalyse vorzuschalten, in der die Breitbandversorgung auf einer höher aggregierten Ebene dargestellt und potenzielle Zielgebiete oberhalb der Adressenebene verbindlich dargestellt werden.

Durch ein solches Vorgehen – zunächst Potentialanalyse, dann Kartierung zuvorderst aufgrund vorhandener Daten und erst danach Konsultation der Interessenträger zu den ausgewählten Zielgebieten – ist ein Absichten möglich und die Interessenträger müssen nur solche Daten liefern, die wirklich benötigt werden. Anhang I des Leitlinien-Entwurfs in seiner derzeitigen Fassung droht demgegenüber zu bewirken, dass die zuständigen Behörden bei den Interessenträgern unnötig und flächendeckend Detailinformationen auf Adressenebene abfragen. Damit würden den Interessenträgern erhebliche und vermeidbare bürokratische Lasten auferlegt, die dortige Ressourcen binden und damit nicht zur Beschleunigung des privaten und öffentlich geförderten Breitbandausbaus zur Verfügung stehen.

b) Erschlossene Gebäude (Premises Passed)

Nach Anhang I Abschnitt 2 muss die Kartierung für Fest- und FWA-Netze auf Adressenebene erfolgen, und zwar auf der Grundlage der „erschlossenen Gebäude“ (Rn. 9). Als „erschlossen“ werden dabei Gebäude definiert, die innerhalb kurzer Zeit gegen Entrichtung der normalen Aktivierungsgebühr für den Endnutzer angeschlossen werden können, und bei denen sich der Interessenträger auf Antrag eines Endnutzers verpflichtet, die Gebäude anzuschließen und den Dienst innerhalb von vier Wochen gegen die normale Aktivierungsgebühr zu aktivieren. Zusätzliche oder außergewöhnliche Kosten dürfen nach dem Entwurf nicht entstehen, insbesondere darf die durchschnittliche Aktivierungsgebühr in dem betreffenden Mitgliedstaat nicht überschritten werden.

Zunächst ist anzumerken, dass die Übersetzung in der deutschen Fassung des Leitlinien-Entwurfs mit „erschlossene Gebäude“ irreführend ist; „premises passed“ ist aus unserer Sicht gleichbedeutend mit „anschließbare Gebäude“. Die Voraussetzungen für die Anschließbarkeit allerdings sind deutlich zu eng, entsprechen nicht der Praxis und würden dazu führen, dass selbst für bereits optimal ausgebaute Adressen ein Förderbedarf ausgewiesen würde, mit entsprechenden Folgen für die Verfahrenseffizienz, für die öffentlichen Mittel und für die getätigten Investitionen. Wie bereits der Begriff der englischen Entwurfsfassung „premises passed“ nahelegt, sollte maßgeblich sein, ob eine nutzbare Leitung am Gebäude vorbeiführt. Dies würde auch dem in der Praxis gebräuchlichen Begriff „homes passed“ im Gegensatz zu „homes connected“ entsprechen.

Zunächst kann die genannte Frist für eine Aktivierung (vier Wochen) etwa bei Ressourcenengpässen für Material oder Technikern ebenso wie bei überdurchschnittlichem Auftragseingang leicht überschritten werden. Im Zeitpunkt der Konsultation sind alle drei genannten Auslöser für verzögerte Aktivierungen in der Praxis in Deutschland zu beobachten: Router-Engpass durch Chipmangel, Engpässe

bei Tiefbauern und Handwerkern und Nachfrageboom. Die Frist für die Aktivierung sollte deshalb als Kriterium für die Bewertung einer Adresse als anschließbar entfallen. Äußerstenfalls wäre eine auf drei Monate erweiterte und als typischerweise, unter normalen Umständen geltende Frist tragbar.

Ebenso sollte das Kriterium einer „normalen Aktivierungsgebühr für den Dienst“ entfallen. Damit wäre ausgeschlossen, neben diesem Aktivierungsentgelt für den Dienst ein Entgelt für die Bereitstellung des Hausanschlusses zu erheben. Ein solches Entgelt aber ist marktüblich und, abgesehen von besonderen Umständen wie Vermarktungsaktionen, für die wirtschaftliche Realisierung des Netzausbaus unabdingbar. Für eine Bewertung von Vergütungsmodellen als „normal“ oder „gewöhnlich“ besteht zudem keine Rechtfertigung. Es wäre kontraproduktiv, Adressen in einem mit FTTH ausgebauten Gebiet als unerschlossen und damit förderfähig zu bewerten, nur weil der Netzanbieter ein differenziertes oder neuartiges Vergütungsmodell anwendet. So können unterschiedliche Vergütungen z.B. sinnvoll sein für unterschiedlich lange Wege auf dem Grundstück oder innerhalb eines Mehrparteienhauses; Unterschiede im Vergütungsmodell können sich auch zwischen Wholesale-only-Anbietern und Endkundenanbietern ergeben.

Ebenso sollte die Höhe des Entgelts der Marktdynamik überlassen werden. Netzausbaukosten können durch Topographie und Bebauungsdichte regional unterschiedlich sein. Eine faktische Bindung der Netzausbauer an einen kaum verlässlich ermittelbaren landesweiten Durchschnitt bei den einmaligen Entgelten ist weder erforderlich noch zumutbar, erst recht nicht in einer hochdynamischen Marktphase.

Als anschließbare Gebäude („*premises passed*“) sollten deshalb in Anhang I Abschnitt 2 Rn. 10 alle Gebäude erfasst werden, die an das Netz angeschlossen oder ohne wesentliche Tiefbauarbeiten tatsächlich technisch anschließbar sind. Dabei sollte konkretisiert werden, dass insbesondere solche Gebäude als erschließbar gelten, die an einer Straße liegen, in der das entsprechende Verteilnetz vorhanden ist. Die Lage der Leitung innerhalb der Straße muss unerheblich sein, da die Verlegung in der Praxis oftmals nicht auf beiden, sondern auf einer Straßenseite erfolgt und gegenüberliegende Häuser durch Querung oder Unterquerung der Straße erreicht werden können. Die Kriterien der Aktivierungsdauer und der normalen Aktivierungsgebühr für den Dienst sollten gestrichen werden.

2. Konsultation

Im Rahmen der öffentlichen Konsultation müssen interessierte Parteien aufgefordert werden, zu der Maßnahme Stellung zu nehmen und fundierte Informationen über ihre bestehenden oder glaubhaft innerhalb des relevanten Zeithorizonts geplanten Netze im Zielgebiet vorzulegen, vgl. Rn. 78 des Leitlinien-Entwurfs.

a) Relevanter Zeithorizont

Der relevante Zeithorizont bezeichnet gem. Rn. 19 des Leitlinien-Entwurfs einen Zeithorizont, der zur Überprüfung geplanter privater Investitionen herangezogen wird und der dem Zeitrahmen für den geplanten Ausbau des staatlich geförderten Netzes entspricht, beginnend mit der Veröffentlichung der öffentlichen Konsultation über das geplante staatliche Eingreifen bis zur Inbetriebnahme des Netzes. Der relevante Zeithorizont darf demnach nicht weniger als zwei Jahre betragen.

Diese Regelung des relevanten Zeithorizonts stellt eine Abweichung von den Breitband-Leitlinien 2013, Rn. 63 mit Fn. 79, dar, wo der relevante Zeithorizont mit drei Jahren fix geregelt war.

Die bisherige Festlegung des relevanten Zeithorizonts auf drei Jahre entsprach unseres Erachtens dem maximalen Zeithorizont, in dem private Ausbauvorhaben geplant werden können. Ein darüber hinausgehender Zeithorizont erscheint grundsätzlich nicht sinnvoll, da private Ausbauvorhaben mit einem solchen Vorlauf nicht verbindlich zugesagt werden können. Ein kürzerer Zeithorizont wäre hingegen wünschenswert, da die Unternehmen für den Zeitraum von ein bis zwei Jahren verlässlichere Planungsaussagen treffen können. Unbedingt zu vermeiden ist die mit der neuen Regelung verbundene Unsicherheit über den maximalen Zeithorizont.

Nach alledem plädiert EWE TEL in Bezug auf die Definition des relevanten Zeithorizonts für eine Eingrenzung auf ein bis maximal drei Jahre ab Veröffentlichung der öffentlichen Konsultation.

b) Vorgehensweisen in Bezug auf die Glaubwürdigkeit privater Investitionspläne

Abschnitte 5.2.2.4.3 und 5.2.2.4.4 des Leitlinien-Entwurfs enthalten eine Darstellung von Vorgehensweisen, die die Kommission den Mitgliedstaaten als bewährt für die Prüfung der Glaubhaftigkeit privater Investitionspläne sowie für die Überwachung von deren Umsetzung empfiehlt.

Während das Anliegen der Kommission nachvollziehbar ist, dass staatliche Maßnahmen nicht durch künftige Investitionspläne verhindert werden sollten, wenn diese letztlich nicht realisiert werden, ist zugleich der erhebliche administrative Aufwand zu berücksichtigen, der für die Interessenträger mit der Vorlage von umfangreichen Unterlagen verbunden ist, wie sie insbesondere in Rn. 87 des Leitlinien-Entwurfs aufgeführt werden.

Vor diesem Hintergrund ist unseres Erachtens unabdingbare Voraussetzung für die praktische Umsetzbarkeit der in Abschnitt 5.2.2.4.3 und 5.2.2.4.4 des Leitlinien-Entwurfs beschriebenen Vorgehensweisen, dass durch die zeitliche Staffelung der Interventionsschwellen (siehe oben) eine Steuerung der öffentlichen Förderung in die am wenigsten erschlossenen Gebiete vorgenommen wird, so dass die Ausweisung von Zielgebieten und eine entsprechende Prüfung der Glaubhaftigkeit privater Investitionspläne nicht flächendeckend im gesamten Mitgliedstaat stattfinden.

c) Private Netzausbauvorhaben

In Rn. 148 f. des Leitlinien-Entwurfs sind nunmehr Regelungen enthalten, unter welchen Voraussetzungen private Netzausbauvorhaben des im Zielgebiet geförderten Betreibers in angrenzende Gebiete zulässig sind.

Diese Regelungen sind insofern grundsätzlich zu begrüßen, als sie eine Klarstellung zu den Grenzen eines privaten Ausbaus staatlich geförderter Netze beinhalten, die bisher ungeregelt waren. Allerdings erscheint die prozedurale Ausgestaltung der vorgeschlagenen Regelungen nicht praktikabel.

Derzeit ist vorgesehen, dass interessierte Parteien während der Konsultation zum Zielgebiet dem Ausbau in angrenzende Gebiete widersprechen und darlegen müssen, dass ihre bestehenden Netze in den angrenzenden Gebieten die Voraussetzungen erfüllen, um dem geförderten Betreiber den privaten Ausbau in diese angrenzenden Gebiete vorübergehend zu untersagen.

Zum Zeitpunkt der Konsultation für das Zielgebiet können die interessierten Parteien jedoch allenfalls vermuten, in welche angrenzenden Gebiete außerhalb des Zielgebiets private Ausbaupläne bestehen könnten. Daher läuft der Vorschlag der Kommission darauf hinaus, dass die Betreiber von vorhandenen Netzen bei allen Konsultationen zu Zielgebieten in der weiteren Umgebung ihrer eigenen Netze proaktiv vorbringen müssten, dass der private Ausbau in ihr vorhandenes Netz (vorübergehend) untersagt werden soll. Dies würde einen hohen bürokratischen Aufwand darstellen, der sich im Nachhinein

möglicherweise als unnötig erweist, wenn der geförderte Betreiber letztlich gar keinen privaten Ausbau in das Gebiet des bestehenden Netzes plant.

Auf Grundlage dieser Überlegungen schlagen wir vor, dass dem geförderten Betreiber bei Gewährung der Beihilfe aufzuerlegen ist, dass er einen privaten Ausbau innerhalb der ersten zwei Jahre nach Inbetriebnahme des geförderten Netzes nur nach Maßgabe der folgenden Regeln durchführen darf:

- Der geförderte Betreiber hat seine Ausbaupläne unter Angabe des betroffenen Gebiets, das an das Zielgebiet des geförderten Netzes angrenzt, auf Adressenebene vorab für mindestens 30 Kalendertage in einem dafür einzurichtenden nationalen Register zu veröffentlichen.
- Erfolgt während dieser Konsultation ein Widerspruch interessierter Parteien, darf der geförderte Betreiber das private Ausbauvorhaben erst nach Zulassung durch die beihilfegewährende Behörde durchführen.
- Die beihilfegewährende Behörde entscheidet über die Zulassung des privaten Ausbaus nach Maßgabe der in Rn. 149 des Leitlinien-Entwurfs vorgesehenen Regeln.

Diese Regelungen sollten aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit nicht nur für den Betreiber des staatlich geförderten Netzes selbst, sondern genauso auch für Unternehmen gelten, die das staatlich geförderte Netz auf Vorleistungsebene nutzen, vgl. die Entscheidung zur bayerischen Gigabit-Pilotförderung (SA.48418, Rn. 29). Der Zugang auf Vorleistungsebene ist durch den staatlich geförderten Betreiber unter entsprechende Bedingungen zu stellen.

Durch diese prozeduralen Regelungen würde sichergestellt, dass die Betreiber bestehender Netze darüber informiert werden, in welche angrenzenden Gebiete zu staatlich geförderten Netzen ein privater Ausbau tatsächlich geplant ist. Die Betreiber bestehender Netze könnten die Vorlage von Nachweisen im Sinne von Rn. 149 des Leitlinien-Entwurfs daher auf diese Gebiete beschränken und müssten die Nachweise nicht ins Blaue hinein vorlegen, so dass unnötige Bürokratielasten vermieden würden.

In redaktioneller Hinsicht ist noch anzumerken, dass die Regelungen zu privaten Netzausbauvorhaben einen eigenen Unterabschnitt innerhalb des Abschnitts zur Verhältnismäßigkeit der Beihilfemaßnahme erhalten sollten. Im Abschnitt 5.2.4.4.2 zu den Bedingungen für den Zugang auf Vorleistungsebene würde ein unbefangener Leser diese Regelungen nicht vermuten, so dass die dortige Einordnung nicht zur Transparenz der Regelungen beiträgt.

III. Rückforderungsmechanismus

Beträgt der Beihilfebetrug für das Vorhaben mehr als 5 Mio. Euro, so müssen die Mitgliedstaaten gem. Rn. 156 des Leitlinien-Entwurfs zumindest für die Dauer des Vorhabens einen Rückforderungsmechanismus einführen und seine Regeln ex ante transparent und eindeutig festlegen (auch in den Unterlagen für das wettbewerbliche Auswahlverfahren).

1. De-minimis-Grenze

Die Notwendigkeit eines Rückforderungsmechanismus ist bei größeren Beihilfebeträgen grundsätzlich anzuerkennen. Allerdings lag die de-minimis-Grenze, unterhalb derer auf einen Rückforderungsmechanismus verzichtet werden konnte, in den Breitband-Leitlinien 2013, Rn. 78, lit. i), noch bei 10 Mio. Euro. Bereinigt um die allgemeine Inflation würde dies heute in etwa einem Betrag von 11,24 Mio. Euro entsprechen. Hinzu kommen noch die sektorspezifischen erheblichen Preissteigerungen aufgrund der angebotsverknappenden regionalen Kapazitätsgrenzen im Tiefbau sowie der internationalen Kostensteigerungen bei Baumaterialien. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Absenkung

der de-minimis-Grenze gegenüber den Breitband-Leitlinien 2013 um 50 % auf 5 Mio. Euro, wie in Rn. 156 des aktuellen Leitlinien-Entwurfs vorgesehen, nicht nachvollziehbar.

Es sollte nach alledem bei der bisherigen de-minimis-Grenze von 10 Mio. Euro bleiben, unterhalb derer von einem Rückforderungsmechanismus abgesehen werden kann. Dies sollte in Rn. 156 des Leitlinien-Entwurfs entsprechend korrigiert werden.

2. Bestimmung des angemessenen Gewinns und Anreizregelung

Gemäß Rn. 156 des Leitlinien-Entwurfs darf der Betreiber eines geförderten Breitbandnetzes einen angemessenen Gewinn erzielen. Darunter ist gem. Fn. 110 des Leitlinien-Entwurfs eine Kapitalrendite zu verstehen, die ein typisches Unternehmen unter Berücksichtigung des spezifischen Risikoniveaus des Breitbandsektors und der Art der erbrachten Dienste erzielen müsste. Die erforderliche Kapitalrendite wird demnach in der Regel durch die gewichteten durchschnittlichen Kapitalkosten (WACC) bestimmt.

Zusätzlich soll gem. Rn. 159 des Leitlinien-Entwurfs ein Anreizbetrag festgelegt werden, der höchstens 30 % des angemessenen Gewinns betragen darf. Innerhalb des Anreizbetrags darf der Betreiber des geförderten Netzes eine von ihm erwirtschaftete und über den angemessenen Gewinn hinausgehende Rendite behalten; bei einer darüber hinausgehenden Überrendite muss eine Aufteilung zwischen dem Betreiber und der beihilfegewährenden Behörde entsprechend der Beihilfeintensität der Maßnahme erfolgen.

Grundsätzlich erscheinen diese Regelungen nachvollziehbar. Insbesondere die Regelung zum Anreizbetrag ist zu begrüßen; sie erscheint pragmatisch und gut umsetzbar.

Jedoch sollten die Regelungen zur Bestimmung des angemessenen Gewinns präzisiert werden, damit sie in der Praxis besser handhabbar sind. Insbesondere erscheint es sinnvoll, die Bestimmungen des DAWI-Rahmens zum angemessenen Gewinn (ABl. 2012/C 8/03, Rn. 36-38) entsprechend und für den Breitbandsektor präzisiert in die Regelungen der Breitband-Leitlinien zur Förderung nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV zu übernehmen:

- So sollte eine an die spezifischen Risiken der Betreiber von festen Zugangsnetzen, Mobilfunknetzen und Backhaul-Netzen angepasste „Safe Harbour“-Rendite als Aufschlag auf den IBOR festgelegt werden (vgl. Rn. 36 und 38 des DAWI-Rahmens).
- Darüber hinaus sollte klargestellt werden, dass ein vorab bezifferter Festzuschuss, der in einem offenen, transparenten und diskriminierungsfreien wettbewerblichen Auswahlverfahren gem. Rn. 118 ff. des Leitlinien-Entwurfs ermittelt wird, stets den Anforderungen an einen angemessenen Gewinn genügt (vgl. Rn. 37 des DAWI-Rahmens).

Auf dieser Grundlage wäre es den zuständigen Behörden möglich, den Rückforderungsmechanismus einfach zu gestalten. Es könnte schlicht ein Aufschlag von höchstens 30 % auf die im Wettbewerb ermittelte Rendite bzw. auf die „Safe Harbour“-Rendite erfolgen und festgelegt werden, dass die beihilfegewährende Stelle von dem Betreiber des staatlich geförderten Netzes, wenn er eine noch darüber hinausgehende Rendite erzielt, den darüber hinausgehenden Betrag zu dem prozentualen Anteil, der der Beihilfeintensität der Maßnahme entspricht, zurückfordert.

3. Überrenditen und Unternehmensveräußerung

In Rn. 160 des Leitlinien-Entwurfs ist folgende Regelung enthalten: Wenn ein Unternehmen eigens für den Aufbau und/oder den Betrieb des staatlich geförderten Netzes gegründet wird und ein bestehender Anteilseigner dieses Unternehmens dann seine Anteile an dem Unternehmen innerhalb von sieben Jahren nach Fertigstellung des Netzes oder innerhalb von zehn Jahren nach Vergabe des Zuschlags ganz oder teilweise verkauft, muss der Mitgliedstaat den Betrag zurückfordern, um den der Verkaufserlös den Preis übersteigt, zu dem der derzeitige Anteilseigner einen angemessenen Gewinn erzielen würde.

Es erschließt sich jedoch nicht, wieso diese zusätzliche Abschöpfung auf Investorenebene notwendig ist, wenn bereits auf Ebene des Betreibers selbst, wie in den vorstehenden Rn. 156 ff. des Leitlinien-Entwurfs beschrieben, etwaige unzulässige Überrenditen vollständig abgeschöpft werden.

Aus diesem Grund sollte Randnummer 160 des Leitlinien-Entwurfs gestrichen werden.

IV. Weitere inhaltliche Anmerkungen

1. Haupttext des Leitlinien-Entwurfs

Nachfolgend stellen wir weitere inhaltliche Anmerkungen zum Haupttext des Leitlinien-Entwurfs in chronologischer Reihenfolge dar.

a) Abschnitt 3 (DAWI)

Gemäß den Ausführungen in Rn. 29 lit. c) des Leitlinien-Entwurfs darf der Betreiber eines als DAWI geförderten Breitbandnetzes selbst ausschließlich Vorleistungsdienste anbieten. In Rn. 30 werden zudem Anforderungen an vertikal integrierte Breitbandbetreiber formuliert.

Es sollte in Rn. 29 klargestellt werden, dass Unternehmen, die mit dem Betreiber eines als DAWI geförderten Netzes lediglich konzernrechtlich verbunden sind (verbundene Unternehmen), eigene Endkundendienste anbieten dürfen, wenn die Anforderungen aus Rn. 30 an vertikal integrierte Betreiber eingehalten werden.

b) Abschnitt 5.1.1 (Ermittlung des geförderten Wirtschaftszweigs)

Der Leitlinien-Entwurf fordert in Rn. 36 f., den durch eine Beihilfemaßnahme nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV geförderten Wirtschaftszweig zu ermitteln und zu benennen. Diese Anforderung ist gegenüber den Breitband-Leitlinien 2013 neu, entspricht aber dem Wortlaut von Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV.

Es sollte in Rn. 36 f. des Leitlinien-Entwurfs jedoch klargestellt werden, dass es an dieser Stelle nur um die unmittelbar geförderten Wirtschaftstätigkeiten, d.h. konkret die kommerzielle Bereitstellung von Breitbanddiensten im Zielgebiet, geht. Darauf bezieht sich dann richtigerweise auch die anschließende Prüfung des Anreizeffekts in Rn. 38 ff.

Mittelbare, positive Effekte der Förderung auf andere Unternehmen und Branchen sowie auf die Wirtschaftsentwicklung allgemein werden nach unserem Verständnis in Abschnitt 5.2.1, Rn. 43 f., geprüft.

c) Abschnitt 5.1.2 (Anreizeffekt)

Gemäß Rn. 41 des Leitlinien-Entwurfs muss zum Nachweis des notwendigen Anreizeffekts der Beihilfe anhand einer Kartierung und öffentlichen Konsultation überprüft werden, ob Interessenträger innerhalb des relevanten Zeitraums in den Zielgebieten investiert haben oder zu investieren beabsichtigen. Unseres Erachtens vermischt dies die Prüfung des Anreizeffekts mit der Prüfung des Marktversagens.

Richtigerweise kann es im Rahmen des Anreizeffekts nur darauf ankommen, ob gerade der ausgewählte Betreiber die Investition auch ohne die Beihilfe vornehmen würde. Die Einleitungssätze von Rn. 41 sollten entsprechend angepasst werden, um diesen Prüfpunkt klarer von der Prüfung des Marktversagens abzugrenzen.

Nur ein solches Verständnis entspricht auch der Definition des Anreizeffekts in Rn. 39 f. In diesem Sinne liegt ein Anreizeffekt insbesondere dann nicht vor, wenn der Beihilfenempfänger die Investition (oder eine Verpflichtung dazu) bereits vor Erhalt der Beihilfe eingegangen ist.

d) Abschnitt 5.2.4.3 (Nutzung bestehender Infrastruktur)

Laut Rn. 132, lit. c), des Leitlinien-Entwurfs muss sich jeder Betreiber, der Eigentümer einer Infrastruktur im Zielgebiet ist oder diese kontrolliert und sich an der Ausschreibung beteiligen möchte, verpflichten, die Infrastruktur anderen Betreibern zur Nutzung in ihren Geboten zur Verfügung zu stellen.

Auch an dieser Stelle sollte eine Integration regulatorischer Vorgaben erfolgen, so dass unnötige Bürokratie vermieden wird und ein Betreiber, der dieser Pflicht ohnehin aus regulatorischen Gründen unterliegt, sich nicht nochmals denselben Pflichten gegenüber der beihilfegewährenden Stelle unterwerfen muss.

e) Abschnitt 5.2.4.4.2 (Bedingungen für den Zugang auf Vorleistungsebene)

Gemäß Rn. 146 des Leitlinien-Entwurfs müssen für das gesamte staatlich geförderte Netz dieselben Zugangsbedingungen gelten, auch für die Teile des Netzes, in denen bestehende Infrastruktur genutzt wurde.

Auch wenn diese Formulierung wörtlich aus den Breitband-Leitlinien 2013 übernommen wurde, ist sie unseres Erachtens aufgrund des geänderten Kontextes und der erweiterten Bestimmungen zur Nutzung bestehender Infrastruktur zwischenzeitlich missverständlich geworden. Soweit das geförderte Netz bestehende passive Infrastruktur nutzt, ist die bestehende Infrastruktur als solche nicht von der Beihilfemaßnahme erfasst, so dass aus der Beihilfe insoweit auch kein Anspruch auf Zugang abgeleitet werden kann. In diesem Sinne verstehen wir auch Rn. 144 des Leitlinien-Entwurfs. Erst recht kann aus der Beihilfemaßnahme ein Anspruch auf Zugang nicht für solche passive Infrastruktur abgeleitet werden, die der Beihilfeempfänger gem. Rn. 132 lediglich von Dritten nutzt.

Dementsprechend sollte in Rn. 146 des Leitlinien-Entwurfs klargestellt werden, dass der Anspruch auf Zugang zu passiver Infrastruktur auf neue Infrastruktur beschränkt ist. Schließlich ist auch an dieser Stelle nochmals darauf hinzuweisen, dass die Breitband-Leitlinien stärker mit den regulatorischen Pflichten, insb. des Kodex, verknüpft werden sollten, um Doppelregelungen zu vermeiden.

f) Abschnitt 6.2.2 (Konnektivitätsgutscheine)

aa) Laut Rn. 197 des Leitlinien-Entwurfs dürfen Konnektivitätsgutscheine den Endnutzern nur in Gebieten zur Verfügung gestellt werden, in denen mindestens ein bestehendes Netz in der Lage ist, die förderfähigen Dienste bereitzustellen, was durch Kartierung und eine öffentliche Konsultation überprüft werden muss.

Diese Regelung soll offenbar dazu dienen, die Vereinbarkeitsprüfung in Bezug auf Beihilfemaßnahmen, die Anreize zur Breitbandnutzung setzen, von Beihilfemaßnahmen zum Breitband-Ausbau abzugrenzen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die vorgesehene Regelung einer gebietsbezogenen Kartierung und Konsultation der vorhandenen Netze für eine nachfrageseitige Maßnahme sachgerecht und erforderlich ist. Denn diese Anforderungen machen eine sehr kleinteilige Betrachtung notwendig und dürften eine nationale Gutscheinregelung faktisch ausschließen.

Der Zweck, unzulässige Überrenditen von geförderten Breitbandbetreibern durch zusätzliche nachfrageseitige Maßnahmen zu verhindern, wird zudem schon durch die Begrenzung des angemessenen Gewinns für geförderte Betreiber sichergestellt. Denn danach fordert die beihilfegewährende Behörde eine unzulässige Überrendite des Betreibers, die sich zum Beispiel aus einer durch staatliche Maßnahmen induzierten, hohen Nachfrage ergeben kann, entsprechend der Beihilfeintensität der Maßnahme zurück.

Wir schlagen vor diesem Hintergrund vor, die Vorgaben einer gebietsbezogenen Kartierung und Konsultation für Konnektivitätsgutscheine in Rn. 197 des Leitlinien-Entwurfs zu streichen.

bb) In Rn. 199 des Leitlinien-Entwurfs heißt es: Wenn ein Betreiber vertikal integriert ist und einen Endkundenmarktanteil von mehr als 25 % innehat, muss dieser Anbieter, um in die Gutscheinregelung aufgenommen werden zu können, mindestens ein Vorleistungszugangsprodukt zu bestimmten Konditionen anbieten.

Es sollte in Rn. 199 des Leitlinien-Entwurfs präzisiert werden, ob ein Betreiber nur unter diese Regelung fällt, wenn er im gesamten Zielgebiet der Gutscheinmaßnahme flächendeckend mindestens einen Endkundenmarktanteil von 25 % innehat. Falls die Regelung nicht in diesem Sinne gemeint ist, sollte klargestellt werden, ob es auf den über das Zielgebiet gemittelten Marktanteil oder eine andere Berechnungsmethode ankommt. Auch an dieser Stelle sollte außerdem eine stärkere Verknüpfung mit ohnehin bestehenden regulatorischen Vorgaben erfolgen, um Doppelregelungen zu vermeiden.

2. Anhang II – Staatliche Maßnahmen außerhalb von Art. 107 Abs. 1 AEUV

a) Randnutzung von Behördennetzen

In Rn. 2 f. von Anhang II erläutert die Kommission, dass die Finanzierung eines internen Behördennetzes keine wirtschaftliche Tätigkeit darstelle und somit nicht in den Anwendungsbereich des Beihilfenrechts falle. Wenn das Behördennetz (z. B. seine überschüssige Kapazität) jedoch kommerziellen Betreibern zur Verfügung gestellt wird, so könne die öffentliche Finanzierung dieser Infrastruktur doch eine staatliche Beihilfe darstellen.

Unseres Erachtens kann diese sehr strenge Vorgabe dazu führen, dass vorhandene Restkapazitäten aus Sorge vor einem beihilfenrechtlichen Verstoß nicht genutzt werden. Aus der Mitteilung zum Beihilfenbegriff (2016/C 262/01), Rn. 207, geht aus unserer Sicht jedoch hervor, dass die bloße Randnutzung von ohnehin vorhandener staatlicher Infrastruktur durch Dritte, die Finanzierung des Baus dieser Infrastruktur nicht zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit macht. Die Grenze verläuft demnach dort, wo für die Nutzung durch Dritte zusätzliche Investitionen erfolgen.

In Rn. 2 f. von Anhang II des Leitlinien-Entwurfs sollte dementsprechend klargestellt werden, dass eine Randnutzung von Restkapazitäten eines ohnehin vorhandenen Behörden-Breitbandnetzes durch Dritte, nicht dazu führt, dass die Finanzierung des Behördennetzes in den Anwendungsbereich des Beihilfenrechts fällt.

b) WLAN-Hotspots in öffentlichen Einrichtungen

Gemäß Rn. 22 von Anhang II des Leitlinien-Entwurfs sowie der dortigen Fn. 55 soll die Finanzierung von kostenlosen WLAN-Hotspots in öffentlichen Einrichtungen nur dann als nichtwirtschaftliche Tätigkeiten anzusehen sein, wenn darüber ausschließlich Internetseiten der öffentlichen Verwaltung aufgerufen werden können (Fn. 55).

Dies schränkt nach unserer Auffassung die Bereitstellung von W-LAN in öffentlichen Einrichtungen in unverhältnismäßiger Weise ein. Zunächst erscheint es nicht sachgerecht, den Netzverkehr von in das WLAN eingewählten Geräten inhaltlich zu kontrollieren und auf den Aufruf bestimmter Seiten zu beschränken. Darüber hinaus entspricht es der Mitteilung zum Beihilfenbegriff (2016/C 262/01), Rn. 207, dass bloße Nebenleistungen wie Cafés o.Ä. in öffentlichen Einrichtungen die Finanzierung und den Bau dieser Einrichtungen nicht zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit machen. Entsprechendes muss für die Bereitstellung von W-LAN gelten, da es sich auch dabei um eine bloße und mittlerweile übliche Nebenleistung der öffentlichen Einrichtung handelt.

Nach alledem sollte in Rn. 2 f. (inkl. Fn. 55) von Anhang II des Leitlinien-Entwurfs die Anforderung gestrichen werden, dass über das WLAN einer öffentlichen Einrichtung ausschließlich Internetseiten der öffentlichen Verwaltung aufgerufen werden dürfen, damit die Finanzierung des WLANs außerhalb des Anwendungsbereichs der Beihilfenvorschriften fällt.

3. Anhang III – Typische Maßnahmen zur Breitbandförderung

In Rn. 2 von Anhang III des Leitlinien-Entwurfs wird das sog. Lückenfinanzierungsmodell als typische Maßnahme zur Breitbandförderung beschrieben. Dabei werden auch Ausführungen zur Begrenzung des angemessenen Gewinns gemacht.

Um Missverständnissen und Überinterpretationen in der nationalen Anwendung der Leitlinien vorzubeugen, sollte in Rn. 2 von Anhang III des Leitlinien-Entwurfs klargestellt werden, dass die dortigen Ausführungen zur Begrenzung des angemessenen Gewinns als bloßer Verweis auf die Regelungen in Rn. 154 ff. des Haupttextes des Leitlinien-Entwurfs zu verstehen sind.

V. Redaktionelle Anmerkungen

In redaktioneller Hinsicht machen wir schließlich noch auf folgende Punkte aufmerksam:

- Rn. 105 des Leitlinien-Entwurfs: Der Verweis auf „Abschnitt 5.2.2.3“ in der deutschen Fassung geht fehl, richtig wohl Abschnitt 5.2.2.1.
- Rn. 163 des Leitlinien-Entwurfs: Falsche Gliederungsebene der Überschrift in der deutschen Fassung; es müsste heißen „5.2.5“ (die nachfolgenden Überschriften derselben Ebene verschieben sich entsprechend).
- Anhang II zum Leitlinien-Entwurf, Rn. 2: Überschrift in deutscher Fassung falsch nummeriert.
- Anhang II zum Leitlinien-Entwurf, Rn. 17: Hier wird die Unterüberschrift a. verwendet. Es folgt jedoch keine weitere Unterüberschrift b.