



**IKT-Standort und innovative
Anwendungen für die Wirtschaft**

**Digitale Infrastrukturen als Enabler
für innovative Anwendungen**

Innovative IT-Angebote des Staates

**Vertrauen, Datenschutz und
Sicherheit im Internet**

**Verantwortung und Schutz
in der vernetzten Gesellschaft**

**Bildung und Forschung
für die digitale Zukunft**

**Sonderthema:
E-Health/Gesundheitstelematik**

**Regionalthema: Mikroelektronik
und IT Cluster Sachsen**

Fünfter Nationaler IT-Gipfel

Optimierung der bestehenden Breitbandförderprogramme

der AG2 im Nationalen IT Gipfel

Redaktion

Arbeitsgruppe 2
Digitale Infrastrukturen
als Enabler für innovative Anwendungen

Gestaltung

PRpetuum GmbH, München

Bildnachweis

itestro – fotolia (Titel)

Herausgeber

Bundesministerium für Wirtschaft
und Technologie (BMWi)
Öffentlichkeitsarbeit/L2
10115 Berlin
www.bmwi.de

Stand

November 2010



Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie ist mit dem audit berufundfamilie® für seine familienfreundliche Personalpolitik ausgezeichnet worden. Das Zertifikat wird von der berufundfamilie gGmbH, einer Initiative der Gemeinnützigen Hertie-Stiftung, verliehen.



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Technologie

Fünfter Nationaler IT-Gipfel

Optimierung der bestehenden Breitbandförderprogramme

der AG2 im Nationalen IT Gipfel

Inhalt

Komplex 1: Leitbild	4
1 Vorbemerkung	4
2 Problembereich I: Technologieneutralität	5
3 Problembereich II: Open Access.....	5
4 Problembereich III: Leerrohre	6
5 Fazit.....	6
Komplex 2: Förderverfahren	7
1 Hintergrund der Verfahrensvorgaben aus dem EU-Beihilfenrecht	7
2 Allgemeine Grundsätze der Breitbandförderung	8
2.1 Identifizierung einer Unterversorgung und Ermittlung des Bedarfs	8
2.2 Subsidiarität der Förderung zu Marktlösungen und weniger intensiven Markteingriffen wie der Regulierung	9
2.3 Ausschreibung der Beihilfe	9
2.4 Vorgaben für den geförderten Anbieter: Verpflichtung zu Open Access und Abschöpfungsmechanismus.....	10
3 Schlussfolgerungen	11
Komplex 3: Realisierung von Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetzen	13
1 Vorbemerkung	13
2 Politische Bewertung von Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetzen	13
3 Beitrag der vorhandenen Förderprogramme zur Realisierung von Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetzen	13
4 Zwischenergebnis	14
5 Lösungsansätze	15
Komplex 4: Kommunen als Errichter und Betreiber von NGA-Netzen	17
1 Vorbemerkung	17
2 Beihilfenrecht	18
3 Kommunalrechtliche Fragen der Errichtung und des Betriebs von NGA-Netzen	19
3.1 Breitbandversorgung als Gegenstand kommunaler Daseinsvorsorge.....	19
3.2 Der kommunalrechtliche Rechtsrahmen für die Errichtung und den Betrieb von Breitbandinfrastrukturen.....	20
3.2.1 Kommunales Wirtschaftsrecht.....	20
3.2.1.1 Anwendbarkeit	20
3.2.1.2 Kommunalwirtschaftsrechtliche Schrankentrias	21
3.2.2 Kommunale Vermögenswirtschaft.....	21

4	Exkurs: Hergebrachte kommunalrechtliche Instrumente als Alternativen zur Finanzierung kommunaler Breitbandinfrastrukturen	22
4.1	Anschlussbeitrag zur Finanzierung kommunaler Breitbandinfrastrukturen	22
4.2	Der Anschluss- und Benutzungszwang	23
	Komplex 5: Finanzierung von Breitbandnetzen.....	25
1	Besondere Anforderungen an Breitband-Finanzierungen	25
2	Alternative Finanzierungsoptionen	25
3	Grenzen/Herausforderungen beim Einsatz öffentlicher Mittel unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten.....	27
	Anhang: Teilnehmerliste der Projektgruppe "Optimierung der bestehenden Breitbandförderprogramme".....	29

Komplex 1: Leitbild

1 Vorbemerkung

Als das Internet, das interconnected network, 1990 in den USA aus dem rein universitären Bereich heraus trat und damit der Öffentlichkeit zugänglich wurde, konnte kaum einer erahnen, welche technische Entwicklung damit losgetreten und welche gesellschaftlichen Veränderung in Gang gesetzt wurden. Heute, nach 20 Jahren, lässt sich mit Fug und Recht feststellen, dass die Anbindung an die Datenautobahn bestimmend ist für die Wirtschaftskraft und die Lebensqualität ganzer Regionen. Gerade junge Menschen wählen immer häufiger ihren Wohnort nach der Verfügbarkeit eines Breitbandanschlusses.

Der Telekommunikationsmarkt ist privatisiert, das bedeutet, dass der Breitbandausbau grundsätzlich vom Markt getrieben erfolgen muss. Ein Eingriff des Staates darf nur dann erfolgen, wenn die Marktkräfte nicht in der Lage sind, die Breitbandversorgung sicherzustellen. Investitionen in Breitbandanschlüsse erfolgten in der Regel zunächst dort, wo die für eine Rendite notwendigen Kundenzahlen möglichst rasch und ohne zu großen Aufwand erreicht werden konnten. Ballungsgebiete wurden daher wesentlich schneller versorgt als ländliche Gebiete mit ihrer dispersen Siedlungsstruktur und der relativ geringen Besiedlungsdichte. Eine Kluft der Breitbandverfügbarkeit zwischen Stadt und Land tat sich damit auf.

Das im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (GG) verankerte Staatsziel der Schaffung gleichwertiger Lebensbedingungen in Stadt und Land (Artikel 20 GG in Verbindung mit Artikel 72 GG) stellt somit die Legitimation staatlichen Handelns in der Frage der Breitbandversorgung in der Fläche dar. Überall dort, wo der Staat subsidiär, das bedeutet als Ultima ratio, wegen örtlichem oder regionalem Marktversagens mit direkter oder indirekter Unterstützung (Fördermaßnahmen, zinsgünstige Darlehen, Bürgschaften, PPP-Modelle, eigene Netzgesellschaften etc.) eingreift, muss sichergestellt sein, dass die entstandenen Infrastrukturen jedem interessierten Marktteilnehmer zu gleichen, diskriminierungsfreien Bedingungen (Open Access) zur Verfügung gestellt werden.

Der „Hunger nach Breitbandigkeit“ sowohl seitens der Privathaushalte als auch des gewerblichen

Bereichs wird getrieben durch immer neuere Anwendungen, die mit der Notwendigkeit höherer Übertragungsraten einhergehen. Ein Ende dieser dynamischen Entwicklung ist nicht absehbar. Dem muss der Breitbandausbau Rechnung tragen und letztlich die Infrastrukturen aufbauen, die „nach oben offen“ sind.

Kurzfristig geht es im Rahmen der verschiedenen Förderprogramme des Bundes (Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ GAK, Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Regionalen Wirtschaftsstruktur“ GRW) und der Länder (Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen, Sachsen, Hessen) sowie der EU (Europäischer Fonds für regionale Entwicklung EFRE, Europäischer Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums ELER) um eine möglichst schnell herzustellende Grundversorgung zwischen 1 bis 2 Mbit/s im Download, um den drängendsten Bedarf abzudecken.

Die Förderung besteht bei allen Programmen in der Hauptsache entweder in der Ausreichung von Subventionen an privatwirtschaftliche Breitbandanbieter zur Deckung ihrer Wirtschaftlichkeitslücke beim örtlichen oder regionalen Breitbandausbau in der Fläche. Oder es werden durch die Verlegung von Leerrohren beispielsweise der Art dreifach D 50 den Anbietern quasi die Grabungskosten abgenommen.

Nach jetzt in hohem Maße erreichter Abdeckung Deutschlands mit einer Breitband-Grundversorgung muss es nun darum gehen, auch in die Fläche adäquate Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetze¹ zu bringen. In der Breitbandstrategie der Bundesregierung wird formuliert, dass bis zum Jahr 2014 75 Prozent aller Haushalte mit mindestens 50 Mbit/s versorgt werden sollen. Hierbei darf es jedoch nicht stehen bleiben. Es bedarf daher weiterer Anstrengungen der Wirtschaft,

¹ In diesem Papier werden Hochgeschwindigkeitsnetze als solche Netze bezeichnet, die eine Downloadrate von mindestens 25 Mbit/s ermöglichen (im gewerblichen Bereich 25 Mbit/s symmetrisch). Diese Netze können nach derzeitigem Erkenntnisstand durch verschiedene Technologien realisiert werden (VDSL, Kabelnetze, Glasfasernetze, Richtfunk, LTE). Höchstgeschwindigkeitsnetze sind durch eine Downloadrate von mindestens 100 Mbit/s gekennzeichnet (gewerblicher Bereich: symmetrische 100 Mbit/s); sie dürften im Wesentlichen nur durch Glasfaserlösungen realisierbar sein. Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetze zusammen werden in diesem Papier als NGA-Netze bezeichnet.

gegebenenfalls mit Unterstützung durch Bund, Länder und Kommunen, um eine Versorgung deutlich jenseits der 75 Prozent zu erreichen. Der Dialog zwischen Wirtschaft und öffentlicher Hand über Art und Umfang der gegebenenfalls notwendigen Unterstützung muss rasch beginnen.

Dass die mobile Breitbandversorgung dem Mobilfunk vorbehalten sein wird und zunehmend als ergänzende Breitbandversorgung zu den stationären Lösungen an Bedeutung gewinnt, steht außer Frage.

Vor diesem Hintergrund stellen sich Fragen, deren Antworten gemeinsam mit der Europäischen Kommission gefunden werden müssen.

2 Problembereich I: Technologieneutralität

Derzeit besteht in Deutschland der Konsens, die Basisversorgung durch Breitbanddienste mit einem oder zwei Mbit/s festzusetzen. Dies hat auch die Zustimmung der EU gefunden. Letztlich könnte diese Definition auf bis zu fünf Mbit/s angehoben werden, denn die Praxis zeigt, dass Breitbandanbieter, die die gegenwärtige Basisversorgung in vielen Fällen über Funk sicherstellen, in der Regel bis zu fünf Mbit/s liefern. Problematisch wird es, wenn über diese Rate hinausgegangen wird, da dann manche Funkanbieter nicht mehr in der Lage sein werden, diese Versorgung herzustellen. Damit stünden Prinzipien des EU-Wettbewerbsrechts wie Technologieneutralität und Anbieterneutralität in Frage. Nimmt man die zweite Entwicklung hinzu, dass Breitbandanwendungen auch für den Privathaushalt immer aufwändiger werden und die Definition der Basisversorgung durch die geänderte Bedürfnislage in nicht allzu ferner Zukunft angehoben werden muss, ergibt sich der Konflikt zwischen dem Breitbandbedarf der Nachfrager sowie der Technologie- und Anbieterneutralität.

Lösungsansatz:

- ▶ Im Rahmen von Vergabeverfahren werden nur die Technologien berücksichtigt, die den schlüssig ermittelten Bedarf einschließlich qualitativer Parameter abdecken können.

3 Problembereich II: Open Access

Die EU hat in ihren am 30.09.2009 veröffentlichten Breitbandleitlinien überall dort, wo staatliche Subventionen Breitbandinfrastrukturen schaffen, verankert, dass diese Infrastrukturen wie Leerrohre und Netze so zu gestalten sind, dass möglichst viele Breitbandanbieter zu gleichen Konditionen im Wettbewerb untereinander diese nutzen können. Das Stichwort hierzu heißt diskriminierungsfreier Zugang auf Vorleistungsebene oder Open Access. Wesentliche Ausführungen zu den technischen und regulatorischen Aspekten von Open Access erarbeiten die Projektgruppen 1 und 3, so dass diesbezüglich auf deren Ergebnisse verwiesen werden kann.

Probleme können sich ergeben, sofern Zugangsnetze auf Basis eines so genannten „Shared Medium“ (dazu gehören drahtlose bzw. funkgestützte Zugangsnetze, aber auch Koaxialkabelnetze) die mit der Förderung verbundene Open-Access-Verpflichtung technisch nicht oder nur mit deutlich erhöhtem finanziellen Aufwand erfüllen können. Dabei haben vor allem Funkssysteme häufig den Vorteil, dass sie äußerst kostengünstig bei Installation und Betrieb sind. Sie können also genau dort noch eine Breitbandanbindung unter Wirtschaftlichkeitsbedingungen ermöglichen, wo es sich für andere Anbieter beispielsweise angesichts geringen Kundenpotenzials nicht rechnet. Wir sind also beim Breitbandausbau bei stark verteilter Siedlungsstruktur und geringer Einwohnerdichte in vielen Fällen auf diese Systeme angewiesen. Der Ausbau wird dort, wenn keine andere Lösung gefunden wird, zumindest massiv erschwert.

Lösungsansatz:

- ▶ Diskussionsbedarf besteht insbesondere bei Technologien, die eine herkömmliche Open-Access-Lösung (z. B. physischer Netzzugang oder Bitstream Access) nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Zusatzinvestitionen realisieren können. In diesen Fällen könnte daran gedacht werden, auch das Angebot von Wiederverkaufsmodellen („Resale“) als Open Access anzuerkennen.

4 Problembereich III: Leerrohre

Eines der wichtigsten Hindernisse beim Breitbandausbau in der Fläche stellt unter dem Zwang zur Wirtschaftlichkeit die Überwindung weiter Entfernungen dar, das bedeutet die Verlegung von Infrastrukturen wie Kabeln bewirkt hohe Grabungskosten. Es macht daher Sinn, wenn die öffentliche Hand in diesen Bereichen die Grabungskosten der freien Wirtschaft quasi abnimmt oder jede sich bietende Gelegenheit wahrnimmt, um in einem sowieso offenen Graben ein Leerrohr mitzuverlegen. Um den zuvor genannten Bedingungen der EU Rechnung zu tragen, wird üblicherweise der Leerrohrstandard 3fach D 50 verwendet. Dies sind drei Leerrohre mit einem Durchmesser von 50 mm, die je nach Hersteller unterschiedlich verbunden sind. In dieses Leerrohr können sowohl einfache Kupferkabel als auch Koaxialkabel und Glasfaserkabel eingebracht werden in einer für die Fläche unerschöpfbaren Anzahl. Diese so geschaffene Kapazität dürfte den langfristigen Bedarf sicherstellen und ermöglicht zudem einen Wettbewerb unter den Anbietern.

Das Konfliktfeld tut sich dort auf, wo es um die Frage geht, wie dieses Leerrohr vor dem Hintergrund des EU-Beihilferechts einzuordnen ist. Während die EU-Kommission ursprünglich das Leerrohr als Infrastruktur und nicht als Beihilfe qualifizierte, hat sie diese Auffassung im Rahmen ihrer Leitlinien 2009 revidiert und es als so genannte sektorspezifische Beihilfe eingeordnet, da den begünstigten Unternehmen wirtschaftliche Vorteile (Senkung der Tiefbaukosten) und zudem dem Wirtschaftssektor Telekommunikation gegenüber beispielsweise dem Wirtschaftssektor Energieversorgung ein Vorteil mit staatlichen Mitteln eingeräumt werden. Dies wirft eine ganze Reihe von Fragen auf und bedeutet für die kommunale Verwaltung einen deutlich zeitraubenden Aufwand bei dem Bemühen, ihrer Einwohnerschaft möglichst rasch eine adäquate Breitbandversorgung zur Verfügung zu stellen.

Lösungsansätze:

- ▶ Auch wenn die Kommune die beabsichtigte Verlegung von Leerrohren, d. h. den entstehenden offenen Graben, nicht zwingend anderen Wirtschaftssektoren wie dem Energie-, Wasser- oder Abwasserbereich andienen muss, ist dies in der Praxis empfehlenswert, um Synergieeffekte

zu nutzen. Wenn die Kommune sich dazu entschließt, sollte dies nicht mit einem unzumutbaren Verwaltungsaufwand verbunden sein. An Stelle einer schriftlichen Abfrage der entsprechenden Interessenten unter Setzung einer angemessenen Erklärungsfrist sollte auch eine einfache telefonische Befragung genügen. Des Weiteren muss die Mitverlegung technisch möglich sein. Die mitverlegenden Anbieter müssen die Mehrkosten erstatten.

- ▶ Des Weiteren sollte es zur „formalen“ Einhaltung der Technologieneutralität nicht länger erforderlich sein, dass die Kommunen vor der Förderung eine Abfrage starten, ob ein Anbieter die Leerrohre aufgrund seiner Technologie gar nicht nutzen kann; es sollte zulässig sein, dass Leerrohre unabhängig von einer solchen Abfrage bei Erfüllung aller anderen Voraussetzungen der EU-Genehmigung verlegt werden können.

5 Fazit

Alle drei Problembereiche, die sich in der praktischen Umsetzung der Vorgaben der EU-Kommission ergeben, haben letztlich eine Ursache: Indem die EU-Kommission logischerweise den gesamten EU-Binnenmarkt im Blick hat, treten die länderspezifischen Besonderheiten der Mitgliedsstaaten in den Hintergrund. Dies gilt im Falle der Bundesrepublik Deutschland beispielsweise für die Tatsache, dass aus historischen Gründen die Breitbandversorgung bislang fast überall über das Telefonkupferkabel, also mittels DSL, erfolgte. Ein anderes Beispiel stellt die im Grundgesetz und den Länderverfassungen verankerte kommunale Selbstverwaltung dar, die es in den meisten Mitgliedsländern der EU in dieser Form nicht gibt.

Vor diesem Hintergrund sollte mit der EU in einen offenen Dialog eingetreten werden, um den Mitgliedsstaaten den notwendigen Spielraum zur Ausgestaltung der Vorgaben zu eröffnen, der zum einen den länderspezifischen Besonderheiten Rechnung trägt und zum anderen die notwendigen Grundregeln für einen funktionierenden Binnenmarkt einhält.

Komplex 2: Förderverfahren

1 Hintergrund der Verfahrensvorgaben aus dem EU-Beihilfenrecht

Die bei der Förderung des Breitbandausbaus einzuhaltenden Verfahren sind fast ausschließlich durch das Europäische Beihilfenrecht vorgegeben.

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) enthält in Artikel 107 I ein grundsätzliches Verbot staatlicher Beihilfen im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses. Aus Sicht des Beihilfenrechts sind auch Maßnahmen der kommunalen Ebene als „staatliche“ Maßnahmen zu werten, da es sich um öffentliche Mittel handelt, die den Wettbewerb verzerren. Die Ausnahmen von diesem grundsätzlichen Beihilfeverbot sind abschließend im AEUV bzw. in den hierauf gestützten Leitlinien, Rahmen und Verordnungen normiert und stehen grundsätzlich unter dem Vorbehalt der vorherigen Genehmigung durch die Kommission (Durchführungsverbot: keine Auszahlung der Beihilfe ohne Kommissionsgenehmigung).

Während für die meisten Beihilfearten wie die Regional-, KMU- oder Forschungsförderung inzwischen so genannte Freistellungsverordnungen existieren – die Förderung muss nicht mehr von der Kommission genehmigt werden, solange sie den detaillierten Vorgaben spezieller beihilferechtlicher Verordnungen entspricht und bestimmte Schwellenwerte nicht übersteigt –, gilt dies für die Breitbandförderung bisher nicht. Dies bedeutet, dass Fördermaßnahmen für den Breitbandausbau weiterhin erst von der Kommission genehmigt werden müssen, bevor sie durchgeführt werden dürfen. Bei einem Verstoß gegen diesen Genehmigungsvorbehalt (formelle Rechtswidrigkeit) und wenn die Förderung auch inhaltlich gegen das Beihilfenrecht verstößt (materielle Rechtmäßigkeit), ist der Mitgliedstaat verpflichtet, die Förderung zurückzufordern. Die Kommission kann ihn hierzu auch rechtlich zwingen. Auch ein „nur“ formeller Verstoß gegen das Durchführungsverbot führt zu einer Rückforderung, grundsätzlich muss hier der so genannte Zinsvorteil zurückgefordert werden. Dies bedeutet, dass die vorzeitig ausgezahlte Beihilfe wie ein Darlehen des Staates behandelt wird, die „ersparten“ Zinszahlungen bis zur Genehmigungsentscheidung durch die Kommission werden abgeschöpft.

Nachdem die Europäische Kommission über einige Jahre eine Entscheidungspraxis zur Prüfung und Genehmigung von staatlichen Fördermaßnahmen zum Ausbau der Breitbandgrundversorgung verfolgt hatte, die sich allein auf die sehr allgemeinen Vorgaben des EG-Vertrages stützte, kodifizierte sie im Herbst 2009 die hierbei entwickelten Grundsätze und ergänzte sie um die Möglichkeit, gezielt den Aufbau von NGA-Netzen zu fördern.² Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass die Kommission eine positive Haltung zur Förderung des Breitbandausbaus einnimmt und bislang alle vorgelegten Förderprogramme der Mitgliedstaaten (wenn auch mit Modifikationen gegenüber dem ursprünglichen Antrag) genehmigt hat. Im Kern erkennt die Kommission dabei an, dass ein öffentliches Interesse an einer weitgehend flächendeckenden Breitbandversorgung wegen der wirtschaftlichen und teilweise auch sozialen Bedeutung des Netzzuganges besteht. Wenn und soweit der Markt insbesondere wegen hoher Investitionskosten eines Netzausbaus keine Lösung anbietet, erlauben die Leitlinien ausnahmsweise auch eine Förderung. Durch das Notifizierungsverfahren soll dann sichergestellt werden, dass die Förderung wirklich nur in dieser Situation eines „Marktversagens“ zum Einsatz kommt. Hierzu dienen insbesondere die verfahrensmäßigen Vorgaben der Breitbandleitlinien. In Deutschland verfügen derzeit (Oktober 2010) fünf Länder über von der Kommission genehmigte Breitbandförderprogramme.³ Auf Bundesebene haben die Gemeinschaftsaufgaben (Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“, GAK, Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Regionalen Wirtschaftsstruktur“, GRW) genehmigte Breitbandförderkomponenten.⁴ Zusätzlich bietet die Bundesrahmenregelung Leerrohre einen allgemeinen, beihilferechtskonformen Verfahrensrahmen für die Leerrohrförderung zum Aufbau von NGA-Netzen.⁵

² Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau; EU-Amtsblatt C 235 vom 30.9.2009, S. 7 ff.

³ N 570/2007 (Baden-Württemberg), N153/2009 (Bayern), N 243/2009 (Niedersachsen), N 383/2009 (Sachsen), N 391/2010 (Hessen).

⁴ N 238/2009 (GRW), N 368/2009 (GAK)

⁵ N 53/2010 (Bundesrahmenregelung Leerrohre)

2 Allgemeine Grundsätze der Breitbandförderung

Vereinfacht dargestellt verlangt das Beihilfenrecht folgende Verfahrensschritte:

1. Identifizierung einer Unterversorgung und Ermittlung eines entsprechenden Bedarfs
2. Subsidiarität der Förderung zu Marktlösungen und weniger intensiven Markteingriffen wie der Regulierung
3. Ausschreibung der Beihilfe unter Wahrung des Prinzips der Technologieneutralität
4. Vorgaben für den geförderten Anbieter:
Verpflichtung zu Open Access und Abschöpfungsmechanismus

2.1 Identifizierung einer Unterversorgung und Ermittlung des Bedarfs

Bei der *Identifizierung einer Unterversorgung* soll der Grund für das Eingreifen des Staates hinterfragt werden. Die Prüfung dient insbesondere dem Schutz von Anbietern, die gegebenenfalls bereits ein Gebiet mit ausreichenden Breitbanddiensten versorgen: Ihr Engagement soll nicht oder nur in Ausnahmefällen durch staatlich geförderte Konkurrenten in Gefahr gebracht werden.

In der Praxis hat sich der Begriff der „Aufschwelle“ als Prüfmaßstab etabliert: Im Bereich der Grundversorgung ist dort, wo keine Versorgung von 1-2 Mbit/s downstream verfügbar ist, eine Unterversorgung gegeben. Im Bereich der NGA-Förderung ist in Deutschland auf Grundlage der Rahmenregelung Leerrohre eine Förderung nur zulässig, wenn im betreffenden Gebiet keine 25 Mbit/s downstream – bei gewerblichem Bedarf auch symmetrisch – verfügbar sind und nur maximal ein Grundversorger (mindestens 2 Mbit/s downstream) vorhanden ist („weiße und graue Flecken der Grundversorgung“). Im Bereich der NGA-Förderung ist demnach ausnahmsweise trotz des bestehenden Angebots an Grundversorgung eine Förderung zulässig, das Ziel des Aufbaus eines höherwertigen NGA-Netzes wird dabei über das Interesse der vor Ort bereits tätigen Marktteilnehmer gestellt. Diese werden noch insofern geschützt, als sie die Möglichkeit haben, durch eigene Ausbaupläne für ein NGA-Netz eine Förderung zu verhindern (s. u.).

Ein „grauer Fleck der Grundversorgung“ ist dabei auch gegeben, wenn eine Infrastruktur von mehreren Anbietern genutzt wird. Hier wird von „einem Anbieter“ ausgegangen, weil das Ziel des Aufbaus eines NGA-Netzes mit höheren Kapazitäten nicht allein durch die vorhandene Konkurrenz ohne zusätzliche Investitionen in das Netz erreicht werden kann.

„Schwarze Flecken der Grundversorgung“, also Gebiete, in denen mehr als ein Unternehmen 2 Mbit/s downstream anbietet, dürfen nach Auffassung der EU-Kommission auch auf Basis der Rahmenregelung Leerrohre nicht gefördert werden, sondern hier ist eine Einzelnotifizierung erforderlich.

Die Kommission verlangt bei allen Fördermaßnahmen ein genaues „Mapping“ d. h. eine Dokumentation der derzeitigen Breitbandversorgungssituation, unterlegt mit Kartenmaterial, und eine genaue Kennzeichnung der unterversorgten Gebiete. Die genaue Eingrenzung des unterversorgten Gebietes wird bewusst den örtlichen Behörden bzw. Zuwendungsgebern überlassen, die auch unter fiskalischen und wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten abwägen müssen, ob die Erschließung von Gebieten bei gegebenem Bedarf sinnvoll ist (vgl. z. B. die Bundesrahmenregelung Leerrohre).

Die *Ermittlung des Bedarfs* kann durch eine Befragung der Bürger und der örtlichen Anbieter erfolgen. Erst dieser Bedarf rechtfertigt den staatlichen Eingriff in den Markt. Die Ermittlung ist besonders wichtig, wenn die Präsenz einer ausreichenden Grundversorgung strittig ist oder – wie bei der NGA-Förderung – ein bestehender Grundversorger durch den Aufbau eines höherwertigen Netzes verdrängt werden könnte.

2.2 Subsidiarität der Förderung zu Marktlösungen und weniger intensiven Markteingriffen wie der Regulierung

Ein Kernelement des Verfahrens ist, dass eine Förderung nicht in Konflikt zu ohnehin bestehenden, marktmäßigen Ausbauplänen steht. Eine Förderung wäre in einem solchen Fall nicht nur unnötig, sondern gefährdet unter Umständen auch bereits getätigte Investitionen von Unternehmen.

Um die Subsidiarität der Förderung sicherzustellen, muss die öffentliche Hand zumindest den oder die im örtlichen Umfeld tätigen Breitbandversorger bezüglich ihrer Ausbaupläne befragen. Die Breitbandleitlinien geben keinen fixen Zeitraum vor, in dem das betroffene Gebiet auch marktmäßig erschlossen würde. Die Genehmigung der „Rahmenregelung“ legt hierfür einen Zeitraum von drei Jahren fest. Wenn somit durch die Abfrage (dokumentierbar) feststeht, dass im betreffenden Gebiet in den nächsten drei Jahren keine Erschließung durch Aufbau eines Netzes stattfinden wird, darf die öffentliche Hand eine solche Maßnahme fördern. Maßgeblich für die Berechnung dieser Frist ist der Zeitpunkt der Einsatzbereitschaft des Netzes, Ausbaupläne von Breitbandversorgern werden nur berücksichtigt, wenn ein definitiver Beschluss für eine konkrete Erschließungsplanung nachgewiesen wird, die realistisch erscheint.

Erhöhte Anforderungen an die Subsidiarität der Förderung bestehen im Bereich des Aufbaus von NGA-Netzen, wenn bereits ein Grundversorger im betreffenden Gebiet tätig ist. Die Breitbandleitlinien verlangen hier, dass auch geprüft wird, ob eine Erschließung nicht durch das Mittel der Vorabregulierung erreicht werden kann. Diese Anforderung irritiert jedoch aus den oben beschriebenen Gründen in der Praxis, wenn es um den Zugang zu einer gegebenen, physikalisch auf Grundversorgungsangebote beschränkten Infrastruktur geht, da hier auch eine Regulierung ohne großen zusätzlichen Invest nicht zu einer – beim NGA-Aufbau ja gerade gewünschten – Erhöhung der Bandbreite führen kann. Letztlich geht es bei der Frage nach einer Erschließung mittels Vorabregulierung ebenfalls „nur“ um die Frage, ob das betroffene Gebiet in absehbarer Zukunft auch ohne Förderung erschlossen wird.

Diese Anforderung sollte im Rahmen der Förderung auf Grundlage der „Rahmenregelung“ wie folgt umgesetzt werden: Die Kommune muss ohnehin (unabhängig von der Frage einer Vorabregulierung) vor einer Förderung die Marktteilnehmer zu ihren Ausbauabsichten befragen. Diese Abfrage können die Kommunen in Gebieten mit einem bestehenden Anbieter mit der Frage verbinden, ob die Unternehmen bei einer Vorabregulierung eine realistische Perspektive für eine Erschließung des betreffenden Gebietes in den nächsten drei Jahren sehen, ob diesbezügliche verbindliche Planungen bestehen und ob sie bereits gegenüber der Bundesnetzagentur tätig geworden sind.

Wenn keines der Unternehmen behauptet, eine Erschließung des Gebiets mittels Vorabregulierung in den nächsten drei Jahren zu realisieren, ist eine wichtige Hürde für die Förderung aus dem Weg geräumt. Wenn jedoch ein befragtes Unternehmen behauptet, eine Erschließung des Gebiets mittels Vorabregulierung in den nächsten drei Jahren zu realisieren, kann die Kommune die Angaben zur Plausibilisierung überprüfen lassen.

2.3 Ausschreibung der Beihilfe

Wenn klar ist, dass der Markt von sich aus in absehbarer Zukunft keine Lösung des Problems der Unterversorgung bereit stellt, ist eine weitere grundsätzliche Voraussetzung für die Förderung erfüllt. Grundgedanke der Ausschreibung der Förderung ist, dass – wenn es schon zu einem Eingriff in den Markt kommt – zumindest potenziell jeder Marktteilnehmer eine Chance haben soll, gefördert zu werden. Zudem soll über den Wettbewerb die Förderung auf das erforderliche Mindestmaß reduziert werden. Die Ausschreibung muss in einem offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren erfolgen. Sie muss mindestens im jeweiligen offiziellen Amtsblatt und im betreffenden Internetangebot veröffentlicht werden. Idealerweise sollte die Internetveröffentlichung auf einer für Breitbandangelegenheiten zentralen Webseite zumindest auf Landesebene erfolgen. Wünschenswert wäre eine bundeseinheitliche Plattform (aufbauend auf der Linkseite des Breitbandportals des BMWi). Bei der Ausschreibung müssen die qualitativen Wertungskriterien und ihre Gewichtung vorab bekannt geben werden. Den „Zuschlag“ soll das Ange-

bot erhalten, welches für die geringste Beihilfe die gleiche Qualität der Erschließung bietet, vgl. Rz 51 c der Leitlinien. Das Vergaberecht findet analoge Anwendung, soweit es auf die Ausschreibung einer Förderung passt.

Wichtig in diesem Kontext ist die Anforderung, dass die Ausschreibung technologieneutral erfolgen muss, d.h. keine der möglichen Übertragungstechniken – leitungsgebunden, Funk oder Satellit – von der Förderung ausgeschlossen wird (vgl. Rz 51 d der Leitlinien). Dieser Grundsatz gilt nicht für die Förderung des Ausbaus von NGA-Netzen, vgl. Rz 53, Fn 60 der Leitlinien.

2.4 Vorgaben für den geförderten Anbieter: Verpflichtung zu Open Access und Abschöpfungsmechanismus

Das Beihilfenrecht fordert schließlich, an die Förderung verschiedene Verpflichtungen zu knüpfen.

Dies betrifft insbesondere die Verpflichtung des ausgewählten Bieters, einen offenen Zugang („Open Access“) zur geförderten Infrastruktur zu gewährleisten. Seit Inkrafttreten der Breitbandleitlinien gibt es keine Ausnahme von dieser Vorgabe mehr, die Verpflichtung soll – ergänzend zu den Vorgaben des Regulierungsrechtes zum offenen Zugang bzw. für nicht marktbeherrschende Unternehmen darüber hinaus – für mindestens sieben Jahre gelten. Die dahinter stehende Idee ist, dass wenn schon mit staatlichen Mitteln ein privates Netz errichtet wird, hierdurch keine örtlichen Monopole geschaffen werden sollen, sondern eine Infrastruktur, die offen für Wettbewerb ist.

Weiterhin soll nach den Breitbandleitlinien der ausgewählte Bieter (egal ob marktbeherrschend oder nicht) auch zur Akzeptanz bereits regulierter Vorleistungspreise – ebenfalls ergänzend und parallel zum Regulierungsrecht – verpflichtet werden (vgl. Rz 51 g der Breitbandleitlinien „Preisbenchmarking“). Hiermit soll verhindert werden, dass der Betreiber der geförderten Infrastruktur die Verpflichtung zum offenen Zugang faktisch unterläuft, in dem er prohibitiv hohe Zugangspreise verlangt. Die Regelung – so nachvollziehbar und richtig der Grundgedanke ist – ist kritisch zu hinterfragen: Faktisch soll hier parallel

zu den Strukturen der Regulierung eine Eingriffsmöglichkeit in die Preisgestaltung in geförderten Infrastrukturen geschaffen werden. Hierdurch dürften die Beihilfegeber, die durchweg kein Know-how mit der Preissetzung in Breitbandmärkten haben, weil dies nicht zu ihren Aufgaben gehört, überfordert werden. Die Rahmenregelung des Bundes zur Leerrohrförderung sieht hierzu folgende Lösung vor: In den Fällen, in denen Konflikte über die Preise für Vorleistungen nicht aufgelöst werden können, für die die Bundesnetzagentur bereits Preise festgelegt hat, sollte der Fördergeber dem geförderten Anbieter die von der BNetzA bereits regulierten Entgelte verbindlich vorgeben. Das Recht hierzu muss von vornherein im Förderbescheid/Fördervertrag festgelegt werden, vgl. § 6 Abs. 5 der RR. Ist also eine kommerzielle Einigung über die Konditionen des Open Access nicht möglich, muss der Beihilfegeber die qua Rahmenregelung vorgesehene Öffnung des Netzes und das damit verbundene Zugangsrecht eines Wettbewerbers gegenüber dem Fördernehmer durchsetzen. Für alle anderen Fälle gilt das Regulierungsrecht.

Schließlich soll grundsätzlich ein so genannter Rückforderungsmechanismus vorgesehen werden. Durch diesen soll nach einer gewissen Zeit überprüft werden, ob sich die Annahmen von Behörden und Unternehmen bezüglich der mangelnden Wirtschaftlichkeit des zu erschließenden Gebietes bewahrheitet haben. Wenn dies nicht der Fall ist, soll der Beihilfebetrag nachträglich abgesenkt werden können. Bei geringfügigen Beihilfebeträgen oder kleineren, einmaligen Projekten kann auf den Mechanismus verzichtet werden. Es hat sich die Praxis etabliert, dass bei Förderbeträgen bis 500.000 EUR hierauf verzichtet werden kann. Entscheidend ist für diesen Schwellenwert das geförderte Vorhaben – nicht das Unternehmen –, das nicht willkürlich in Einzelprojekte unterteilt werden darf, um den Schwellenwert zu umgehen. In Deutschland wurde bislang in zwei Fällen ein entsprechender Rückforderungsmechanismus vorgesehen (Niedersachsen und Bundesrahmenregelung). In beiden Fällen wurde eine Abschöpfung des Gewinns bei einer Überschreitung der Gewinnerwartung im Bindungszeitraum um mehr als 30 Prozent vorgesehen, wenn nicht zeitgleich eine entsprechende Endkundenpreissenkung stattgefunden hat. Die Abschöpfung dürfte Behörden und Unternehmen zweifellos vor administrative Herausforderungen stellen, denn

beide Seiten müssen vor Beginn des Projektes ein Konzept für die Kontrolle vorsehen und über einen längeren Zeitraum effektiv verfolgen. Dennoch sollte diese Herausforderungen auch nicht zu hoch bewertet werden: Wenn die Behörden von vornherein klare und einfache Parameter sowie Verfahren für die Kontrolle vorgeben, sollte sich der Aufwand für beide Seiten in Grenzen halten.

3 Schlussfolgerungen

Die Vorgaben der EU für die Verfahren im Bereich der Breitbandförderung sind grundsätzlich sachgerecht und sinnvoll. Gleichwohl ist der administrative und planerische Aufwand zur Umsetzung der Förderprogramme erheblich, zum Teil sind die bestehenden beihilferechtlichen Genehmigungen stark interpretationsbedürftig. Die derzeitige Situation führt teilweise zu nicht unerheblichen (Rechts-)Unsicherheiten in der Praxis, die eine Hemmung geplanter Investitionen unter Inanspruchnahme von Fördermitteln bewirken können.

Optimierungsbedarf besteht bezüglich Länge und „Weitschweifigkeit“ der Breitbandleitlinien als Rechtsgrundlage, die für viele Missverständnisse in der Praxis gesorgt haben und teilweise weiter sorgen. Bei der gemäß Rz 83 bis spätestens Ende 2012 vorgesehenen Überprüfung der Breitbandleitlinien sollte eine deutliche Straffung und sprachliche Präzisierung des Textes angestrebt werden, ohne den gegebenen weiten Rahmen einzuengen. Die Breitbandleitlinien sollten dabei auch Klarstellungen zur Anwendung des Beihilferechtes auf etwaige Gründung öffentlicher Breitbandgesellschaften und PPP-Modelle enthalten.

Mangels Ermächtigung der Kommission (vgl. Ratsverordnung (EG) Nr. 994/98) erscheint dagegen eine Freistellung von Standardbreitbandfördermaßnahmen nicht realistisch.

Inhaltlich sind insbesondere die Versuche der Kommission fraglich, über das Beihilfenrecht regulatorische Fragen ergänzend regeln zu wollen (Preisbenchmarking, Erschließung von Gebieten „mittels“ Vorabregulierung). Sofern offene Fragen im Bereich der Preisregulierung gesehen werden, sollten Lösungen im Rahmen des Regulierungsrechtes – nicht aber

des Beihilfen- bzw. Förderrechtes, das hierzu nicht die angemessenen Verfahren und Institutionen bietet – gesucht werden.

In den Regelungen auf nationaler Ebene sowie ggfs. in den Breitbandleitlinien sollte klargestellt werden, dass der Grundsatz der Technologieneutralität der Förderung nur für Technologien gilt, die in der Lage sind, den ermittelten Bedarf (einschließlich qualitativer Parameter) realisieren zu können.

Weiterhin sollte geprüft werden, inwieweit auf eine spezifische Bedarfsermittlung durch Befragungen verzichtet werden kann, sofern sich dies durch eine allgemeine fachliche Bewertung z. B. durch externe Gutachter genauso gut bzw. sogar besser darstellen lässt.

Die bestehende Bundesrahmenregelung Leerrohre sollte flächendeckend in Gebieten mit Grundversorgung, also auch in den so genannten „schwarzen Flecken der Grundversorgung“, einsetzbar sein: Die Philosophie der Rahmenregelung besteht darin, dass NGA-Netze dort gefördert werden können, wo solche Netze noch nicht bestehen, wo ein Bedarf nachgewiesen werden kann und wo der Markt in absehbarer Zeit keine eigenständige Lösung liefert. Da auch in „schwarzen Flecken der Grundversorgung“ kein NGA-Netz existiert und die anderen Fördervoraussetzungen ebenfalls erfüllt werden müssen, ist nicht nachzuvollziehen, dass NGA-Netze zwar in „weißen und grauen Flecken der Grundversorgung“ gefördert werden können, nicht aber in „schwarzen Flecken der Grundversorgung“. Dieser Erweiterungsbedarf der Rahmenregelung besteht auch deswegen, weil durch den Einsatz der Frequenzen der „Digitalen Dividende“ zunehmend „schwarze Flecken der Grundversorgung“ entstehen könnten und die Rahmenregelung dann teilweise leerlaufen würde, ohne dass das Grundproblem (fehlende NGA-Netze) beseitigt würde. Sollten LTE-Lösungen so aufgerüstet werden, dass Bandbreiten über 25 Mbit/s für jeden Endkunden verfügbar werden, würde die Rahmenregelung natürlich nicht greifen, da dann ein nicht förderfähiger „grauer Fleck der NGA-Versorgung“ besteht.

Auf nationaler Ebene muss die Breitbandförderung den föderalen Gegebenheiten und damit verbunden der Tatsache, dass die Kommunen zuständig für die Förderung sind, Rechnung tragen. Wünschenswert wären aber eine unverbindliche Standardisierung von Abläufen und Anforderungen sowie eine bundeseinheitliche Plattform für die Veröffentlichung der Ausschreibungen. In diesem Kontext sollte in den Förderrichtlinien aller Länder klargestellt werden, dass für gemeindeübergreifende Breitbandausbaumaßnahmen auch Gemeindeverbände (Landkreise, Ämter, Zweckverbände etc.) als Zuwendungsempfänger von Fördermitteln neben den Gemeinden zugelassen sind.

Weitere Ausführungen zum Thema Förderung sind im Komplex 3 enthalten.

Komplex 3: Realisierung von Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetzen

1 Vorbemerkung

Die Versorgung mit leistungsfähigen Breitbandnetzen ist unbestritten von enormer wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Bedeutung, um Wirtschaftswachstum zu fördern, die Wettbewerbsfähigkeit zu stärken und um eine Teilhabe aller Regionen und Gesellschaftsgruppen am digitalen Leben zu ermöglichen. Breitband ist eine entscheidende Infrastruktur des 21. Jahrhunderts.

Grundsätzlich hat in einer Marktwirtschaft der Ausbau der Breitbandinfrastruktur im Wettbewerb durch die privaten Anbieter zu erfolgen. Dort allerdings, wo eine ausreichende Versorgung mit Breitbanddiensten mittelfristig durch marktwirtschaftliche Kräfte nicht zu realisieren ist, weil die ökonomischen Rahmenbedingungen – vor allem in den ländlichen Regionen – dies nicht zulassen (hohe Investitionen, geringe Kundenbasis), ist von einem Marktversagen auszugehen, so dass ein Eingreifen des Staates durch Förderung und andere Maßnahmen gerechtfertigt sein kann.

Derzeit besteht das kurzfristige Ziel der Breitbandstrategie der Bundesregierung und vieler Länder darin, eine flächendeckende Breitbandgrundversorgung aufzubauen, die mindestens 1 Mbit/s im Download aufweisen soll. Der Bedarf an Bandbreite hat sich jedoch gemäß Niensens Gesetz bislang alle zwei Jahre verdoppelt; auf dieser Basis ist schon Mitte dieses Jahrzehnts mit einem Bedarf von mindestens 50 Mbit/s zu rechnen. Dies bedeutet, dass in den nächsten Jahren auch die Städte (vor allem die kleineren und mittleren Städte im ländlichen Raum) mit höheren Bandbreiten ausgestattet werden müssen. Die digitale Kluft zu Lasten des ländlichen Raums wird durch den Bedarf an Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetzen weiter zunehmen. Mit marktwirtschaftlichen Kräften allein (einschließlich möglicher Regulierungsmaßnahmen) wird der flächendeckende Ausbau dieser Netze nicht zu realisieren sein, zumal diese Netze im Wesentlichen leitungsgebundene Lösungen mit hohen Tiefbaukosten bedingen.

Um die Dynamik der Marktkräfte auch bei der Realisierung von Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetzen so wenig wie möglich zu beeinträchtigen, soll in diesem Papier deutlich gemacht werden, unter

welchen Rahmenbedingungen ein staatliches Engagement (vor allem durch Fördermaßnahmen) erfolgen kann.

2 Politische Bewertung von Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetzen

Die politischen Programme auf allen Ebenen fordern mittel- bis langfristig eine Abdeckung mit Breitbandnetzen der nächsten Generation („Next Generation Access/NGA“):

- ▶ Die EU-Kommission hat im Rahmen ihrer Strategie Europa 2020 eine „Digitale Agenda für Europa“ vorgelegt (KOM(2010) 245 endg.). Darin wird gefordert, dass bis 2020 alle Europäer Zugang zu Internetgeschwindigkeiten von über 30 Mbit/s und mindestens 50 Prozent aller europäischen Haushalte Internetzugänge mit 100 Mbit/s haben sollen.
- ▶ Auch die Breitbandleitlinien der KOM vom 30.09.2009 (2009/C 235/04) beschäftigen sich mit NGA-Netzen und beschreiben die beihilferechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen NGA-Netze staatlich unterstützt werden dürfen (vor allem in „weißen“ NGA-Flecken).
- ▶ Die Breitbandstrategie der Bundesregierung fordert neben einer flächendeckenden Breitbandgrundversorgung bis Ende 2010 die Bereitstellung von Hochgeschwindigkeitsnetzen mit 50 Mbit/s und mehr für 75 Prozent der Bevölkerung bis Ende 2014, wobei derartige Bandbreiten zeitnah danach für die gesamte Bevölkerung verfügbar sein sollen. Ähnliche Ziele enthalten die Breitbandstrategien vieler Bundesländer.

3 Beitrag der vorhandenen Förderprogramme zur Realisierung von Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetzen

Die Bereitstellung von Fördermitteln (EU-, Bundes-, Landes- oder kommunale Mittel) für Breitbandmaßnahmen von Unternehmen stellt EU-rechtlich eine Beihilfe dar, die einer Genehmigung bedarf. Für die Bundesrepublik Deutschland relevant sind vor allem die Genehmigungen N 115/2008 sowie N 368/2009 für die Breitbandförderung im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ (GAK). Mit diesen Genehmigun-

gen ist einerseits die Förderung einer Wirtschaftlichkeitslücke beim Breitbandausbau, andererseits die Förderung von Leerrohren möglich. Daneben gibt es weitere Genehmigungen von Breitbandfördermaßnahmen aus der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Regionalen Wirtschaftsstruktur“ (GRW) sowie aus Länderprogrammen (vgl. oben Komplex 2).

Die genannten Fördermöglichkeiten aus der GAK unterliegen folgenden Restriktionen:

- ▶ Gefördert werden kann nur in unterversorgten Kommunen, in denen weniger als 1 oder 2 Mbit/s im Download verfügbar ist.
- ▶ Der Förderung müssen eine spezifische Bedarfs-ermittlung sowie ein negativ verlaufenes Markt-erkundungsverfahren (Subsidiarität der Förderung zu Marktlösungen durch die Unternehmen selbst) vorausgehen.
- ▶ Die Auswahl und Förderung eines Betreibers, der den ermittelten Bandbreitenbedarf abdeckt, muss im Rahmen eines technologieneutralen Vergabeverfahrens erfolgen.
- ▶ Pro Förderfall dürfen nicht mehr als 500.000 Euro an Beihilfen gewährt werden.
- ▶ Der ausgewählte Anbieter muss anderen Anbietern einen diskriminierungsfreien Zugang auf Vorleistungsebene („Open Access“) gewähren, um das Entstehen neuer Monopole zu verhindern.
- ▶ Bei der Leerrohrförderung im Rahmen der GAK gilt zusätzlich, dass die Leerrohre nur bis zu den Verteilereinrichtungen verlegt werden dürfen (kein FTTB/FTTH).
- ▶ Dies bedeutet, dass die Kommunen durch die geltenden Förderprogramme auf eine „Grundversorgung“ begrenzt sind und dass eine Vorgabe beispielsweise zur Realisierung eines auch dem langfristigen Bedarf gerecht werdenden Glasfasernetzes unzulässig ist. Nur im Sonderfall, wenn sich für die oben beschriebene Grundversorgung ein FTTB/H-Netz oder ein glasfaserbasiertes Kabelnetz (HFC-Netz) als die wirtschaftlichste Lösung herausstellt, ist eine glasfaserbasierte Lösung realisierbar. Die vorhandenen Förderprogramme mit ihrem Fokus auf Grundversorgung und ihrem begrenzten Mittelvolumen werden also nur im Ausnahmefall Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetze zum Ergebnis haben.

4 Zwischenergebnis

- ▶ In der Fachwelt ist unbestritten, dass Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetze über kurz oder lang unabdingbar sind.
- ▶ Auch die politischen Programme auf EU-, Bundes- und Länderebene fordern Breitbandnetze mit hohen und höchsten Geschwindigkeiten.
- ▶ Diese Netze können auf Dauer nur leitungsgebunden und hier vor allem durch den Einsatz von Glasfasertechnologien realisiert werden.
- ▶ Unter rein betriebswirtschaftlichen Rahmenbedingungen lässt sich die Aufrüstung der Netze vor allem in großen Städten mit einem deutlich günstigeren Verhältnis der Investitionskosten zur potentiellen Kundenbasis privatwirtschaftlich realisieren.
- ▶ Daher ist zu erwarten, dass der ländliche Raum (einschließlich der dort vertretenen kleinen und mittleren Städte) immer mehr von der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung der Ballungsräume abgekoppelt wird. Dieser Zustand ist weder wirtschaftlich-strukturell noch politisch zu verantworten.
- ▶ Bei diesen Rahmenbedingungen werden rein marktwirtschaftliche Lösungen nicht überall zum Tragen kommen. Eine flankierende staatliche Unterstützung (durch einen Rechts- und Regulierungsrahmen, der Anreize für Investitionen setzt und Kooperationen beim Netzausbau ermöglicht, durch die Schaffung von Synergieeffekten bei den erforderlichen Tiefbaumaßnahmen etc.) wird das betriebswirtschaftliche Problem nur begrenzt lösen.

(Hinweis: Auch die weiteren Genehmigungen von Breitbandförderprogrammen in Deutschland unterliegen im Wesentlichen den gleichen Restriktionen. Auf die zusätzlichen Möglichkeiten der kürzlich genehmigten Bundesrahmenregelung Leerrohre wird unter Ziffer 5 eingegangen.)

5 Lösungsansätze

Bei der Realisierung von Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetzen sollten folgende Grundsätze gelten:

- ▶ Priorität haben markt- bzw. eigenwirtschaftliche Lösungen durch die Unternehmen selbst.
- ▶ Investitionen in Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetze sollten durch einen Rechts- und Regulierungsrahmen, der Anreize für Investitionen setzt und Kooperationen beim Netzausbau ermöglicht, unterstützt werden.
- ▶ Fördermaßnahmen dürfen nur subsidiär bei Marktversagen zum Einsatz kommen.
- ▶ Soweit der Staat Unterstützung leistet, muss der Eingriff in den Wettbewerb so gering wie möglich gehalten werden.
- ▶ Gefordert werden muss ein Open-Access-Ansatz, um Wettbewerb zu stimulieren und das Abschotten von Märkten zu verhindern.⁶
- ▶ Durch die Schaffung von Synergieeffekten (Infrastrukturatlas; Baustellenatlas; Mitnutzung öffentlicher und privater Infrastrukturen etc.) lassen sich die Kosten von Breitbandmaßnahmen zum Teil deutlich reduzieren und die Wirtschaftlichkeit erhöhen.

Zur Unterstützung des langfristigen Ausbaus von Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetzen sind folgende Ansatzpunkte zur Optimierung der Förderprogramme sowie für weitere staatliche Unterstützungsmaßnahmen denkbar:

- ▶ Neben Zuschüssen sollten auch *zinsgünstige Darlehen* in das beihilferechtliche Instrumentarium aufgenommen werden. Diese sollten diskriminierungsfrei allen Unternehmen, die in Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetze investieren, direkt gewährt werden und bundesweit gelten. Ergänzend sollten auch Bürgschaften zur Absicherung der Investitionen vorgesehen werden.
- ▶ Der Spielraum der Mitgliedsstaaten zur *Definition des Bandbreitenbedarfs und der Unterversorgung* sollte erhöht und nicht von der Forderung nach Technologieneutralität eingeschränkt werden. Hierzu ist eine Modifikation der geltenden Genehmigungen zu Förderprogrammen erforderlich.

- ▶ Die *Förderbedingungen* in den einschlägigen Landes-, Bundes- und EU-Programmen (GAK, GRW, ELER, EFRE etc.) sollten soweit wie möglich vereinheitlicht werden, die *Mittelvolumen* sollten mittelfristig verstetigt und eine flexible Mittelbereitstellung innerhalb der jeweiligen Förderprogramme vorgesehen werden.
- ▶ Erläuterungsbedürftig ist auch der Begriff des Open Access bzw. des diskriminierungsfreien Zugangs auf Vorleistungsebene. Diskussionsbedarf besteht insbesondere bei Technologien, die eine herkömmliche Open-Access-Lösung (z. B. physischer Netzzugang oder Bitstream Access) nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Zusatzinvestitionen realisieren können. In diesen Fällen könnte daran gedacht werden, auch das Angebot von Wiederverkaufsmodellen („Resale“) als Open Access anzuerkennen.
- ▶ Angesichts des auch auf Dauer zu erwartenden Marktversagens bei der Versorgung ländlicher Räume mit NGA-Netzen müssen neue *Trägerschaftsmodelle für Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetze* als Option in die Breitbandleitlinien integriert werden. (Solche Modelle sollten jedoch auf Gebiete beschränkt werden, in denen die Telekommunikationsunternehmen auch mittelfristig keinen Infrastrukturausbau vornehmen werden und auch Kooperationen zwischen privaten Investoren und Kommunen nicht zu einem Ausbau führen.)

Solche Trägerschaftsmodelle könnten wie folgt ausgestaltet werden: Dort, wo ein nachgewiesener Bedarf an NGA-Netzen besteht und die Klärung der Subsidiaritätsfrage kommunalwirtschaftlichen Handelns (vgl. Komplex 4) z. B. mittels einer Markterkundung analog der Vorgehensweise vor der Ausschreibung von Fördermitteln ergeben hat, dass marktwirtschaftliche Lösungen in absehbarer Zeit nicht zu erwarten sind, investieren Kommunen in ein passives Netz (Leerrohre mit und ohne Kabel für FTTB/FTTH). Der geplante Betrieb des Netzes sowie die Breitbanddienste werden vor dem Bau der Infrastruktur diskriminierungsfrei ausgeschrieben, eine Open-Access-Auflage ist zwingend erforderlich. Das kommunale Engagement sollte grundsätzlich nicht auf Dauer angelegt sein; vielmehr sollte eine Privatisierung des Netzes sobald als möglich und unter Wahrung der Wettbewerbsneutralität des Netzes geprüft werden.

⁶ Hierzu wird auch auf die Arbeiten der PG 3 „Open Access“ sowie der PG 1 „Technische Aspekte von Open Access“ verwiesen.

Die am 12.07.2010 von der EU-Kommission genehmigte „Bundesrahmenregelung Leerrohre“ (vgl. Komplex 2) bietet eine gute Grundlage für die Realisierung derartiger Modelle; gegebenenfalls sind praxisgerechte Klarstellungen und teilweise Erweiterungen der bestehenden Möglichkeiten der Breitbandleitlinien und auch der Bundesrahmenregelung Leerrohre erforderlich. Die Vorgaben dieser Rahmenregelung sollten in vorhandene Breitbandförderprogramme auf Landes-, Bundes- und EU-Ebene übernommen werden.

► Soweit auch mit diesen Modifikationen und immer unter Berücksichtigung der marktwirtschaftlichen Kräfte ein flächendeckender Ausbau von Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetzen nicht vorankommt, ist ein eigenständiges, nur auf die Förderung von NGA-Netzen ausgerichtetes *NGA-Förderprogramm* zu prüfen.

► Denkbar sind auch Modelle einer *Öffentlich-Privaten-Partnerschaft* zur Realisierung des passiven Netzes; wobei die Beteiligung von Privaten zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen ausgeschrieben werden muss. Die beihilferechtlichen Bedingungen solcher ÖPP-Modelle sollten in den Breitbandleitlinien klargestellt werden. Wünschenswert wäre auch eine Präzisierung der Bedingungen, unter denen Kommunen oder von ihnen gegründete Gesellschaften auf Basis des *Private-Investor-Tests* oder unter Einhaltung der Altmark-Trans-Kriterien und damit beihilfefrei im Breitbandbereich tätig werden dürfen.

► Jenseits der Förderprogramme bzw. in Ergänzung der Förderprogramme sollte auch über *Anschlussbeiträge der Endkunden* (auf privatwirtschaftlicher Basis)⁷ nachgedacht werden, um damit die Wirtschaftlichkeit von NGA-Projekten in ländlichen Regionen zu erhöhen.

⁷ Hiermit ist kein „Anschluss- und Benutzungszwang“ gemeint, sondern Baukostenzuschüsse oder Ähnliches der privaten Haushalte, die von den Telekommunikationsunternehmen verlangt werden, um die Wirtschaftlichkeit des Projektes sicherzustellen. Zum Thema „Anschluss- und Benutzungszwang“ vergleiche das Kapitel 4.2.

Komplex 4: Kommunen als Errichter und Betreiber von NGA-Netzen

1 Vorbemerkung

Ungeachtet aller Investitionen der Kabel- und Telekommunikationsunternehmen ist es bislang nicht gelungen, flächendeckend eine Versorgung mit leistungsfähigen Breitbandnetzen im Wettbewerb sicherzustellen. Während die städtischen Ballungsgebiete mittlerweile gut versorgt sind, zeigt sich in ländlichen Räumen immer wieder, dass nicht alle weißen Flecken rein privatwirtschaftlich erschlossen werden können. Das liegt durchaus in der Logik des liberalisierten Telekommunikationsmarktes: Die Versorgung in der Fläche verursacht – zumal bei schwieriger Topografie – vergleichsweise hohe Netz- bzw. Infrastrukturkosten, denen bei geringer Besiedlungsdichte kein ausreichend hohes Kundenpotenzial gegenübersteht. Es entsteht eine „Wirtschaftlichkeitslücke“, die es für viele Anbieter unter ökonomischen Gesichtspunkten wegen fehlender oder schlechter Refinanzierungsmöglichkeiten unattraktiv macht, in eigene Infrastrukturen zu investieren.

Staatliche Förderung (GAK, GRW, Konjunkturpaket II sowie die Programme der Länder) hat hier zwar vielfach Abhilfe schaffen können. Neben den großen, bundesweit tätigen Anbietern haben nicht zuletzt kleinere, mittelständische Unternehmen (KMU) die sich ihnen bietenden Chancen zur Realisierung innovativer, regionaler Ansätze erkannt, und stellen heute – vielfach unter Rückgriff auf vergleichsweise preiswerte Funktechnologien und mitunter sogar ohne Inanspruchnahme von Fördermitteln – in zahlreichen Kommunen des ländlichen Raums eine (Grund-)Versorgung der Bevölkerung mit breitbandigen Internetanschlüssen sicher.

Angesichts des wachsenden Breitbandbedarfs ist aber davon auszugehen, dass solche Funklösungen nur einen Zwischenschritt darstellen können. Das in der Breitbandstrategie der Bundesregierung formulierte Ziel, hochleistungsfähige Breitbandanschlüsse mit Übertragungsraten von 50 Megabit pro Sekunde und mehr „möglichst bald flächendeckend verfügbar zu haben“, wird sich nach heutigem Erkenntnisstand in erster Linie mit leitungsgebundenen Technologien (Glasfaser, Breitbandkabelnetze) – gegebenenfalls ergänzt um Richtfunk – realisieren lassen. Das bedeutet, dass mittelfristig auch im ländlichen Raum das im Wesentlichen noch unter den Bedingungen eines

staatlichen Monopols ausgebaute Telefonkupfernetz, an welches heute nahezu jeder Haushalt angeschlossen ist, weitgehend flächendeckend im Sinne des Eingangsbildes durch NGA-Netze ersetzt werden muss, wenn nicht riskiert werden soll, dass der ländliche Raum dauerhaft vom Breitbandinternet und damit einer Basisinfrastruktur der Zukunft ausgeschlossen sein soll. Angesichts der enormen Investitionen, die mit dem Ausbau eines solchen neuen Netzes verbunden sind, ist insoweit noch in erheblich größerem Umfang als bei der Sicherstellung einer Grundversorgung mit Funklösungen damit zu rechnen, dass private Unternehmen – den Gesetzmäßigkeiten des Wettbewerbs folgend – von einer Erschließung des ländlichen Raums aus wirtschaftlichen Gründen absehen oder ihr jedenfalls keine Priorität einräumen werden. Mit staatlichen Förderprogrammen lassen sich zwar auch die beim Ausbau von NGA-Netzen entstehenden Wirtschaftlichkeitslücken ein Stück weit schließen. Erste Erfahrungen zeigen jedoch, dass es trotz Förderung Gebiete geben wird, in denen private Anbieter nicht bereit sein werden, eigene Infrastrukturen zu errichten.

In solchen Fällen ergreifen mittlerweile einzelne Kommunen des ländlichen Raums selbst die Initiative, um eine Versorgung ihrer Bürger mit hochleistungsfähigen Breitbandanschlüssen sicherzustellen. Diese Kommunen gehen davon aus, dass ein weiteres Zuwarten eine erhebliche Gefahr für die Zukunftsfähigkeit des ländlichen Raums darstellt. Wenn es nicht gelingt, mittelfristig auch in den ländlichen Regionen eine bedarfsgerechte Versorgung mit hochleistungsfähigen Breitbandanschlüssen zu tragbaren Preisen vorzuhalten, werden die ländlichen Kommunen im Standortwettbewerb mit städtischen Ballungsgebieten dauerhaft ins Hintertreffen geraten. Stärker als bei der Erschließung mit Funktechnologien, die vielfach auch in einzelnen Gemeinden isolierte Lösungen zulassen, ist beim Ausbau von NGA-Netzen der Rückgriff auf größere, regionale Ansätze notwendig. Auch die finanziellen Dimensionen eines NGA-Ausbaus werden gerade kleinere Gemeinden schnell überfordern. Deshalb sind es neben Formen der interkommunalen Zusammenarbeit z.B. in eigens gegründeten Zweckverbänden vielfach die Landkreise, die – gemeinsam mit den kreisangehörigen Gemeinden – den Ausbau solcher Netze im ländlichen Raum vorantreiben und als Errichter und im Ausnahmefall auch als Be-

treiber aktiv werden. Insoweit stellen sich eine ganze Reihe von Rechtsfragen.

Hier ist insbesondere zu berücksichtigen, dass es nach der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte grundsätzlich nicht Aufgabe des Staates oder der Kommunen ist, eigene Netze aufzubauen oder gar zu betreiben. Kommunale Netze sollten daher die absolute Ausnahme bleiben und auf Gebiete beschränkt werden, in denen die Telekommunikationsunternehmen auch mittelfristig keinen Infrastrukturausbau vornehmen werden und auch Kooperationen zwischen privaten Investoren bzw. Unternehmen und Kommunen nicht zu einem Ausbau führen. Das kommt verfassungsrechtlich insbesondere in Artikel 87f GG zum Ausdruck, der verlangt, dass Telekommunikationsdienstleistungen „als privatwirtschaftliche Tätigkeiten“ erbracht werden. Dies steht einem kommunalen Engagement aber nicht entgegen, wenn und soweit private Anbieter aus wirtschaftlichen Erwägungen von der Errichtung von Breitbandinfrastrukturen absehen. Dem ist hier nicht weiter nachzugehen. Die Darstellung beschränkt sich im Folgenden vielmehr auf die Frage, welche Maßnahmen die Kommunen im Einklang mit dem europäischen Beihilfenrecht, insbesondere im Kontext der Anwendung der Bundesrahmenregelung Leerrohre, ergreifen können (dazu sub 2.) und welche kommunalrechtlichen Regelungen zu beachten sind (sub 3.). In sub 4. werden hergebrachte kommunalrechtliche Instrumente als Alternativen zur Finanzierung kommunaler Breitbandinfrastrukturen dargestellt.

2 Beihilfenrecht

Die im Rahmen der Förderung des Breitbandausbaus relevanten Vorgaben des europäischen Beihilfenrechts sind oben (Komplex 2) bereits eingehend erörtert worden. Im vorliegenden Zusammenhang besonders relevant ist die „Bundesrahmenregelung Leerrohre“. Diese sieht vor, dass die kommunale Förderung von NGA-Netzen in unterschiedlichen Formen erfolgen kann. Lässt man den Fall außer Acht, dass die Kommunen lediglich Erdarbeiten (vgl. § 3 Abs. 1 lit c) der Rahmenregelung) übernehmen, kommen folgende Konstellationen in Betracht:

- Die Kommune stellt Leerrohre bereit, die für NGA-fähige Breitbandinfrastrukturen genutzt wer-

den sollen. Die Kommune ist Bauherr oder allein Verfügungsberechtigt über die Nutzung der Leerrohre (§ 3 Abs. 1 lit a) der Rahmenregelung).

- Die Kommune stellt Leerrohre bereit, in die sie bereits ein oder mehrere unbeschaltete NGA-fähige Kabel eingezogen hat (§ 3 Abs. 1 lit b) der Rahmenregelung).

Die Rahmenregelung bestimmt, dass die Kommunen die Inanspruchnahme bzw. Nutzung der von ihnen verlegten Leerrohre (mit oder ohne Kabel) ausschreiben müssen und der Betrieb von dem erfolgreichen Bieter übernommen wird. Nicht geregelt ist der Fall, dass die Kommune darüber hinaus auch den Betrieb des Netzes übernimmt. Dazu kann es insbesondere kommen, wenn sich im Rahmen der Ausschreibung der passiven Infrastruktur kein Betreiber gefunden hat. Das Beihilfenrecht steht zwar grundsätzlich einem Eigenbetrieb des Netzes durch die Kommune nicht entgegen, denn grundsätzlich sind auch beihilfefreie staatliche Maßnahmen auf der Basis des so genannten „Private Investor Tests“ (die öffentliche Hand agiert unter den gleichen Bedingungen wie ein privates Unternehmen) möglich. Dazu muss allerdings der Nachweis geführt werden können, dass sich eine Kommune wie ein privater Investor verhält. Das fällt in der Praxis regelmäßig schwer. Zudem gilt: Wenn sich eine Kommune zum Netzbetrieb entschließt, unterliegt sie denselben Verpflichtungen – etwa im Hinblick auf „Open Access“ –, die auch für einen durch Ausschreibung ermittelten privaten Netzbetreiber gelten würden: Er muss seine Leistungen zu Marktpreisen anbieten. Abgesehen vom „Private Investor Test“ können entsprechende kommunale Maßnahmen möglicherweise auch nach den für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) geltenden strengen Kriterien der Altmarkt-Trans-Rechtsprechung beihilfenrechtlich zulässig sein. Diese legen nach dem so genannten „Monti-Paket“ nicht nur strenge Bestimmungen an den öffentlichen Betrauungsakt, sondern auch strenge Maßstäbe für eine Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung insbesondere hinsichtlich der Gemeinkostenzuordnung zwecks Vermeidung von Quersubventionspotenzialen an.

Um den Anforderungen insbesondere an die Subsidiarität des staatlichen Eingreifens gegenüber Marktlösungen Rechnung zu tragen, sollten in jedem

Fall alle in der Rahmenregelung vorgesehenen Verfahrensschritte (Bedarfsermittlung, Befragung der Marktteilnehmer, ordnungsgemäße Ausschreibung) beachtet werden.

In den beiden ersten Fällen betreiben die Kommunen passive Infrastrukturen, werden mithin auf der ersten Stufe der telekommunikationswirtschaftlichen Wertschöpfungskette tätig. Übernehmen sie auch den Betrieb des Netzes, sind sie Inhaber einer aktiven Infrastruktur und damit auf der zweiten Stufe der Wertschöpfungskette tätig.⁸

3 Kommunalrechtliche Fragen der Errichtung und des Betriebs von NGA-Netzen

Im Folgenden sind die Regelungen der Gemeinde- und Landkreisordnungen der Länder näher zu betrachten, die die Kommunen bei der Errichtung und gegebenenfalls dem Betrieb von Breitbandinfrastrukturen zu berücksichtigen haben (unten sub 3.2). Geprüft werden soll darüber hinaus, ob mit dem Anschlussbeitrag sowie dem Anschluss- und Benutzungszwang anerkannte Rechtsinstitute zur Verfügung stehen, die zum Aufbau von kommunalen Breitbandinfrastrukturen herangezogen werden könnten (sub 3.3). Basis des kommunalen Engagements ist die Zugehörigkeit des Breitbandinternets zur Daseinsvorsorge (sub 3.1)

3.1 Breitbandversorgung als Gegenstand kommunaler Daseinsvorsorge

Jedes kommunale Handeln *muss durch einen besonderen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein*. Ein solcher ist insbesondere dann gegeben, wenn eine Leistung dem Bereich der so genannten *Daseinsvorsorge* zugehört.

⁸ Es gibt auch vertikal vollintegrierte kommunale Telekommunikationsunternehmen wie Netcologne oder wilhelm.tel, die darüber hinaus auch Telekommunikationsdienste anbieten. Die Tätigkeit solcher Unternehmen bleibt im Folgenden außer Betracht.

Der Begriff der „Daseinsvorsorge“ ist *kein Rechtsbegriff*, aus dem sich bestimmte Rechtsfolgen ableiten ließen. Insbesondere unmittelbare Leistungsansprüche der Bürger ergeben sich daraus nicht. Ist eine Leistung Teil der Daseinsvorsorge, kann sich der Staat ihrer Bereitstellung gegenüber aber nicht gleichgültig verhalten. Er muss vielmehr dafür Sorge tragen, dass diese Leistung jedermann zu tragbaren Bedingungen zugänglich ist – entweder, indem er sie selbst bereitstellt oder indem er Rahmenbedingungen setzt bzw. den Rechts- und Regulierungsrahmen so gestaltet, dass ein entsprechendes Leistungsangebot am Markt gewährleistet werden kann. In der vom Vorrang des Marktes geprägten Rechts- und Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik Deutschland kann die Zugehörigkeit einer Leistung zur Daseinsvorsorge mithin grundsätzlich und bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen staatliche Eingriffe in die Freiheit des Wettbewerbs legitimieren.

Welche Leistungen Teil der Daseinsvorsorge sind, lässt sich mangels einer feststehenden Definition nicht abschließend bestimmen. Es besteht aber Einigkeit, dass dazu neben den existenziell notwendigen Gütern wie Strom und Wasser weitere Leistungen gehören, die für das menschliche Dasein und die wirtschaftliche Entwicklung unverzichtbar sind. Zu diesen Leistungen gehört auch die Breitbandversorgung. Nicht umsonst wird die Breitbandversorgung in ihrer Bedeutung ganz allgemein auf eine Stufe mit Straßen und Schienen sowie mit Gas-, Wasser- und Stromverteilnetzen gesetzt. Beispielhaft kann insoweit auf die Breitbandstrategie der Bundesregierung verwiesen werden. Auch im Koalitionsvertrag ist festgehalten: „Eine flächendeckende Breitbandversorgung gehört für uns zur Daseinsvorsorge.“

Es ist deshalb folgerichtig, dass der Bund und die Länder zahlreiche Maßnahmen zur Sicherstellung einer Breitbandversorgung ergriffen haben und sich über die Förderprogramme auch finanziell für die Breitbandversorgung, vor allem im ländlichen Raum, engagieren. In Gebieten, in denen es trotz dieser Anreize nicht zu Ausbaumaßnahmen privater Anbieter kommt bzw. kommen wird, sind die Kommunen berechtigt, selbst die Initiative zu ergreifen und den Netzausbau voranzutreiben. Sie können sich dabei auf Artikel 28 Absatz 2 GG stützen, der ihnen die Allzuständigkeit für alle Angelegenheiten der örtlichen

Gemeinschaft – einschließlich der Daseinsvorsorge – zuweist. Die Kompetenz der Landkreise ergibt sich insoweit zum Teil aus Normen des Landesverfassungsrechts, zum Teil aus den generalklauselartigen Kompetenzzuweisungen der Landkreisordnungen für die Ausgleichs- und Ergänzungsaufgaben.

Dass die Breitbandversorgung Teil der Daseinsvorsorge ist, bedeutet im Übrigen nicht, dass sie zwingend als *Universaldienst* durch dazu besonders verpflichtete Unternehmen zu erbringen wäre. Das Universaldienstkonzept, wie es etwa in §§ 78 ff. TKG näher ausgestaltet ist, stellt lediglich eine der Möglichkeiten dar, wie der Staat seiner Verantwortung als Gewährleister einer ausreichenden Breitbandversorgung Rechnung tragen kann.

3.2 Der kommunalrechtliche Rechtsrahmen für die Errichtung und den Betrieb von Breitbandinfrastrukturen

Auch wenn die Kommunen mithin im Rahmen der beihilfenrechtlichen Vorgaben grundsätzlich berechtigt sind, sich im Interesse ihrer Bürger für einen raschen Ausbau leistungsfähiger Breitbandinfrastrukturen zu engagieren, haben sie die Restriktionen zu beachten, die sich aus den Gemeinde- und Landkreisordnungen ergeben können. Insoweit kommt es insbesondere darauf an, ob es sich bei der Errichtung und gegebenenfalls dem Betrieb von Breitbandinfrastrukturen um eine *wirtschaftliche Betätigung* der Kommune (dazu sub 3.2.1) oder um die Schaffung und Verwertung *kommunalen Vermögens* (sub 3.2.2) handelt.

3.2.1 Kommunales Wirtschaftsrecht

Nach dem Kommunalrecht aller Länder gelten für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen (so z.B. in Nordrhein-Westfalen) bzw. die Errichtung kommunaler Unternehmen (so etwa nach der Gemeindeordnung für Bayern) besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen.

3.2.1.1 Anwendbarkeit

Die Voraussetzungen, unter denen von einer wirtschaftlichen Betätigung im Sinne des Kommunalrechts auszugehen ist, sind nur selten positiv normiert. Häufiger finden sich dagegen negative Ausgrenzungen aus dem Anwendungsbereich des kommunalen Wirtschaftsrechts. In Nordrhein-Westfalen bspw. gehört der Betrieb von Einrichtungen, die der Abfallentsorgung oder der Abwasserbeseitigung dienen, explizit nicht zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten. Dagegen ist die Bereitstellung von Breitbandinfrastrukturen noch in keinem Bundesland ausdrücklich aus dem Bereich der wirtschaftlichen Betätigung ausgeklammert worden.

Nordrhein-Westfalen gehört auch zu den wenigen Bundesländern, die den Begriff der „wirtschaftlichen Betätigung“ positiv umschreiben. § 107 Abs. 1 Satz 3 der Gemeindeordnung definiert als „wirtschaftliche Betätigung“ den Betrieb von Unternehmen, „die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte.“ Andere Definitionsansätze verzichten auf das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht und stellen in erster Linie auf die Wertschöpfung ab. Stets wird betont, dass die Abgrenzung im konkreten Einzelfall schwierig sein und nur auf Grundlage einer wertenden Betrachtung erfolgen kann.

Für den hier interessierenden Zusammenhang wird man differenzieren müssen: Sofern eine Kommune den Betrieb des Netzes – etwa in Form einer eigenen Netzgesellschaft – übernimmt, handelt es sich nach den genannten Kriterien – vorbehaltlich gegebenenfalls abweichender Regelungen in den Kommunalverfassungen – um eine wirtschaftliche Betätigung im Anwendungsbereich des kommunalen Wirtschaftsrechts.

Demgegenüber stellt die bloße Verlegung von Leerrohren (gegebenenfalls auch mit Kabeln), die nach Maßgabe des Beihilfenrechts im Wege der Ausschreibung Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, damit diese vor Ort die Versorgung mit Breitbandanschlüssen übernehmen, bei wertender Betrachtung keine *wirtschaftliche Betätigung* im hier maßgeblichen Sinne dar. Um Abgrenzungsschwierigkeiten in der Praxis vorzubeugen, könnte eine Klarstellung in

den Gemeindeordnungen der Länder erwogen werden. Diese Fälle werden vielmehr von den Regelungen der Kommunalverfassungen erfasst, die die *Verwaltung und Verwertung kommunalen Vermögens* betreffen (dazu unten sub 3.2.2).⁹

3.2.1.2 Kommunalwirtschaftsrechtliche Schrankentrias

Soweit der Betrieb eines Telekommunikationsnetzes nach den vorstehenden Grundsätzen als wirtschaftliche Betätigung anzusehen ist, greift die so genannte Schrankentrias des kommunalen Wirtschaftsrechts. Die Regelungen der Kommunalverfassungen weichen insoweit im Detail zwar voneinander ab. Im Grundsatz gilt aber, dass eine kommunale Wirtschaftsbetätigung nur zulässig ist, wenn

- ▶ dies einem öffentlichen Zweck dient,
- ▶ die Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und
- ▶ der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch ein privates Unternehmen erfüllt werden kann (Subsidiaritätsklausel).

Darüber hinaus ist zu beachten, dass Kommunen sich auch wirtschaftlich prinzipiell nur in den Grenzen ihres Gebietes (Örtlichkeitsprinzip) betätigen dürfen.

Dass die Bereitstellung von Breitbandnetzen als Teil der kommunalen Daseinsvorsorge einem *öffentlichen Zweck* dient, wenn anders eine Versorgung nicht sichergestellt ist, wurde schon dargelegt. Insoweit ergehen sich also keine Bedenken gegen eine kommunale Betätigung in diesem Bereich. Ob die Errichtung und der Betrieb einer entsprechenden Infrastruktur in angemessenem Verhältnis zur *Leistungsfähigkeit der Kommune* steht, kann nur in jedem Einzelfall entschieden werden. Prinzipielle Hindernisse ergeben sich jedenfalls nicht.

Maßgeblich für die Zulässigkeit einer kommunal betriebenen Glasfaserinfrastruktur ist mithin die Vereinbarkeit mit der Subsidiaritätsklausel. Insbesondere diese ist von Land zu Land unterschiedlich ausgestaltet. Neben der oben wiedergegebenen „einfachen“

Subsidiaritätsklausel gibt es in manchen Kreis- und Gemeindeordnung auch „strenge“ Subsidiaritätsvorschriften, die verlangen, dass der öffentliche Zweck „besser und wirtschaftlicher“ durch ein kommunales statt durch ein privates Unternehmen erfüllt werden kann. Die Vereinbarkeit mit der Subsidiaritätsklausel bedarf als rechtliche Voraussetzung im jeweiligen konkreten Einzelfall einer Klärung, die grundsätzlich vor dem wirtschaftlichen Tätigwerden der Kommune erfolgen muss, z. B. durch eine Abfrage am Markt, vergleichbar den bei einer Förderung vorgeschriebenen Markterkundungsverfahren. Das Recht einiger Bundesländer sieht insoweit eine Marktanalyse vor. Der Schutzzweck des Kommunalwirtschaftsrechts deckt sich hier weitgehend mit demjenigen des Beihilfenrechts. Anders ausgedrückt: Steht nach dem Durchlaufen der beihilfenrechtlich vorgeschriebenen Verfahrensschritte wie Markterkundung und Vergabeverfahren fest, dass kein privates Unternehmen bereit ist, in einer Kommune ein hochleistungsfähiges Breitbandnetz zu betreiben, steht auch das kommunale Wirtschaftsrecht dem kommunalen Betrieb eines solchen Netzes nicht entgegen. Die Anforderungen an eine Marktanalyse, wie sie einige Gemeindeordnungen vorschreiben, dürften damit ebenfalls erfüllt sein.

In Nordrhein-Westfalen – und in Zukunft nach aktuellen Planungen der Landesregierung wohl auch in Niedersachsen – ist die „Telekommunikation“ vom Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklauseln ausgenommen. Bayern, Baden-Württemberg und Thüringen unterwerfen ganz generell die kommunale Daseinsvorsorge nicht der Subsidiaritätsklausel. In diesen Ländern verlangt das kommunale Wirtschaftsrecht mithin keine Prüfung, ob das Netz ebenso gut auch von einem privaten Unternehmen errichtet und betrieben werden könnte. Jedoch wäre zu klären, welche Qualitätsausprägung (in Bezug auf Breitband etwa: welche Bandbreite) noch vom Begriff der Daseinsvorsorge erfasst ist. Die entsprechenden Vorgaben des Beihilfenrechts gelten allerdings selbstverständlich auch in diesen Bundesländern.

3.2.2 Kommunale Vermögenswirtschaft

Diese Regelungen zur kommunalen Vermögenswirtschaft stimmen bei allen Unterschieden im Detail darin überein, dass sie einen sorgfältigen, Wert wahrenden Umgang mit kommunalen Vermögen verlan-

⁹ Die kommunalrechtliche Einstufung einer Maßnahme lässt keine Rückschlüsse auf ihre steuerrechtliche Beurteilung zu. Ob eine Maßnahme im Sinne des Steuerrechts eine wirtschaftliche Betätigung darstellt, ist vielmehr gesondert zu prüfen.

gen und damit insbesondere auch bei der Bildung der Preise zu beachten sind, zu denen kommunales Vermögen – wie etwa Leerrohre – Dritten zur Nutzung überlassen werden. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Kommunen Leerrohre stets nur zu kostendeckenden Preisen überlassen dürften. Vielmehr ist anerkannt, dass die Kommunen bei der Verwertung ihres Vermögens auch andere Faktoren wie soziale Aspekte oder den Aspekt der Wirtschaftsförderung beachten dürfen. Insbesondere das Beihilfenrecht, das es im Falle der Leerrohrförderung sogar zulässt, die Leerrohre kostenlos zur Verfügung zu stellen, wenn anderenfalls der Förderzweck nicht erreicht werden kann, sorgt dafür, dass es dadurch nicht zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung einzelner Anbieter kommt. Die wettbewerbssichernde Funktion des Beihilfenrechts trifft sich also mit dem fiskalischen Anliegen der kommunalverfassungsrechtlichen Bestimmungen zur Vermögensverwaltung. Auch insoweit könnten klarstellende Regelungen in den Gemeindeordnungen erwogen werden.

4 Exkurs: Hergebrachte kommunalrechtliche Instrumente als Alternativen zur Finanzierung kommunaler Breitbandinfrastrukturen

Unter der Voraussetzung, dass die Kriterien der oben beschriebenen Schrankentrias erfüllt und somit der Betrieb von Breitbandinfrastrukturen durch die öffentliche Hand grundsätzlich legitim ist, besteht ein Vorteil kommunal getragener Breitbandinfrastrukturen darin, dass die Kommunen im Vergleich zu privaten Anbietern längere Amortisierungszeiträume zugrunde legen können. Während die privaten Unternehmen ein „Return on Investment“ bereits nach wenigen Jahren erwarten, können kommunale Unternehmen auch mit Zeiträumen von bis zu 20 Jahren oder mehr kalkulieren. Selbst unter Berücksichtigung dieses Vorteils stellt sich die Frage, wie kommunale Investitionen in hochleistungsfähige Breitbandinfrastrukturen finanziert werden können. Insoweit kommen zunächst spezifische Finanzierungsprogramme in Betracht, die auf die Besonderheiten kommunal errichteter und ggfs. auch betriebener Breitbandinfrastrukturen zugeschnitten sind (dazu auch der Komplex „Finanzierung“).

Angesichts der erheblichen finanziellen Dimension des Ausbaus von NGA-Netzen einerseits und im Hinblick auf die desaströse Finanzlage der Kommunen andererseits liegt es auf der Hand, dass die Finanzierung der Breitbandnetze nur eingeschränkt aus allgemeinen Haushaltsmitteln erfolgen kann. Für die Zukunft kann es daher nicht ausgeschlossen werden, dass nach alternativen Finanzierungsinstrumenten gesucht werden muss. Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden zwei etablierte Institute des Kommunalrechts betrachtet werden, die auch sonst zur Finanzierung von Infrastrukturen im Bereich der Daseinsvorsorge herangezogen werden: der Anschlussbeitrag als besondere Abgabenart sowie die Statuierung eines Anschluss- und Benutzungszwangs für kommunale Breitbandeinrichtungen. Beide Instrumente lassen sich allerdings nur schwer mit dem Wettbewerbsprinzip vereinbaren und gehen mit erheblichen Eingriffen in die Freiheiten der Nutzer, aber auch der Telekommunikationsunternehmen einher. Ein Rückgriff auf sie liegt daher nicht nahe und kommt von vornherein nur als Ultima ratio in Betracht.

4.1 Anschlussbeitrag zur Finanzierung kommunaler Breitbandinfrastrukturen

Im Zusammenhang mit dem Ausbau von Breitbandinfrastrukturen noch kaum untersucht ist bislang, ob und in welcher Weise die künftigen Nutzer der Infrastruktur zur Finanzierung herangezogen werden können. Insoweit stellt sich die Frage, ob das Institut des Anschlussbeitrags aus dem Kommunalabgaberecht, ein seit langem etabliertes rechtliches Instrument, auch für die Finanzierung von kommunalen Breitbandnetzen zur Verfügung steht.

Der „Beitrag“ als spezifische Abgabenart trägt gezielt dem Umstand Rechnung, dass die Kommunen aus ihrer Zuständigkeit für die Daseinsvorsorge heraus öffentliche Einrichtungen schaffen, die für die Einzelnen mit besonderen wirtschaftlichen Vorteilen verbunden sind. Klassisches Beispiel dafür ist der Bau von Straßen, aber auch die Errichtung leitungsgebundener Infrastrukturen z. B. der Wasser-, Gas- und Fernwärmeversorgung.

Nach dem Kommunalabgabenrecht der Länder sind die Kommunen berechtigt, gleichsam als Gegenleistung für den mit dem Bau dieser Einrichtungen für den Einzelnen – in der Regel einen Grundstückseigentümer – verbundenen wirtschaftlichen Vorteil Anschlussbeiträge zu erheben. Das Anschlussbeitragsrecht erschöpft sich dabei nicht im Anschluss eines Grundstücks durch Leitungen; in die Kalkulation der Beitragshöhe ist vielmehr das gesamte Leitungsnetz einschließlich gegebenenfalls vorhandener zentraler Komponenten einzubeziehen.

Auf die Einzelheiten des Anschlussbeitragsrechts kann hier nicht eingegangen werden. Wichtig ist allein die Frage, ob dieses Instrument überhaupt zur Finanzierung kommunaler Breitbandinfrastrukturen eingesetzt werden kann. Insoweit bestimmt beispielsweise § 8 Abs. 2 Satz 1 des Kommunalabgabengesetzes für Nordrhein-Westfalen – vergleichbare Regelungen finden sich auch in den anderen Landesrechten –, dass Beiträge „Geldleistungen [sind], die dem Ersatz des Aufwandes für die Herstellung, Anschaffung und Erweiterung öffentlicher Einrichtungen und Anlagen“ dienen. Entscheidend ist mithin, ob eine kommunale Breitbandinfrastruktur eine beitragsfähige Einrichtung bzw. Anlage im Sinne der Kommunalabgabengesetze ist. Da der Begriff der Einrichtung bzw. Anlage denkbar weit und nicht technisch zu verstehen ist, umfasst er fraglos auch Infrastrukturen wie NGA-Netze. „Öffentlich“ wird diese Einrichtung durch eine entsprechende Widmung. Es bedarf also eines Widmungsaktes – z. B. einer Satzung –, der die Infrastruktur „öffentlich“ macht. „Öffentlich“ bedeutet dabei nur, dass die Einrichtung den Bürgern der Kommune zur Verfügung gestellt wird.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass der Anschlussbeitrag prinzipiell – insbesondere auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck dieser Abgabenart – zur Finanzierung von Breitbandinfrastrukturen geeignet erscheint, zu deren Errichtung die Kommune unter Beachtung der verschiedenen, oben skizzierten Rechtskreise berechtigt ist. Einzelheiten müssten gutachterlich näher geklärt werden.

4.2 Der Anschluss- und Benutzungszwang

Ein klassisches Instrument zur Sicherstellung kommunaler Leistungen der Daseinsvorsorge zu tragbaren wirtschaftlichen Bedingungen ist der Anschluss- und Benutzungszwang. Das Kommunalrecht aller Länder ermächtigt die Kommunen dazu, die Bürger durch Satzung zum Anschluss an bzw. zur Benutzung von bestimmten öffentlichen Einrichtungen zu verpflichten. Voraussetzung dafür ist stets das Vorliegen eines öffentlichen Bedürfnisses. Es müssen also in hinreichendem Umfang Gründe des öffentlichen Wohls für den Anschluss- und Benutzungszwang sprechen. Anerkannt ist dabei, dass auch die Sicherstellung der Rentabilität einer öffentlichen Einrichtung den Anschluss- und Benutzungszwang rechtfertigen kann. Dahinter steht der Gedanke, dass Errichtung und Betrieb bestimmter Infrastrukturen nur dann wirtschaftlich tragbar sind, wenn sie von vielen oder möglichst allen potenziellen Nutzern in Anspruch genommen werden.

Auch wenn das Kommunalrecht der Länder de lege lata die Statuierung eines Anschluss- und Benutzungszwangs für Breitbandinfrastrukturen derzeit nicht zulässt, könnte die Anwendung dieses Rechtsinstituts für den Aufbau leistungsfähiger kommunaler Breitbandinfrastrukturen in Zukunft grundsätzlich erwogen werden. Bei solchen Erwägungen ist jedoch unbedingt zu berücksichtigen, dass Glasfasernetze oder andere hochbitratige Infrastrukturen vielfach parallel zu bereits existierenden Kupferkabelnetzen und ggf. auch zu Funklösungen mit niedrigeren Übertragungsraten errichtet werden. Das gilt insbesondere dann, wenn z. B. ein Landkreis eine flächendeckende Lösung für das gesamte Kreisgebiet anstrebt.

Es liegt auf der Hand, dass mit einer solchen Vorgehensweise erhebliche Eingriffe nicht nur in die Grundrechte der Nutzer, sondern auch in die Berufs- und Eigentumsfreiheit (Entwertung vorhandener Netze!) verbunden wären. Die Statuierung eines Anschluss- und Benutzungszwangs zugunsten kommunaler Breitbandnetze kommt daher – dies sei an dieser Stelle nochmals betont – von vornherein nur als *Ultima ratio* in Betracht.

Ob solche Eingriffe gerechtfertigt werden können, hängt im Übrigen entscheidend von dem Gewicht ab, das der Versorgung mit hochleistungsfähigen Internetanschlüssen durch die öffentliche Hand beigemessen wird. Das darf von vornherein und allenfalls dort der Fall sein, wo der Markt nicht von sich aus für eine Versorgung (des ländlichen Raums) sorgt, weil die Telekommunikationsunternehmen auch mittelfristig keinen Infrastrukturausbau vornehmen werden. Es ist davon auszugehen, dass in diesen Teilen des ländlichen Raums das (Glasfaser-)netz Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweist. Ein „Wettbewerb der Netze“ kann sich dort also ohnehin nicht entwickeln. Für die Inhaber bereits bestehender, weniger leistungsfähiger Infrastrukturen wären Kompensationen vorzusehen, etwa in Form ausreichend lang bemessener Übergangsfristen. Eine Möglichkeit zur näheren Abschätzung der Folgen wäre es, in Pilotprojekten mit dem Instrument des Anschluss- und Benutzungszwanges zu experimentieren. Hierfür müssten dann ggf. zunächst die notwendigen gesetzlichen Grundlagen geschaffen werden. Auch an dieser Stelle muss aber der Hinweis auf die vor allem beihilferechtliche Zulässigkeit der Errichtung eines kommunalen Breitbandnetzes gegeben werden.

Komplex 5: Finanzierung von Breitbandnetzen

1 Besondere Anforderungen an Breitband-Finanzierungen

Als bedeutender Bestandteil eines erfolgreichen Breitbandausbaus werden im Folgenden wichtige Finanzierungsaspekte aus Sicht eines Kapitalgebers genannt. Aufgrund der Komplexität des Themas Breitbandausbaus und der Vielzahl der Faktoren im Entscheidungsprozess wird zudem auf die Ausführung zum Thema Finanzierung im Rahmen der Beiträge zum vierten IT-Gipfel 2009 verwiesen („Finanzierung – wichtiger Bestandteil eines erfolgreichen Breitbandausbaus“).

Zusammenfassend ist auf die Vielfältigkeit der technischen Lösungsszenarien hinzuweisen (→ Verweis auf Komplex „Technische Aspekte offener Zugangnetze“). Darüber hinaus unterscheiden sich in aller Regel auch die lokalen Gegebenheiten (Bebauungsdichte, Wettbewerb etc.) und nicht zuletzt können auch unterschiedliche rechtliche Aspekte gelten (siehe auch Komplex 4). Daher kann es keinen einheitlichen Geschäftsplan und somit auch keine standardisierte Antwort für Finanzierungs Lösungen geben. Vielmehr bedarf es aus finanzwirtschaftlicher Sicht regelmäßig einer Einzelfallprüfung.

Die Basis der Finanzierungskonzepte bildet die Bonitätseinschätzung des Investors durch den Kapitalgeber. In einem weiteren Schritt wird der Kapitalgeber prüfen, inwieweit es sich unter Finanzierungsaspekten um ein projektbezogenes Investitionsvorhaben handelt. Die Analyse der Kapitaleinsatzfähigkeit des Investors bei projektbezogenen Investitionsvorhaben, zu denen der Breitbandausbau zählt, stellt auf

die Cash Flow Generierung des Projektes ab. Als langfristige Infrastrukturmaßnahme soll sich der Breitbandausbau typischerweise durch die stabilen Cashflows, die mit dem Netzbetrieb generiert werden, finanzieren. Kennzeichnend ist zudem eine sehr lange Amortisationszeit. Generell gilt bezüglich dem „Return on Investment“ dabei: Je höher die Bevölkerungsdichte und je höher der Umsatz pro Nutzer, desto schneller können die zur Finanzierung ausgeliehenen Finanzmittel zurückgeführt werden. Zwangsweise stehen Regionen mit geringer Bevölkerungsdichte diesem Anspruch entgegen (Stichwort „Weiße Flecken“). Deren Ermittlung im Rahmen der Bedarfsanalyse kann durch die Nutzung des Breitbandatlases unterstützt werden.

In strukturell bislang unterversorgten Regionen kann die Rentabilitätsrechnung den Ansprüchen einer Fremdfinanzierung nicht gerecht werden. Daher stellt sich die Frage nach alternativen Finanzierungsmöglichkeiten.

2 Alternative Finanzierungsoptionen

Außerhalb der Projektfinanzierung und bilateraler Darlehensverträge zählen vor allem Fördermittel zu den zusätzlichen Finanzierungsquellen, die auf Landes-, Bundes- und EU-Ebene beantragt werden können.

Zum anderen besteht unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, dass sich die öffentliche Hand direkt in das Investitionsvorhaben als Finanzierungspartner und (mithaftender) Kreditnehmer einbringt.

Übersicht mit Finanzierungsoptionen und Grundszenarien der Finanzierung

	Grundszenario I	Grundszenario II	Grundszenario III
	Investitionsrisiko 100 % Privatwirtschaft Unternehmen = Darlehensnehmer	Investitionsrisiko verteilt sich zwischen der Privatwirtschaft und Öffentlicher Hand Public Private Partnership (PPP), z. B. Infrastrukturprojekte/ Bauindustrie	Investitionsrisiko 100 % Öffentliche Hand Öffentliche Hand = Darlehensnehmer
Finanzierungsoptionen	bilateraler Kreditvertrag syndizierter Kreditvertrag	PPP als Betreibermodell: Öffentliche Hand = Projektauftraggeber Projektgesellschaft-Eigentümer = 100 % Privatwirtschaft → Darlehensnehmer	bilateraler Kreditvertrag
Kreditgeber	Banken	i. d. R. Konsortium aus mehreren Banken	Banken
Finanzierungsoptionen	Unternehmen = Fremdkapital-Emittent - Stille Beteiligungen - Hybridanleihen - Genusscheine - Wandelanleihen - Anleihen - Schuldscheindarlehen	PPP als Kooperationsmodell: Öffentliche Hand wird Miteigentümer der Projektgesellschaft	
Kreditgeber		i.d.R. Konsortium aus mehreren Banken	

Quelle: LBBW Research

Für die direkte Beteiligung steht unter Finanzierungsaspekten eine Vielzahl an vorstellbaren Beteiligungsformen bereit. Generell bezeichnet man die Einbringung der öffentlichen Hand in eine Projektrealisierung gemeinsam mit Unternehmen als Public Private Partnership (PPP). Dabei kann die Ausgestaltung der wirtschaftlichen und vertragsrechtlichen Beziehungen aufgrund der Vielschichtigkeit der Finanzierungsaspekte zu individuellen Lösungen im Einzelfall führen (Hinweis auf die schematische Darstellung PPP in der Studie 12/2009).

Zur Unterstützung der Finanzierungsanfrage eines mit dem Breitbandausbau beauftragten Unternehmens kann die öffentliche Hand als weitere Option die Übernahme einer Bürgschaft in Erwägung ziehen, soweit dies beihilferechtlich zulässig ist.

Unabhängig davon, ob die öffentliche Hand direkt als Finanzierungspartner und mithaftender Kreditnehmer oder indirekt durch die Bereitstellung

einer Bürgschaft in die Projektrealisierung involviert wird, ist an dieser Stelle der Hinweis wichtig, dass die Einbindung der öffentlichen Hand (in der Regel Kommune) von vielfältigen Einflussfaktoren bestimmt wird.

Unter anderem muss die Kommune abwägen, ob z. B. lediglich die Leerrohr-Verlegung oder auch die Glasfaserleitungsverlegung beabsichtigt ist oder ob sowohl der Bau als auch der (theoretisch vorstellbare) Netzbetrieb vorgesehen sind. Dabei gilt die Subsidiaritätsklausel als wesentliche Limitierung des wirtschaftlichen Engagements von Kommunen. Die Kommune darf lediglich ein kommunales Telekommunikationsnetz errichten und betreiben, wenn ...“ der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch ein privates Unternehmen erfüllt werden kann“. (siehe Komplex 4).

Darüber hinaus muss im Einzelfall geprüft werden, ob der Einsatz von Fördermitteln den EU-Rahmenrichtlinien entspricht. (siehe Komplex 2).

3 Grenzen/Herausforderungen beim Einsatz öffentlicher Mittel unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten

Aus EU-beihilferechtlicher Sicht ist zu beachten, dass sowohl die Gewährung von öffentlichen Bürgschaften/Garantien/Darlehen, etc. als auch die Beteiligung wettbewerbs- bzw. beihilferechtliche Fragen aufwirft. Dies gilt auch, wenn die öffentliche Hand nicht unmittelbar sondern bspw. durch 100-prozentige Töchter o.ä. tätig wird. Das EU-Beihilfenrecht greift vereinfacht gesagt immer dort ein, wo einzelnen Unternehmen oder Sektoren auf Grund staatlichen Handels ein Vorteil gewährt wird. Wenn dies der Fall ist, kann die Maßnahme gerechtfertigt sein, muss aber in ihren Konditionen den Vorgaben des Beihilfenrechtes entsprechen. Bei Finanzierungen entspricht der Vorteil der Differenz der staatlichen Finanzierungskonditionen zu denen der am Markt üblichen Bedingungen.

Öffentliche Finanzierungen sind in jedem Fall zulässig, wenn die öffentlichen Maßnahmen zu marktüblichen Konditionen angeboten werden. Da die jeweiligen Unternehmen dann keinen Vorteil im Vergleich zu privaten Finanzierungsangeboten haben, greift hier das Beihilfenrecht nicht. Die Konditionen öffentlicher Finanzierungen müssen hierzu den Anforderungen entsprechen, die Banken an eine entsprechende Leistung stellen würden. EU-beihilferechtliche Grundlage für die Beurteilung dieser Frage ist die Bürgschaftsmitteilung für Bürgschaften und Garantien (EU-Amtsblatt C 155 vom 20.6.2008, S. 10 ff) bzw. die Referenzzinsmitteilung für Darlehen (EU-Amtsblatt C 14 vom 19.1.2008, S. 6).

Für öffentliche Bürgschaften muss die öffentliche Hand Prämien verlangen, die insbesondere das auf Basis eines anerkannten Ratings errechnete Ausfallrisiko des Unternehmens angemessen berücksichtigen. Auch kann die Haftung beihilfefrei nur für maximal 80 Prozent des Kreditbetrages übernommen werden.

Für Bürgschaften verfügt Deutschland über mehrere von der Europäischen Kommission genehmigte Methodiken, mit denen der Beihilfewert einer Bürgschaft bzw. Garantie konkret berechnet werden kann. Wenn die Konditionen so gewählt werden, dass der Beihilfewert Null ist, der Kreditnehmer also im Ver-

gleich zu Angeboten privater Anbieter keinerlei Vorteile hat, kann die Bürgschaft als marktmäßig gewertet werden. Am bekanntesten ist die Methodik für die Bewertung von Bürgschaften der Länder und des Bundes. Hierbei wird die Risikoeinschätzung der Kreditgeber, also das Rating für die Berechnung des Beihilfewertes, übernommen. Dieses Rating wird anhand der 1-Jahres-Ausfallwahrscheinlichkeiten in ein bürgschaftsspezifisches Ratingsystem übergeleitet. Neben dem Rating ist auch der Kreditverlauf, die Bürgschaftsquote, die Bürgschaftsprovision sowie die so genannte Recovery Rate (Sicherheitenerlösquote) heranzuziehen. Die Methodik ist auf der Homepage des Mandatars des Bundes PWC unter www.pwc.de öffentlich zugänglich (Rubrik Öffentliche Verwaltung/Förderung). Spezifische Bürgschaftsmethodiken existieren für die Berechnung des Beihilfewertes von Bürgschaften an Projektgesellschaften und junge Unternehmen ohne Rating.

Im Hinblick auf öffentliche Darlehen müssen die Zinsen den aktuellen, im EU-Amtsblatt veröffentlichten Referenzzins berücksichtigen. Hinzu kommen die in der Referenzzinsmitteilung vorgegebenen Risikozuschläge zwischen 60 und 1000 Basispunkten, die nach dem Rating des Unternehmens und den vorhandenen Sicherheiten differenzieren.

In manchen Fällen kann die Berechnung marktüblicher Konditionen ergeben, dass eine öffentliche Finanzierung zu teuer für die Unternehmen ist. Eine Vergünstigung der Konditionen bedeutet dann aber eine Beihilfe. Diese muss dann aber beihilferechtlich gerechtfertigt sein. Als Rechtsgrundlage kommen neben den Breitbandleitlinien auch die beihilferechtlichen Grundlagen für die Regionalförderung (Regionalfreistellungsverordnung, Regionalleitlinien), für die Mittelstandsförderung (KMU-Freistellung im Rahmen der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung) sowie die de-minimis-Verordnung in Betracht.

Auch die Beteiligung der öffentlichen Hand an Unternehmen, die Breitbandinfrastrukturen errichten oder ggfs. auch betreiben sollen, wirft wettbewerbsrechtliche Fragen auf. Insbesondere müssen die Einzelheiten der Beteiligung selbst marktüblichen Prinzipien entsprechen, um Vorteile für das oder die am PPP beteiligten Unternehmen ausschließen zu können. Idealerweise sollte die Beteiligung der

öffentlichen Hand hierzu in einem Ausschreibungsverfahren vergeben werden. Auch das Handeln des PPP selbst muss sich an beihilferechtlichen Maßstäben messen lassen können, es muss nach marktwirtschaftlichen Prinzipien agieren.

Anhang: Teilnehmerliste der Projektgruppe „Optimierung der bestehenden Breitbandförderprogramme“

Leiter der Projektgruppe:

Ministerium für Ländlichen Raum, Ernährung und Verbraucherschutz Baden-Württemberg

Mitglieder:

- ▶ Atekom
- ▶ BREKO
- ▶ Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz
- ▶ Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- ▶ Deutsche Bank
- ▶ Deutscher Landkreistag
- ▶ Deutscher Industrie- und Handelskammertag
- ▶ Kabel Deutschland
- ▶ Landesbank Baden-Württemberg
- ▶ Ministerium für Wirtschaft und Europaangelegenheiten, Brandenburg
- ▶ Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau, Rheinland-Pfalz
- ▶ Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr, Schleswig-Holstein
- ▶ Universität Münster
- ▶ VATM

Diese Druckschrift wird im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie herausgegeben. Sie wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlwerbern oder Wahlhelfern während eines Wahlkampfes zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Missbräuchlich ist insbesondere die Verteilung auf Wahlveranstaltungen, an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken und Aufkleben parteipolitischer Informationen oder Werbemittel. Untersagt ist gleichfalls die Weitergabe an Dritte zum Zwecke der Wahlwerbung. Unabhängig davon, wann, auf welchem Weg und in welcher Anzahl diese Schrift dem Empfänger zugegangen ist, darf sie auch ohne zeitlichen Bezug zu einer Wahl nicht in einer Weise verwendet werden, die als Parteinahme der Bundesregierung zugunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte.