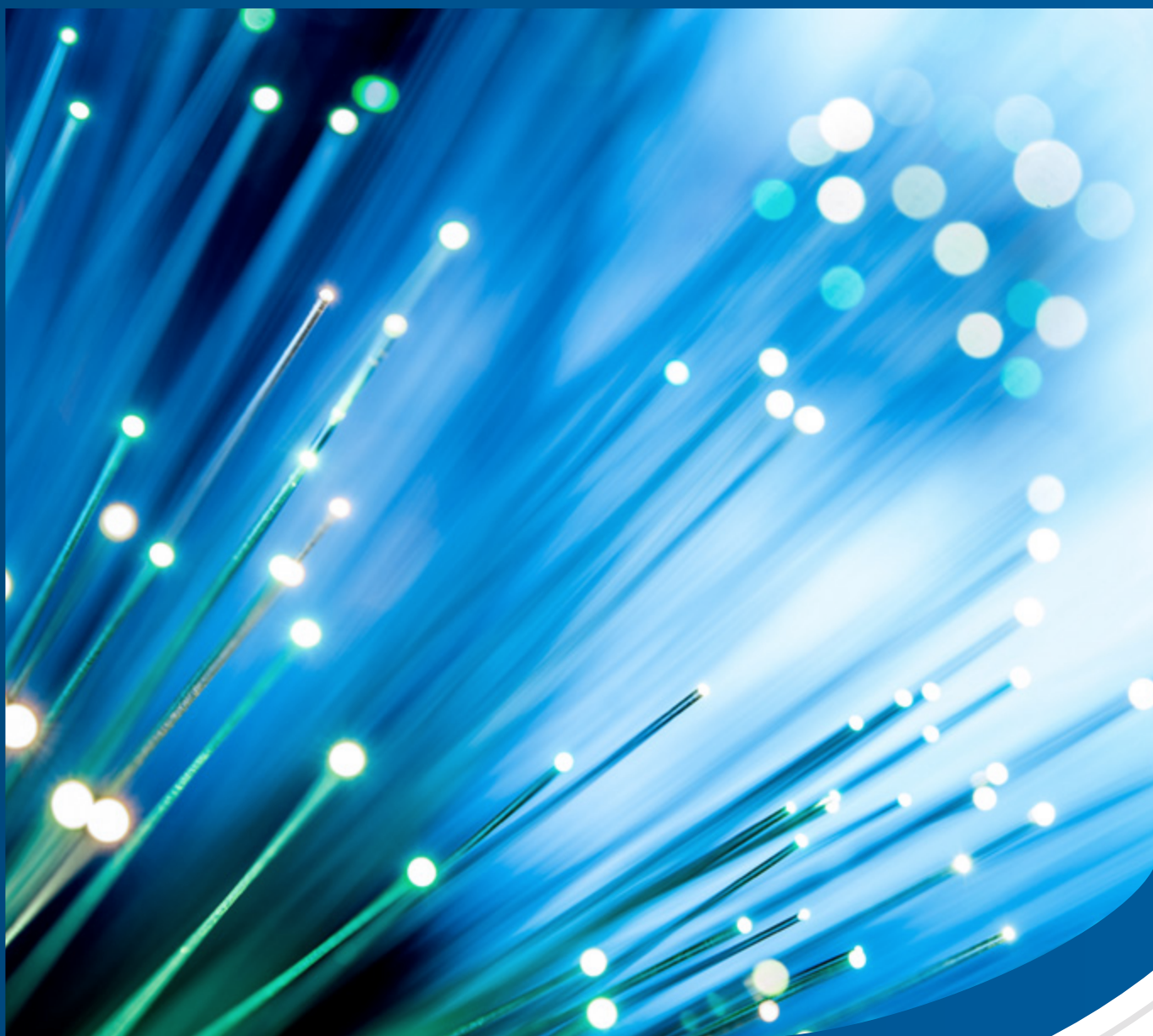


STAATLICHE BEIHILFEN IM ZUSAMMENHANG MIT DEM BREITBAND AUSBAU



IMPRESSUM

Auftraggeber

**Bundesministerium für Verkehr
und digitale Infrastruktur (BMVI)**

Invalidenstraße 44 | 10115 Berlin
www.bmvi.de

Stand: August 2016

Bearbeitung und Redaktion

atene KOM GmbH

Agentur für Kommunikation,
Organisation und Management
Invalidenstraße 91 | 10115 Berlin
www.atenekom.eu

Geschäftsführer: Tim Brauckmüller

Diese Publikation dient der Orientierung und ersetzt nicht eine rechtliche Beurteilung im Einzelfall. Eine Haftung für rechtlich relevante Aussagen jeder Art wird daher ausgeschlossen, soweit dies gesetzlich zulässig ist.



STAATLICHE BEIHILFEN IM ZUSAMMENHANG MIT DEM BREITBANDAUSBAU

Die Erreichung der von der Bundesregierung im Rahmen der „Digitalen Agenda“ verfolgten Ziele zum Breitbandausbau erfordert ein enormes Investitionsvolumen. Da dieses nicht allein durch die Privatwirtschaft aufgebracht werden kann, werden vielfach öffentliche Mittel für den Breitbandausbau bereitgestellt. Sofern der Staat im Rahmen der Errichtung, des Betriebs oder der Nutzung von Breitbandinfrastrukturen nicht ausschließlich einer eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht, sondern den Ausbau durch private Investoren finanziell unterstützt oder die errichtete Infrastruktur einem privaten Betreiber zur Verfügung stellt, handelt es sich in der Regel um eine beihilferelevante Tätigkeit.

BEGRIFF DER BEIHILFE

Als staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ist grundsätzlich jeder aus staatlichen Mitteln gewährte Vorteil für ein bestimmtes Unternehmen oder für einen bestimmten Produktionszweig anzusehen, der geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Unter den Beihilfebegriff fallen sowohl die finanzielle Unterstützung durch den Staat als auch Sachbeihilfen, beispielsweise in Form der Zurverfügungstellung einer aus staatlichen Mitteln errichteten Infrastruktur. Der Vorteil besteht darin, dass das begünstigte Unternehmen den Ausbau der Infrastruktur nicht (vollständig) aus eigenen Mitteln vornehmen muss.

Nicht als Beihilfe anzusehen sind klassische Verwaltungstätigkeiten oder die Wahrnehmung typisch hoheitlicher

Aufgaben in Abgrenzung zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Als letztere wird jede Tätigkeit angesehen, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. Unter den wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff fällt jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung, d.h. erfasst werden alle privaten und öffentlichen Unternehmen mit allen ihren Produktionszweigen.¹ Die Bewertung der staatlichen Maßnahme erfolgt unabhängig von ihrer Zielsetzung allein nach ihren Wirkungen. Die Einbringung von Kapital durch die öffentliche Hand kann z.B. durch einen sogenannten „private-investor-test“ gemessen werden. Da die wirtschaftliche Tätigkeit nicht zwingend von privaten Wirtschaftsteilnehmern ausgeübt werden muss, kann also auch ein gemeindliches Tätigwerden im Breitbandbereich, z.B. die Errichtung eines Breitbandnetzes durch die staatliche Hand zum Zweck des Betriebs in Eigenregie als Beihilfe gewertet werden.²

BEIHILFEN IM BEREICH DES BREITBANDAUSBAUS

Die im Bereich des Breitbandausbaus gebräuchlichsten Formen der Beihilfegewährung sind die Wirtschaftlichkeitslückenförderung (staatlicher Zuschuss, um den

kostendeckenden Ausbau durch private Wirtschaftsunternehmen zu ermöglichen) sowie das Betreibermodell (kommunaler Eigenausbau).

Gegenüberstellung Wirtschaftlichkeitslückenmodell und Betreibermodell

Wirtschaftlichkeitslückenmodell

- Wirtschaftsunternehmen bieten ein Produkt auf mind. 7 Jahre an
- **Wirtschaftlichkeitslücke =** Differenz zur Wirtschaftlichkeit (Investitionskosten + Betriebskosten + andere Kosten) - Einnahmen (private, Gewerbe- und Vorleistungs-Kunden)

Betreibermodell

- Passive Infrastruktur wird durch die öffentliche Hand gebaut und durch private Unternehmen betrieben
- Eigentum bleibt bei der Kommune, diese erhält eine Pacht zur Refinanzierung

¹ Zu den Begriffsdefinitionen siehe EuG, Urteil vom 24.03.2011 – Flughafen Leipzig Halle, Sig 2001, II-1311 und die dort angeführte ständige Rechtsprechung des EuGH.

² So die Einschätzung der Europäischen Kommission in der Entscheidung N 330/10 Frankreich Programme national Très Haut Débit, veröffentlicht am 19.10.2011, C(2011)7285 final.

VORAUSSETZUNGEN FÜR DAS VORLIEGEN EINER BEIHILFE IM SINNE DES ART. 107 AEUV

Im Einzelnen liegt eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV vor, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

1) Die Maßnahme muss (direkt oder indirekt) aus staatlichen Mitteln gewährt werden und dem Staat zugerechnet werden können.

Bei unmittelbar aus staatlichen Mitteln gewährten Zuwendungen ist die Annahme dieses Kriteriums in der Regel unproblematisch. In Betracht kommen aber auch mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährte Zuwendungen, beispielsweise wenn die Maßnahmen einer vom Staat benannten oder errichteten Einrichtung unabhängig von deren Rechtsform zugerechnet werden können. Hiermit soll verhindert werden, dass der Staat durch die Ausgliederung von Aufgaben oder die Schaffung von Einrichtungen das Beihilfeverbot umgeht. Erforderlich ist jedoch, dass der Staat auf die entsprechende Einrichtung einen (beherrschenden) Einfluss ausüben und diese kontrollieren kann sowie dass diese Möglichkeit der Einflussnahme und der Kontrolle konkret nachgewiesen werden kann.

Beispiele für Möglichkeiten der Einflussnahme und Kontrolle sind die Bestellung der Leitungsorgane durch die öffentliche Hand oder die Einräumung eines Vetorechts in privatrechtlichen Unternehmen.³

2) Die Maßnahme muss einem bestimmten oder einer Gruppe von Unternehmen einen selektiven Vorteil verschaffen.

Im Rahmen der Förderung des Breitbandausbaus liegt der Vorteil in der Regel in der Zurverfügungstellung von finanziellen Mitteln oder Sachmitteln (Sachbeihilfe) für die Errichtung und / oder den Betrieb von Breitbandinfrastrukturen durch eine staatliche Stelle. Ein Beispiel hierfür ist die Verlegung von Leerrohren im Breitbandbereich. Legt die öffentliche Hand Leerrohre und stellt diese dem Markt zur Verfügung, damit dieser Telekommunikationsangebote erstellen kann, so ist dies eine Sachbeihilfe. Indirekt kann der Vorteil auch einem Anbieter von Breitbanddiensten zu Gute kommen, indem ihm Zugang zum geförderten Netz gewährt wird.

Das Vorliegen eines solchen selektiven Vorteils wird jedoch nicht angenommen, wenn der **Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers** oder die **Altmark-Rechtsprechung** zur Anwendung kommen. Beide Ausnahmen werden nachfolgend dargestellt.

3) Der Vorteil muss den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.

Eine Wettbewerbsverfälschung ist in der Regel dann anzunehmen, wenn der Zuwendungsempfänger oder ein drittes Unternehmen auf dem räumlich, sachlich und zeitlich relevanten Markt eine verbesserte Wettbewerbsposition im Vergleich zu den (potentiellen) Wettbewerbern erhält. Dies ist bei Fördermaßnahmen im Bereich des Breitbandausbaus in der Regel anzunehmen, wenn dem Unternehmen erst durch die Fördermaßnahme der Markteintritt ermöglicht wird.

Etwas anderes gilt jedoch für sogenannte **De-minimis-Beihilfen**⁴: Sofern die Gesamtsumme der einem Unternehmen zugewendeten Mittel den Wert von 200.000 Euro innerhalb von drei Jahren nicht übersteigt, erfüllen diese Zuwendungen nicht den Beihilfetatbestand. Maßgeblich für die Schwellenwerte sind die Bruttobeträge, d.h. die Beträge vor Abzug von Steuern und sonstigen Abgaben. Sofern eine Beihilfe nicht in Form eines Zuschusses gewährt wird, entspricht der Beihilfebetrag ihrem **Bruttosubventionsäquivalent**. Dieses muss im Voraus genau berechnet werden können ohne das Erfordernis einer Risikobewertung (sog. **transparente Beihilfe**). Genaue Vorgaben zur Berechnung des Bruttosubventionsäquivalents sind in Art. 4 der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 enthalten.

4) Die Maßnahme muss den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten ist anzunehmen, wenn eine staatlich gewährte Zuwendung die Stellung eines Marktteilnehmers gegenüber anderen Wettbewerbern im Binnenmarkt verstärkt oder potentiell verstärken kann. Bereits geringfügige Beeinträchtigungen des zwischenstaatlichen Handels sind hierfür ausreichend.

³ Vgl. insofern die Entscheidung des EuGH vom 21.03.1991, Rs. C-305/89, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1635 Rn. 14 sowie die Entscheidung der Kommission Nr. 85/215/EWG vom 13.02.1985, ABl. 1985 Nr. L 97/49, 53.

⁴ Vgl. die Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 07.05.1998 über die Anwendung der Art. 92 und 93 EGV auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. Nr. L 142/1 vom 14.05.1998; Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. Nr. L 352/1 vom 24.12.2013.

AUSNAHMEN FÜR DIE ANNAHME EINER BEIHILFE – FEHLEN EINES SELEKTIVEN VORTEILS

1) Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers („private-investor-test“)⁵ :

Dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers liegt im Wesentlichen die Fragestellung zu Grunde, ob ein fiktiver privater Investor in der gleichen Situation die Finanzierung des Projektes zu den gleichen Konditionen vornehmen würde. Kann diese Frage positiv beantwortet werden, so wird davon ausgegangen, dass die getätigte Investition zu Marktbedingungen erfolgte und damit keine begünstigende Wirkung hat.

Im Rahmen des private-investor-test wird daher der Nettobarwert der Investition ermittelt. Fällt dieser positiv aus, d.h. übersteigt die erwartete Rendite der Investition die geforderte Mindestrendite, so gilt der private-investor-test in der Regel als bestanden.

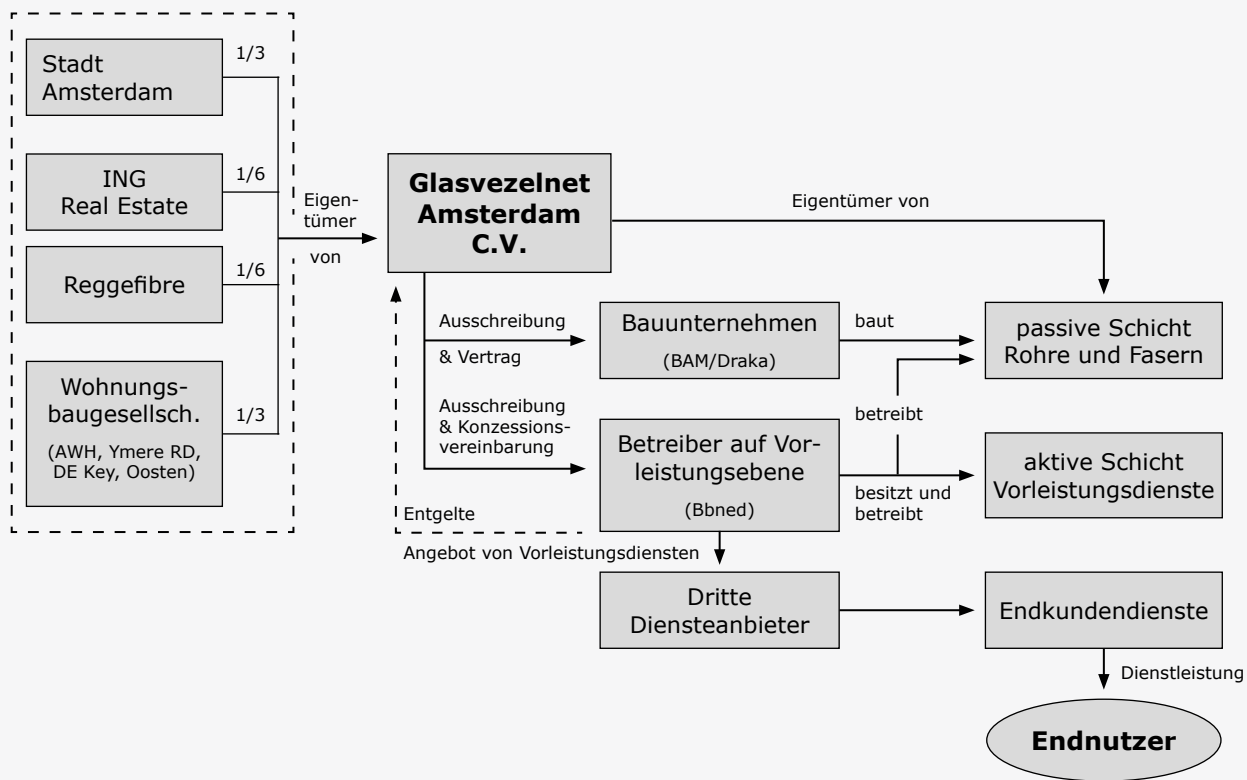
Dieser Grundsatz wurde von der EU-Kommission im Bereich des Breitbandausbaus bisher in einem Fall angewandt, in dem die Stadt Amsterdam Investitionen in den passiven Infrastrukturausbau mit Glasfaser in einem

Gebiet tätigte, in dem bereits eine hinreichende Breitbandgrundversorgung bestand. Nach Einschätzung der EU-Kommission hatte die Stadt daher keine einer Beihilfe entsprechende Vorleistung erbracht, die das normale Geschäftsrisiko privater Investoren verringert hätte, sondern ging davon aus, dass die Investition vielmehr unter Marktbedingungen erfolgte und die Stadt sowie die privaten Investoren die Investitionen zu gleichen Konditionen und mit dem gleichen Geschäftsrisiko tätigten.

Grundsätzlich müssen für die Annahme des Prinzips des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers die folgenden Voraussetzungen gegeben sein:

- **Bedeutende Beteiligung privater Kapitalgeber**
- **Gleichzeitigkeit** der getätigten Investitionen aller beteiligten Parteien
- **Gleiche Investitionsbedingungen** für alle Teilhaber, insbesondere gleiches Geschäftsrisiko seitens privater und öffentlicher Investoren
- **Keine anderen Beziehungen**, die Anlass dazu geben, dass die Investitionsentscheidung nicht auf marktwirtschaftlichen Erwägungen beruht.

Vereinfachte Darstellung des Falls Citynet-Amsterdam⁶:



⁵ Vgl. als praktischen Anwendungsfall und im Hinblick auf die Voraussetzungen die Entscheidung der Kommission vom 11.12.2007 C53/06 (Citynet Amsterdam), ABl. L 247/27 vom 16.09.2008.

⁶ Quelle: Nachgebildet dem Schaubild der Entscheidung der Kommission vom 11.12.2007 C53/06 (Citynet Amsterdam), ABl. L 247/27 vom 16.09.2008.

2) Altmark-Rechtsprechung⁷:

Die Annahme eines Vorteils wird regelmäßig auch dann ausgeschlossen, wenn es sich bei der Bereitstellung von Breitbandnetzen aus staatlichen Mitteln um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV handelt (DAWI) und bestimmte Kriterien eingehalten werden. Es ist Aufgabe der Mitgliedstaaten festzulegen, welche Arten von Leistungen als DAWI anzusehen sind. Vor diesem Hintergrund können einem mit der Erbringung einer DAWI beauftragten Unternehmen Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen gewährt werden, sofern nachgewiesen werden kann, dass private Investoren nicht in der Lage sind, in naher Zukunft (binnen drei Jahren) eine angemessene Breitbandabdeckung für alle Bürger oder Nutzer bereitzustellen, und somit ein beträchtlicher Teil der Bevölkerung nach wie vor nicht über einen Breitbandanschluss verfügen würde. In der Praxis wird der Nachweis fehlender Ausbauabsichten privater Investoren in der Regel durch die Durchführung eines Markterkundungsverfahrens erbracht werden können. Die Annahme einer DAWI kann sich im Bereich des Breitbandausbaus grundsätzlich nur auf die Vorleistungsebene beziehen, d.h. auf den bloßen Aufbau und den Betrieb einer Breitbandinfrastruktur, die anderen Unternehmen für eine weitere Wertschöpfung zur Verfügung gestellt werden kann, nicht hingegen auf die reine Dienstebene, d.h. das direkte Anbieten von Breitbanddiensten. Denn es wird davon ausgegangen, dass mit Bestehen eines universell nutzbaren Breitbandnetzes die Marktkräfte in der Regel dafür sorgen, dass allen Nutzern Kommunikationsdienste zu einem wettbewerbsorientierten Preis bereitgestellt werden⁸.

Im Einzelnen müssen entsprechend den vom Europäischen Gerichtshof und der EU-Kommission aufgestellten Kriterien für die Annahme einer nicht unter das Beihilfeverbot fallenden DAWI im Bereich des Breitbandausbaus die folgenden Voraussetzungen gegeben sein:

- Das begünstigte Unternehmen muss mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, d.h. es muss einen **Übertragungsakt** geben (z.B. eine öffentlich-rechtliche Konzession oder auch eine Übertragung durch privatrechtlichen Vertrag).
- Bereits vor Betrauung des Unternehmens müssen die **Konditionen für die Ausgleichszahlung objektiv und transparent festgelegt** werden, um eine willkürliche Bestimmung auszuschließen.
- Die Ausgleichszahlung darf nur diejenigen Kosten umfassen, die zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Pflichten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns erforderlich sind (sog. **Nettomehrkostenprinzip**).
- Die Höhe der Ausgleichszahlungen ist auf der Grundlage einer Analyse derjenigen Kosten zu kontrollieren, die ein durchschnittlich geführtes und angemessen mit Produktionsmitteln ausgestattetes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtung gehabt hätte (sog. **objektiver Kostenmaßstab**).

⁷ basierend auf dem Altmark-Urteil des Europäischen Gerichtshofs, EuGH, Urteil vom 24.07.2003, Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Rechtssache C-280/00, Slg. 2003, I-7747.

⁸ Vgl. Rn. 24 der EU-Beihilfeleitlinien.

RECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT VON BEIHILFEN FÜR DEN BREITBANDAUSBAU

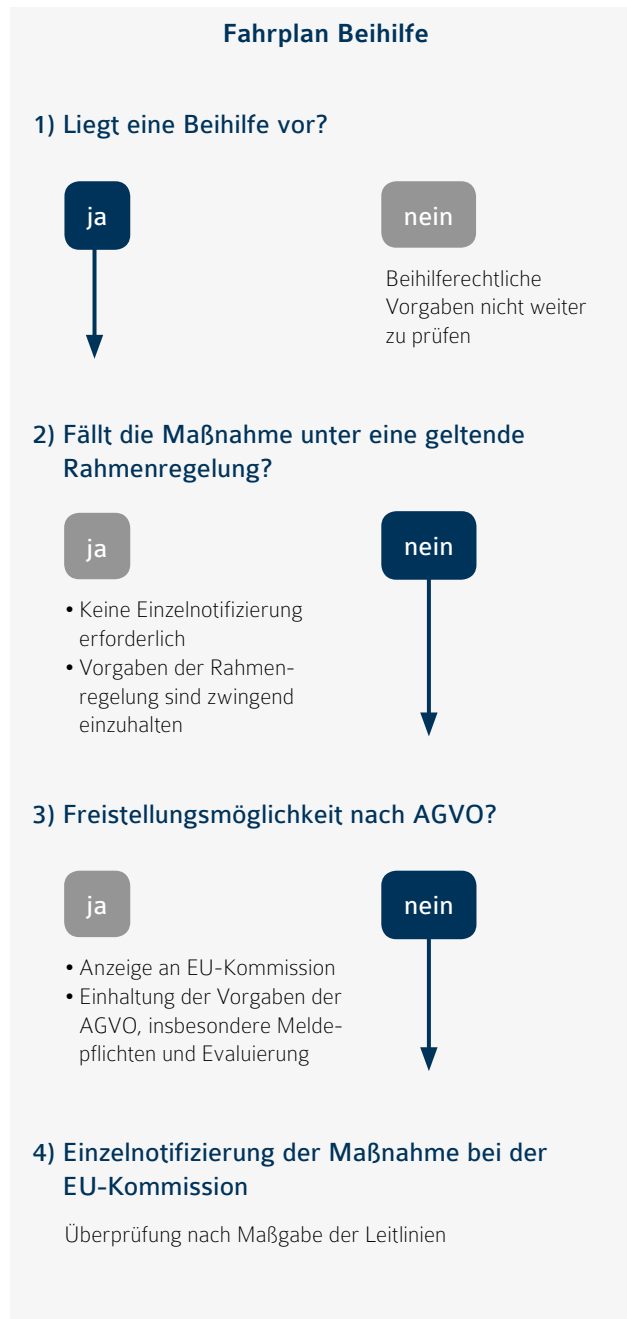
Staatliche Beihilfen, die die Voraussetzungen des Art. 107 AEUV erfüllen, sind grundsätzlich verboten und können nur gewährt werden, wenn sie zuvor bei der EU-Kommission angemeldet und von dieser genehmigt wurden. Das Verfahren dieser Einzelnotifizierungen regelt grundlegend Art. 108 AEUV. Die Kommission überprüft hier im Wesentlichen, ob die staatliche Unterstützungsleistung in Form der Beihilfemaßnahme als gerechtfertigt angesehen werden kann.

Ausgenommen von dieser Anmeldepflicht sind die in Art. 107 AEUV selbst enthaltenen Ausnahmetatbestände sowie die unter die Allgemeine Gruppenfreistellungsvereinbarung (AGVO)⁹ fallenden Beihilfen. Zu den durch die AGVO freigestellten Gruppen zählen auch Investitionsbeihilfen für den Ausbau der Breitbandversorgung, die den Schwellenwert von 70 Mio. EUR Gesamtkosten pro Vorhaben nicht überschreiten. Die freigestellten Vorhaben sind der EU-Kommission gegenüber nur anzuzeigen, sind aber bei Überschreiten einer bestimmten Schwelle nunmehr im Rahmen einer ex-post-Kontrolle zu evaluieren.

Die Grundsätze, nach denen die EU-Kommission Beihilfemaßnahmen beurteilt, sind in den EU-Beihilfeleitlinien¹⁰ zusammengefasst. Die Einhaltung der Vorgaben der EU-Beihilfeleitlinien ist damit zwingende Voraussetzung für die Genehmigung einer Beihilfemaßnahme durch die EU-Kommission.

Um den Einzelnotifizierungsprozess zu vereinfachen und zu verhindern, dass jede einzelne Beihilfemaßnahme gesondert von der EU-Kommission geprüft werden muss, haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit sogenannte Rahmenregelungen zu erlassen und diese von der EU-Kommission notifizieren zu lassen. Sämtliche Beihilfemaßnahmen, die die Vorgaben dieser notifizierten Rahmenregelungen erfüllen, gelten sodann als beihilferechtskonform und bedürfen keiner gesonderten Einzelnotifizierung durch die EU-Kommission.

Im Wesentlichen sind also für die beihilferechtliche Prüfung einer Maßnahme die in der nebenstehender Grafik dargestellten Schritte zu durchdenken.



⁹ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AGVO), ABl. L 187/1 vom 26. Juni 2014.

¹⁰ Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (EU-Beihilfeleitlinien), ABl. C 25/1 vom 26. Januar 2013.

BREITBANDSPEZIFISCHE VORGABEN DER AGVO UND DER EU-BEIHILFELEITLINIEN

Begriffsdefinitionen:

- **Breitbandgrundversorgungsnetze**
sind Netze mit grundlegenden Funktionen, die auf technischen Plattformen wie ADSL-Netzen (bis hin zu ADSL2+), herkömmlichen Kabelnetzen (z.B. DOCSIS 2.0), Mobilfunknetzen der dritten Generation (UMTS) und satellitengestützten Systemen beruhen.¹¹
- **Passive Breitbandinfrastrukturen**
sind Breitbandnetze ohne aktive Komponenten; sie umfassen in der Regel Bauinfrastruktur, Leerrohre, unbeschaltete Glasfaserleitungen und Straßenverteilerkästen.¹²
- **Zugangsnetze der nächsten Generation (Next Generation Access (NGA) – Netze)**
weisen in der Regel mindestens die folgenden Merkmale auf¹³ :
 - 1) Sie bieten durch optische (oder technisch gleichwertige) Backhaul-Netze, die nahe genug an den Räumlichkeiten der Endkunden heranreichen, jedem Teilnehmer zuverlässige Hochgeschwindigkeitsdienste;
 - 2) Sie unterstützen eine Vielfalt moderner Digitaldienste einschließlich konvergenter AIPN-Dienste und
 - 3) Sie verfügen über viel höhere Upload-Geschwindigkeiten (als Netze der Breitbandgrundversorgung).

Beim jetzigen Stand der Marktentwicklung und der Technik handelt es sich bei NGA-Netzen um

- 1) FTTx-Netze (glasfaserbasierte Zugangsnetze, d.h. FTTC, FTTN, FTTP, FTTH und FTTB)
- 2) hochleistungsfähige modernisierte Kabelnetze (mindestens unter Verwendung des Kabelmodemstandards DOCSIS 3.0) oder
- 3) bestimmte hochleistungsfähige drahtlose Zugangsnetze, die jedem Teilnehmer zuverlässig Hochgeschwindigkeitsdienste bieten.

Infrastrukturkategorien der EU-Beihilfeleitlinien:

„weiße Flecken“: generelle Förderfähigkeit

Breitbandgrundversorgung:

Gebiete, in denen keine Breitbandinfrastruktur vorhanden ist und voraussichtlich auch in naher Zukunft keine Breitbandinfrastruktur aufgebaut wird.

NGA (Next Generation Access) - Netze:

Gebiete, in denen es diese Netze noch nicht gibt, und in denen sie in den kommenden drei Jahren von privaten Investoren wahrscheinlich auch nicht errichtet werden.

„graue Flecken“: eingehende Prüfung erforderlich

Breitbandgrundversorgung:

Gebiete, in denen ein Netzbetreiber vertreten ist und in naher Zukunft voraussichtlich kein weiteres Netz aufgebaut wird.

NGA-Netze:

Gebiete, in denen in den kommenden drei Jahren lediglich ein NGA-Netz verfügbar sein oder ausgebaut werden wird und kein anderer Betreiber den Ausbau eines weiteren NGA-Netzes in diesem Zeitraum plant.

„schwarze Flecken“: kein staatliches Handeln erforderlich

Breitbandgrundversorgung:

Gebiet, in dem es mindestens zwei Breitbandgrundversorgungsnetze unterschiedlicher Betreiber gibt oder in naher Zukunft geben wird und Breitbanddienste dort zu Wettbewerbsbedingungen angeboten werden (Infrastrukturwettbewerb).

NGA-Netze:

Gebiet, in dem mindestens zwei NGA-Netze unterschiedlicher Betreiber existieren oder in den kommenden drei Jahren ausgebaut werden.

¹¹ Definition gemäß Art. 2 Ziff. 133 AGVO.

¹² Definition gemäß Art. 2 Ziff. 137 AGVO.

¹³ Definition gemäß Rn. 58 der EU-Beihilfeleitlinien.

VORAUSSETZUNGEN FÜR EINE FREISTELLUNG NACH ART. 52 AGVO

Gegenstand einer nach Art. 52 AGVO freigestellten Beihilfe können Investitionskosten für den Ausbau passiver Breitbandinfrastruktur, für Baumaßnahmen im Breitbandbereich, für den Ausbau der Netze für die Breitbandgrundversorgung sowie von Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) sein.

Die Investitionskosten, d.h. die Kosten der Erstinvestition in den Infrastrukturausbau (Errichtung der Infrastruktur) sind abzugrenzen von den Betriebskosten, die im Laufe des Betriebes des Netzes anfallen. Je nach Wertschöpfungsstufe des Infrastrukturausbaus variieren zudem die Kostenpositionen. Eine Gegenüberstellung von Investitionskosten (CapEx) und Betriebskosten (OpEx), jeweils verursachungsgerecht nach Ausbaustufe, enthält die nachfolgende Abbildung.

CapEx (Anlageinvestitionen)	OpEx (Betriebskosten)
Stufe 1: Infrastruktur-/ Netzaufbau	
<ul style="list-style-type: none">• Infrastrukturausbau (Erstinvestitionen):<ul style="list-style-type: none">- Erdarbeiten- Leerrohre, Lichtwellenleiter- Herstellung der Verbindungsstrecken (Tiefbau etc.)• Erweiterungsinvestitionen	<ul style="list-style-type: none">• Instandhaltung und Entstörung• Energiekosten• Verwaltungskosten<ul style="list-style-type: none">- Personal- Büro und Ausstattung
Stufe 2: Netzbetrieb	
<ul style="list-style-type: none">• Herstellung der Anschlüsse der ab Betriebsbeginn zu versorgenden Objekte (Hausanschlüsse)• Erhaltungsinvestitionen• Erweiterungsinvestitionen• Herstellung zusätzlicher Hausanschlüsse während der Laufzeit• Projektierung (Netzwerkplanung)• Immobilien für Server-/ Verteilerstandorte• Hardware• Erhaltungsinvestitionen	<ul style="list-style-type: none">• Vorleistungen für ggf. KVz-TAL• Datentransport von/zu IP-Knoten etc.• Instandhaltung und Entstörung• Energiekosten• Verwaltungskosten• Personal• Büro und Ausstattung• Leasing der aktiven Komponenten• Marketing und Vertrieb
Stufe 3: Dienste	
<ul style="list-style-type: none">• Serverinfrastruktur• Hardware	<ul style="list-style-type: none">• Dienstkonfiguration• Abrechnung/Fakturierung• Energiekosten• Verwaltungskosten<ul style="list-style-type: none">- Personal- Büro und Ausstattung• Marketing und Vertrieb

Freistellungsvoraussetzungen nach AGVO:

Die Investition muss in einem Gebiet erfolgen, in dem **keine Infrastruktur derselben Kategorie** (Breitbandgrundversorgung oder NGA) vorhanden und voraussichtlich in den drei Jahren nach Veröffentlichung der Beihilfemaßnahme auch nicht unter Marktbedingungen aufgebaut wird (Verifizierung durch **detaillierte Breitbandkarten** und **öffentliche Konsultationen** – Markterkundung)

Es muss ein offenes, transparentes und diskriminierungsfreies **wettbewerbliches Auswahlverfahren** unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und der Technologieneutralität sowie unter dem Aspekt der Mitnutzung bestehender Infrastrukturen erfolgen.

Ein möglichst umfassender Zugang zu passiven und aktiven Infrastrukturen auf Vorleistungsebene ist durch den Betreiber des geförderten Netzes zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen (einschließlich physischer Entbündelung bei NGA-Netzen) zu gewährleisten (**Open Access-Verpflichtung**):

- Zeitlich **unbefristeter Zugang** zu passiven Infrastrukturelementen, ansonsten befristet für einen Zeitraum von **mindestens 7 Jahren**;
- Leerrohre müssen groß genug für mehrere Kabelnetze und auf verschiedene Netztopologien ausgelegt sein.

Der Preis für den Zugang auf Vorleistungsebene beruht auf den Preisbildungsverfahren der Bundesnetzagentur und auf Benchmarks aus vergleichbaren, wettbewerbsintensiveren Gebieten (**Vorleistungspreise**).

Um eine Überkompensation zu vermeiden, ist für Beihilfen über 10 Mio. EUR ein **Überwachungs- und Rückforderungsmechanismus** einzurichten.

Darüber hinaus sind die allgemeinen in Kapitel I der AGVO enthaltenen Bestimmungen einzuhalten. Hierzu zählen ab Juli 2016 die in Art. 9 AGVO enthaltenen umfassenden Veröffentlichungs- und Informationspflichten über die Transparenzdatenbank TAM (Transparency Award Module) der EU-Kommission.¹⁴ Zudem sind die Monitoring-Vorgaben der Art. 10-12 AGVO zu beachten, die nicht nur eine Meldung der Beihilfemaßnahme innerhalb von 20 Tagen nach Inkrafttreten an die EU-Kommission vorsehen, sondern auch eine Dokumentationspflicht für einen Zeitraum von 10 Jahren.

Zu beachten ist weiterhin, dass für Maßnahmen, deren jährliche Mittelausstattung den Betrag von 150 Mio. übersteigt, eine Freistellung nach AGVO nur für einen Zeitraum von 6 Monaten ab Inkrafttreten der Maßnahme gilt, sofern nicht innerhalb von 20 Arbeitstagen nach Inkrafttreten der Maßnahme (also idealerweise bereits zusammen mit der Anzeige der Maßnahme) der EU-Kommission ein Evaluierungsplan vorgelegt und dieser sodann von ihr genehmigt wurde¹⁵.

¹⁴ Die Transparenzdatenbank TAM ist unter dem folgenden Link erreichbar: <https://webgate.ec.europa.eu/competition/transparency/public/search/chooseLanguage>

¹⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a) AGVO i.V.m. Erwägungsgrund 8.

VORGABEN DER EU-BEIHILFELEITLINIEN FÜR DIE VEREINBARKEIT EINER BEIHILFE MIT ART. 107 AEUV

Die breitbandspezifischen Voraussetzungen für eine Vereinbarkeit mit Art. 107 AEUV gemäß den Beihilfeleitlinien entsprechen im Wesentlichen den Voraussetzungen für eine Freistellung nach AGVO.

Die EU-Breitbandleitlinien differenzieren bei den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung der Maßnahme zwischen den verschiedenen Netzinfrastrukturkategorien (Grundversorgung oder NGA-Netze). Für NGA-Netze gelten einige über die allgemeinen Anforderungen hinausgehenden netzspezifischen Vorgaben. Hierzu zählt insbesondere im Rahmen der Gewährleistung eines offenen Zugangs auf Vorleistungsebene die Gewährung eines Bitstromzugangs sowie eines entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss und Kabelverzweiger.

Im Fokus der Untersuchung einer Maßnahme stehen zunächst die Analyse der Breitbandabdeckung in der maßgeblichen Region und die detaillierte Darstellung in einer Breitbandkarte. In Deutschland ist dies der von der Bundesnetzagentur geführte Infrastrukturatlas.

Zur Einordnung des Zielgebietes in eine der Infrastrukturkategorien (weiße, graue oder schwarze Flecken) ist eine **öffentliche Konsultation** durchzuführen, die Veröffentlichung auf einer zentralen Website auf nationaler Ebene wird empfohlen.

Für die Auswahl von Drittbetreibern hat ein **wettbewerbliches Auswahlverfahren** zu erfolgen, das den mit dem Geist und den Grundsätzen der EU-Vergaberichtlinien im Einklang steht. Es ist das wirtschaftlich günstigste Angebot anhand qualitativer Zuschlagskriterien auszuwählen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Technologieneutralität sowie unter Ausschöpfung der Möglichkeiten zur Nutzung bestehender Infrastruktur. Das Auswahlverfahren

ist transparent auf einer zentralen nationalen Website zu veröffentlichen.

Es ist ein offener Zugang auf Vorleistungsebene zu gewährleisten (**Open-Access-Verpflichtung**), wie sie auch Art. 52 AGVO vorschreibt, die Regelungen in den Beihilfeleitlinien sind hierzu sowie zu den Vorleistungspreisen jedoch noch detaillierter. Im Zweifel hat über die Angemessenheit der Vorleistungspreise die Bundesnetzagentur als nationale Regulierungsbehörde zu befinden.

Die Einführung eines **Rückforderungsmechanismus** wird auch hier erst für Vorhaben ab einer Schwelle von 10 Mio. € empfohlen.

Im Rahmen der Transparenzverpflichtung schreiben die EU-Beihilfeleitlinien vor, dass die folgenden Informationen über die Beihilfemaßnahme auf einer **zentralen Website für mindestens 10 Jahre zu veröffentlichen sind:**

- Vollständiger Wortlaut der Beihilferegelung und Durchführungsbestimmungen
- Name des Beihilfeempfängers
- Beihilfebetrag
- Beihilfeintensität
- Genutzte Technologie

In Deutschland sind Beihilfemaßnahmen für den Breitbandausbau sowie die Vorverfahren wie z.B. die Markterkundung, das Interessenbekundungsverfahren und die Ausschreibungen auf der zentralen Website **www.breitbandausschreibungen.de** zu veröffentlichen.

Die Bewilligungsbehörde hat der EU-Kommission während der gesamten Dauer der Beihilfemaßnahme zweijährlich Bericht zu erstatten.

NATIONALE RAHMENREGELUNGEN

Um den Ausbau auf kommunaler Ebene zu vereinfachen und eine Notifizierung jeder einzelnen Maßnahme zu vermeiden, hat die Bundesregierung die Möglichkeit, sogenannte Rahmenregelungen zu erlassen. Nach entsprechender Notifizierung durch die EU-Kommission stellen diese sodann den Rahmen für eine notifizierungsfreie Förderung auf. Im Bereich der Förderung des Breitbandausbaus zählen hierzu:

- Die **Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Ausbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung (NGA-Rahmenregelung)**: Förderung der Schließung von Wirtschaftlichkeitslücken

sowie des Betreibermodells zur Schließung von „weißen NGA-Flecken“.

- Die **Bundesrahmenregelung Leerrohre (BRLR)**: Förderung der Bereitstellung von passiver Infrastruktur sowie der Erdarbeiten hierfür, erstmals genehmigt am 12. Juli 2010, abgelöst durch die am 15. Juni 2015 genehmigte NGA-Rahmenregelung.
- Die **Gemeinschaftsaufgabe Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes (GAK)**: Förderung von Maßnahmen zur Verbesserung der Breitbandversorgung in ländlichen Gebieten unter Einhaltung der Vorgaben der AGVO.

RECHTLICHE GRUNDLAGEN

Artikel 106 bis 109 (AEUV) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO): Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 187/1 vom 26. Juni 2014.

EU-Beihilfeleitlinien:

Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl. C 25/1 vom 26. Januar 2013.

De-Minimis-Beihilfen:

- Verordnung (EG) Nr. 994/98 des Rates vom 07.05.1998 über die Anwendung der Art. 92 und 93 EGV auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. Nr. L 142/1 vom 14.05.1998;
- Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. Nr. L 352/1 vom 24.12.2013.

Beihilferechtliche Entscheidungen:

- Entscheidung der Kommission vom 11.12.2007 C53/06 (Citynet Amsterdam), ABl. L 247/27 vom 16.09.2008;
- EuGH, Urteil vom 24.07.2003, Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH, Rechtssache C-280/00, Slg. 2003, I-7747.



Weiterführende Informationen

Informationen zur Anwendung der Bundesrahmenregelung
Leerrohre, Breitbandbüro des Bundes

Informationen zur Förderung zum Aufbau von Zugangs-
netzen der nächsten Generation, Breitbandbüro des Bundes.

www.breitbandausschreibungen.de

www.zukunft-breitband.de

Breitbandbüro des Bundes
Postfach 64 01 13
10047 Berlin

Tel.: +49 (0) 30 60 40 40 60

Fax: +49 (0) 30 60 40 40 640

E-Mail: kontakt@breitbandbuero.de

Internet: www.breitbandbuero.de
