

Glasfaserausbau

„Ausbau von glasfaserbasierten Telekommunikationsnetzen auf kommunaler Ebene“

Briefing Notes zu Recht und Wirtschaft

15.05.2016

Von Rechtsanwalt Dr. Pius Alexander Benczek

Begleitmaterialien zur
Infothek des BUGLAS vom 1.6.2016

Briefing Note: Interkommunale Zusammenarbeit beim Breitbandausbau¹**1. Einleitung**

Im Rahmen der Planung und Durchführung eines Ausbauprojektes gilt es eine Reihe von Arbeitsschritten einzuhalten. Für eine Vielzahl dieser Schritte bietet es sich an, Synergien zu nutzen, die im Rahmen einer interkommunalen Zusammenarbeit entstehen können.

2. Wie können Synergien entstehen?

Synergien können im Rahmen interkommunaler Zusammenarbeit beispielsweise dann entstehen, wenn Landkreis und Kommunen eine Bündelgesellschaft gründen, die ihrerseits eine Netzgesellschaft errichtet, welche insbesondere zuständig ist für den Bau von Zugangnetzen in den Kommunen und ggf. den Bau von Backhaulinfrastrukturen, die die Kommunen miteinander verbinden. Ob und in wie weit die Gesellschaft auch für den Betrieb der Netze zuständig sein soll oder ob sie den Netzbetrieb an Dritte vergibt, hängt von einer Reihe von Faktoren ab, wie insbesondere von der Wahl des Geschäfts- und Betreibermodells. Ob und in wie weit eine solche Netzgesellschaft auch Dienste an Endkunden anbietet, hängt darüber hinaus von der kommunalrechtlichen Zulässigkeit ab. Da diese von Land zu Land unterschiedlich geregelt ist, beschränken wir uns hier auf Synergien beim Aufbau und Wartung eines passiven Telekommunikationsnetzes in kommunaler Trägerschaft.

3. Wo können Synergien entstehen?

Ein Synergieeffekt dürfte sicherlich in der Kostenersparnis durch Bündelung bei Planung und Einkauf entstehen. Zudem sind größere Projekte mit potentiell größeren Endkundenzahlen wirtschaftlich attraktiver für Dritte, an die der Netzbetrieb extern vergeben werden soll. Gut aufgestellte Betreiber, die sich für ein Netz größeren Zuschnitts interessieren, bringen zusätzliche Dynamik in den Wettbewerb. Zudem wird eigenes Expertenwissen bei kommunalen Trägern gebündelt aufgebaut, wodurch auch die Verwaltungseffizienz gesteigert wird.

4. Bedeutung

Beispiele aus EU – Ländern wie z.B. Schweden zeigen, dass kommunale Träger einen ganz entscheidenden Beitrag zum Breitbandausbau und zur Erreichung von Breitbandzielen auf nationaler und auf EU haben. Aufgrund der steigenden Effizienz beim Ausbau werden interkommunale Kooperationsmodelle stark an Bedeutung gewinnen. Allerdings bedarf eine solche Kooperation intensiver Planung.

5. Gestaltung interkommunaler Zusammenarbeit – denkbare Rechtsformen

Als privatrechtliche Rechtsformen kommen insbesondere GmbH, GmbH & Co. KG sowie die eingetragene Genossenschaft (e.G.) in Betracht. Wir konzentrieren uns in diesem Beitrag um die beiden letzteren, vielleicht weniger gebräuchlichen Formen.

Als Gestaltungsformen nach öffentlichem Recht kommen insbesondere der kommunale Zweckverband, die Anstalt öffentlichen Rechts sowie Gestaltungen auf der Grundlage öffentlich rechtlicher Verträge und öffentlicher Vereinbarungen in Betracht.

Wir konzentrieren unsere Darstellung auf Strukturen sowie Vor- und Nachteile juristischer Personen, die weniger bekannt sind als eine reine GmbH. Ihnen allen ist gemeinsam, dass sie das Netz planen, bauen sowie Eigentümerinnen des Netzes werden, sowie Planungs- und Bauleistungen und den Betrieb des Netzes vergeben können.

5.1 GmbH & Co. KG

Bei der GmbH & Co KG haftet lediglich die GmbH als Komplementärin unbeschränkt mit ihrem Vermögen, die Kommanditisten haften lediglich mit ihrer Einlage. Als Kommanditisten kommen Bürger, eingetragene Genossenschaften von Bürgern, sonstige Private, sowie Kommunen in Betracht. Private und Bürger können sich durch Eigenkapital beteiligen, Kommunen durch Umlagen. Private und Bürger können auch durch Darlehen zur Finanzierung beitragen. Die Kommanditisten können auch gleichzeitig Gesellschafter in der GmbH sein, die als Komplementärin agiert. Die Komplementärin hat über ihren Geschäftsführer auch die Geschäftsführung der GmbH & Co KG inne.

Die Vorteile der GmbH & Co KG liegen unter anderem darin begründet, dass der doppelte Gründungsakt für GmbH und KG zeitgleich vollzogen werden kann. Da die (z.T. abdingbaren) Vorschriften des Handelsgesetzbuches anwendbar sind, besteht eine erhebliche Freiheit bei der Ausgestaltung. Da der Gründungsvertrag der KG sowie die Aufnahme weiterer Kommanditisten keiner notariellen Beurkundung bedürfen, besteht ein hohes Maß an Flexibilität bei der Aufnahme weiterer Gesellschafter. Die der Gemeinde zukommenden Kompetenzen innerhalb der Komplementär – GmbH sichern die für die Verfolgung des öffentlichen Zwecks notwendigen Einflussmöglichkeiten. Gleichzeitig werden die die gemäß Kommunalrecht obligatorischen Haftungsbeschränkungen eingehalten. Neben steuerlichen Vorteilen bietet die Struktur Flexibilität bei der Eigenkapitalbeschaffung bei zeitgleicher Haftungsbeschränkung. Gesellschafterversammlungen sind nicht-öffentlich. Diese Vorteile wiegen in der Regel etwaige Nachteile weitgehend auf, wie etwa die größere Komplexität bei der Vertragsgestaltung und der Beantragung von Fördergeldern, oder etwa höhere Kosten für die Erstellung des Jahresabschlusses.

5.2 Eingetragene Genossenschaft (e.G.)

Mitglieder einer e.G. können Private juristische oder natürliche Personen sowie öffentliche Träger werden. Die Generalversammlung wählt den Vorstand sowie einen Aufsichtsrat (soweit die e.G. mehr als 20 Mitglieder hat), der den Vorstand kontrolliert und berät. Die Generalversammlung wählt zudem einen Vertretungsausschuss, soweit die e.G. mehr als 1500 Mitglieder hat.

Die Vorteile der e.G. liegen unter anderem darin begründet, dass die Gründung durch einen schlichten Satzungsbeschluss erfolgt, der nicht vor einem Notar gefasst werden muss. Eintritt in und Austritt aus der e.G. gestalten sich daher problemlos. Ein Mindestkapital ist nicht erforderlich. Die Struktur ist geeignet für eine Vielzahl von Mitgliedern. Die Aufgabenverteilung ist gesetzlich geregelt und folgt dem Prinzip der Selbstverwaltung, wodurch die Interessender Mitglieder geschützt werden. Es besteht ein hohes Maß an Flexibilität für die Finanzierung durch Eigen- und Fremdkapital. Die Haftung ist beschränkt.

Als Nachteile stehen dem gegenüber, dass der Gründungsaufwand u.A. wegen des Erfordernisses einer Gründungsprüfung relativ hoch ist. Der Geschäftszweck ist an Prinzip der Selbsthilfe gebunden. Es bestehen umfangreiche Buchführungs- und Prüfungspflichten. Ein Austritt ist grundsätzlich nur am Ende des Geschäftsjahres möglich.

5.3 Interkommunale Anstalt öffentlichen Rechts (AöR)

In einigen Bundesländern, wie z.B. in Baden-Württemberg, besteht aufgrund kommunalrechtlicher Vorgaben die Möglichkeit, eine interkommunale AöR zu errichten. Die AöR kann das Netz planen, bauen, sowie Eigentümerin des Netzes werden. Sie kann Planungs- und Bauleistungen, sowie den Betrieb des Netzes vergeben. Ihre organschaftliche Verfassung sieht eine Beteiligtenversammlung, einen Verwaltungsrat sowie einen Vorstand vor.

Vorteile ergeben sich daraus, dass nützliche Komponenten aus privatwirtschaftlichen und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen

¹ Stand: Januar 2016

kombiniert werden und eine ausgewogene Mischung zwischen demokratischer Legitimation im Verwaltungsrat und Handlungsfähigkeit im Vorstand erzielt wird. So haben die Kommunen ein erheblicher Ermessensspielraum bei der Gestaltung der Satzung, der u.a. auch die Gestaltung der Befugnisse des Vorstandes betrifft. Dem Verwaltungsrat sind konkrete Aufgaben zugewiesen, wie u.a. die Kontrolle des Vorstandes. Allerdings ist die Übertragung von Aufgaben nur zum Zwecke der Durchführung möglich, d.h. eine Verkürzung der Organisations- und Entscheidungsprozesse findet nicht statt. Eine Mitgliederversammlung nicht notwendig es besteht auch keine Pflicht zur Öffentlichkeit. Die AöR kann hoheitlich tätig werden und unterliegt der behördlichen Rechtsaufsicht nach Landesrecht. Eine etwaige Fremdfinanzierung wird durch die Gewährträgerhaftung der Mitglieder begünstigt. Damit ist allerdings der Nachteil einer unbeschränkten Haftung verbunden.

5.4 Zweckverband (ZV)

Als Mitglieder des ZV kommen Bürger, eingetragene Genossenschaften von Bürgern, sonstige Private, sowie Kommunen in Betracht. Private und Bürger können sich durch Eigenkapital beteiligen, Kommunen durch Umlagen. Private und Bürger können auch durch Darlehen zur Finanzierung beitragen. Die Verbandsversammlung besteht aus Vertretern der Mitglieder und wählt u.a. den Vorstand auf eine Dauer von 3-5 Jahren. Daneben wird ein beratender Ausschuss etabliert.

Ein ZV genießt besonderes Vertrauen bei den Gemeinderäten, da die Vertreter der Mitglieder stets ‚Rückendeckung‘ des Gemeinderates suchen. Aufgrund der Öffentlichkeit von Sitzungen besteht ein hohes Maß an Transparenz. Als nachteilig dürfte allerdings eine gewisse, genau durch diese Komponenten bedingte Schwerfälligkeit bei Entscheidungsprozessen gelten. Viele Entscheidungen können nur durch Verbandsversammlung, deren weisungsgebundene Vertreter sich stets beim Gemeinderat rückversichern, wodurch Entscheidungen vielfach politisiert werden. Die Aufgabenverteilung gilt als starr, Befugnisse können nur in eingeschränktem Umfang an den Vorsitzenden abgegeben werden. Die Haftung ist unbeschränkt.

6. Was wird geregelt?

In den Gründungsdokumenten werden neben dem Gesellschaftszweck unter anderem die Aufgabenstellung, die Art und Weise der Aufgabenerfüllung, Stimmrechte sowie Beitrags- und Kostendeckung geregelt. Zu den wesentlichen Komponenten haben sich unterschiedliche Regelungsmöglichkeiten herausgebildet, die zum Teil sehr unterschiedlich sind.

6.1 Aufgabenstellung

Als Aufgabenstellung werden durchweg die Verwaltung des passiven Breitbandnetzes durch Abstimmung und Planung des Netzausbaus sowie die Organisation und Durchführung der notwendigen Ausschreibungen aufgeführt.

6.2 Aufgabenerfüllung

Die Erfüllung der Aufgaben erfolgt durch Investitionen in eigene passive Infrastrukturen, wie Leerrohre und / oder Dark Fiber, sowie optional in für den Betrieb notwendige Anlagen. Zu diesem Zweck kann sich die Kommune an Gesellschaften beteiligen. Die notwendigen Tiefbauarbeiten erfolgen entweder zielgerichtet zum Zwecke des Breitbandausbaus (z.B. im Rahmen von Fördermaßnahmen, die ggf. inter-kommunal koordiniert werden müssten) oder im Rahmen der Mitverlegung von passiven Infrastrukturen, wie Leerrohren, anlässlich der Durchführung von Tiefbauarbeiten in anderen Sektoren der Daseinsvorsorge, wie Wasser oder Strom oder Straßenbau. Hier kann eine genaue Planung und Koordinierung der Tiefbauarbeiten zu erheblichen Kosteneinsparungen führen.

Einnahmen werden im Rahmen der Aufgabenerfüllung in erster Linie durch langfristige Vermietung oder Verpachtung passiver Infrastrukturen erzielt. Entweder bezieht sich die Verpachtung nur auf Leerrohre, oder auch auf dark fiber, soweit die Kommunen dies bereits verlegt haben.

In einem weiteren Schritt ist zu entscheiden, ob das Angebot von Endkundendiensten von Dritten, darauf spezialisierten Anbietern erbracht wird, oder ob auch die kommunalen Träger selber als Anbieter solcher Dienste auftreten. Der Vorteil des ersten Falles ist, dass Expertise eingekauft würde. In diesem Fall ist entscheiden, ob ein open access – Modell gewählt wird, was

nahezu zwingend der Fall ist, wenn Fördermittel zum Einsatz gekommen sind, oder ob die kommunalen Träger als ‚Vertikal integrierte‘ Anbieter auftreten, z.B. über Kooperationen ihrer Strom- Gas und Wasserversorger. Bürger und Unternehmen erhielten so einen einheitlichen kommunalen Dienstleister. Allerdings unterliegt die zweite Möglichkeit in einigen Bundesländern kommunalrechtlichen Beschränkungen, so dass hier nicht im Detail darauf nicht weiter eingegangen wird. Auch kann überlegt werden, ob eine Beteiligung der Kommunen an einer Betreibergesellschaft rechtlich möglich und wirtschaftlich sinnvoll ist.

6.3 Stimmverteilung

Zu regeln ist auch die Stimmverteilung im Rahmen eines gemeinsamen inter-kommunalen Ansatzes. Auch hier haben sich verschiedene Modelle herausgebildet, wie z.B. „one man one vote“. Bei eher heterogenen Strukturen hat es sich bewährt, Stimmen zu gewichten aufgrund einer Kombination verschiedener Faktoren wie Investitionen pro Gemarkung, der Anzahl der erschlossenen Haushalte, der Einwohnerzahl, der Anzahl abgeschlossener Endkundenverträge (homes connected) oder der Anzahl erreichbarer Endkunden (homes passed).

6.4 Kostenverteilung

Auch muss daran gedacht werden, Regelungen über Kostenpositionen und deren Aufteilung zwischen den kommunalen Partnern gedacht werden. Insofern sind Positionen wie Eintrittsgelder, Investitionen in das Backhaulnetz, Investitionen in die Anschlussnetze innerhalb der teilnehmenden Kommunen sowie Betriebskosten zu berücksichtigen.

Bei Eintritt in das gemeinschaftliche Unternehmen kann z.B. eine konkret bezifferte Umlage erhoben werden, deren Höhe sich nach Faktoren wie der Einwohnerzahl der jeweiligen Kommune bestimmen lässt und die als Stammeinlage oder Kommanditeinlage geführt wird.

Bezüglich der Investitionen in das Backhaulnetz kommen die Instrumente der Investitionsumlage oder die Zahlung von Nachschüssen in die Eigenkapitalrücklage in Betracht, sofern nicht der Landkreis die Kosten erstattet. Es empfiehlt sich, die Höhe der Einzahlungen nach einem Schlüssel zu bemessen, wie er auch bei den Stimmrechten zur Anwendung kommt.

Für den Bau der Anschlussnetze in den einzelnen Gemeindegemeinden finanzieren die Gemeinden die Investitionen und zahlen die Beträge als Eigenkapital in die gemeinsame Gesellschaft ein. Im Rahmen der Finanzierung ist an die Beantragung von Fördergeldern zu denken.

Soweit Einnahmen noch nicht zur Deckung der Betriebskosten ausreichen, kommen anfänglich eine Betriebskostenumlage oder weitere Einzahlungen in das Eigenkapital der Gesellschaft in Betracht. Auch hier sollte ein Schlüssel, wie bei den Stimmrechten zur Anwendung kommen.

7. Einzelfragen

In wie weit sich die Verpflichtung zum Angebot eines ‚open-access‘ Modells, die durch die Inanspruchnahme von Fördergeldern entsteht, auf das Gemeinschaftsunternehmen durchschlägt, wenn z.B. nur eine Kommune Fördergelder beantragt, bleibt im Einzelnen zu klären.

Briefing Note:

Geschäftsmodelle für den kommunalen Breitbandausbau¹

1. Einleitung

Wie im Kapitel zum Thema Netztechnologien geschildert, wird unterschieden zwischen der passiven NGN-Ebene, der aktiven NGN-Ebene und der Dienste-Ebene. Dies entspricht auch im Grundsatz der Einteilung der Wertschöpfungskette. Soweit sich Kommunen beim Breitbandausbau engagieren, können sie wählen, in wie weit und in welcher Form sie sich über den Ausbau des passiven Glasfasernetzes an dessen Betrieb beteiligen wollen. Der Zusammenhang zwischen Investitions- und Geschäftsmodellen wird hier als Auswahlhilfe skizziert.

2. Unterschiedliche Betreibermodelle

Grundsätzlich wird unterschieden zwischen einem vertikal integrierten Modell, in dem ein Anbieter alle Wertschöpfungsebenen abbildet, und Modellen offenen Netzzugangs, in denen unterschiedliche Anbieter die verschiedenen Ebenen der Wertschöpfung aufteilen („Rollenverteilung“) und sich kommunale Betreiber in unterschiedlichem Umfang am Netzbetrieb beteiligen können.

2.1 Vertikal Integriertes Modell

Die wesentlichen Merkmale dieses Modells bestehen darin, dass ein Betreiber nicht nur die alleinige Kontrolle über die passive Netzinfrastruktur ausübt, sondern auch alleine die Beschaltung mit aktiven Komponenten vornimmt und darüber hinaus i.d.R. als einziger auf dieser Infrastruktur Endkundendienste anbietet.

Typischerweise wird dieses Modell von traditionellen Betreibern gefahren. Allerdings haben auch kommunale Betreiber, insbesondere auch Stadtnetzbetreiber in Deutschland, in der Vergangenheit dieses Modell gewählt; sie mussten allerdings mit erheblichem Aufwand technisches Know-How aufbauen. Wo dies z.B. aufgrund einer geringen Zahl angeschlossener Haushalte ökonomisch nicht sinnvoll erscheint, wird mitunter auf ein ‚virtuelles‘ integriertes Betreibermodell zurückgegriffen. Der kommunale Betreiber tritt dem Endkunden gegenüber als vertikal integrierter Anbieter auf, übernimmt also vertraglich auf eigenen Namen und eigene Rechnung die Verantwortung für Netzbetrieb und Bereitstellung der Dienste, kauft allerdings selber alle für den Netzbetrieb notwendigen technischen Leistungen sowie alle Dienste als „white label“-Produkt von einem Dritten ein.

Das vertikal integrierte Modell ist allerdings bei Inanspruchnahme von Fördergeldern vor dem Hintergrund beihilferechtlicher Vorschriften², unzulässig wonach offene Netzzugänge diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen sind. Ähnliches gilt auch, sofern der Betreiber über erhebliche Marktmacht verfügt³; er

wird im Rahmen der Vorabregulierung⁴ verpflichtet, seinen Wettbewerbern Vorleistungsprodukte anzubieten, was jedoch nicht gleichzusetzen ist mit einem auf offenen Netzzugängen basierendem Geschäftsmodell⁵.

Daher kann dieses Geschäftsmodell kann mit allen weiteren Investitionsmodellen⁶ kombiniert werden:

- Beim ‚Public Outsourcing‘ - Modell behält der kommunale Träger das Eigentum an der Infrastruktur; der Betrieb der passiven und aktiven Netzebenen, wie auch die Bereitstellung von Endkundendiensten werden im Rahmen eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens über einen langen Zeitraum an einen einheitlichen Anbieter vergeben, der allerdings verpflichtet ist, diskriminierungsfrei (und bei Vorliegen erheblicher Marktmacht: regulierte) Vorleistungsprodukte anzubieten;
- Im Rahmen des Betreiberförderungsmodells bleibt der ausgewählte Betreiber (ggf. auch im Rahmen eines Joint Ventures mit dem kommunalen Träger) Eigentümer der passiven Infrastruktur, und er betreibt sowohl die passive als auch die aktive Netzebene; auch bietet er Endkundendienste an; er muss aber diskriminierungsfrei (und ggf. reguliert – s.o.) Vorleistungsprodukte an Wettbewerber zur Verfügung stellen;
- Im Rahmen des Bottom – Up Bürgernetzmodells steht die passive Infrastruktur im Eigentum der Bürger und Investoren; der Betrieb der aktiven und passiven Netzebenen, sowie auch die Bereitstellung der Dienste erfolgen durch die Eigentümer selber oder werden an einen einheitlichen Anbieter ausgeschrieben; sofern keine Maßnahmen vorliegen, die eine staatliche Beihilfe begründen würden⁷, ist das Angebot von Vorleistungsprodukten an Wettbewerber i.d.R. nicht zu beobachten.

2.2 Modelle mit offenen Netzzugängen

Vor der Besprechung einzelner Modelle offenen Netzzugangs sei darauf hingewiesen, dass diese Modelle die beste Möglichkeit bieten sozio-ökonomische Effekte jenseits des bloßen Netzausbaus zu steuern und internalisieren, wie z.B. im Rahmen von Aufgaben kommunaler Daseinsvorsorge (effiziente Energieversorgung, Leistungen im Rahmen der Alten- und Krankenpflege ‚zu Hause‘ etc.). Hier können z.B. Altenpflegedienste, Krankenkassen, kommunale Bildungsangebote etc. unmittelbar durch den kommunalen Träger mit dem Bürger in Verbindung gesetzt werden.

2.2.1 Offener Netzzugang auf der passiven Ebene

Die wesentlichen Merkmale dieses Modells bestehen in folgendem:

¹ Stand: Januar 2016

² Siehe BRIEFING Note zum Thema Beihilferecht.

³ Dies sind typischerweise die ‚traditionellen‘ TK – Anbieter.

⁴ Siehe Briefing Note zum Thema Vorabregulierung: Die Qualität von Vorleistungsprodukten im Rahmen der Vorabregulierung muss nicht notwendigerweise identisch sein mit der Qualität der Vorleistungsprodukte, die ggf. infolge der Gewährung von Zuschüssen angeboten werden müssen – siehe z.B. Bitstromprodukte beim Einsatz von Vectoring.

⁵ Dadurch alleine ändert sich aber das Geschäftsmodell eines integrierten, marktbeherrschenden Unternehmens nicht in eines, das auf offenen Netzzugängen basiert.

⁶ Siehe Briefing Note zum Thema ‚Investitionsmodelle‘.

⁷ Siehe Briefing Note zum Thema ‚staatliche Beihilfen‘.

- Der kommunale Träger ist Eigentümer der passiven Infrastruktur;
- Er beschränkt sich auf die Vermarktung der passiven Infrastruktur und erzielt Umsätze durch die langfristige Verpachtung von Glasfasern („IRUs“).

Zu finden ist das Betreibermodell vorwiegend des öffentlichen DBO – Investitionsmodells.

Dieses Modell funktioniert in Bezug auf Glasfasern auf der Netzzugangsebene, als auch auf der backbone – Ebene. Die Vermarktung erfolgt an ganz unterschiedliche Arten von Unternehmen, wie Netzbetreiber, Medienunternehmen oder Industrieunternehmen. Netzbetreiber können so miteinander in Wettbewerb treten und um den Endkunden werben. Sie können dem Endkunden sodann neben dem bloßen Netzzugang eigene Dienste anbieten, oder auch auf der Dienste-Ebene weiteren Wettbewerb schaffen. Ob der Wettbewerb um die bloße Anschlussleistung sich als tragfähig erweist, hängt mit von der Anzahl der potentiell zu erreichenden Kunden im Gebiet der Gemeinde ab.

2.2.2 Offener Netzzugang auf der aktiven Netzebene

Die wesentlichen Merkmale dieses Modells bestehen in folgendem:

- Ein Unternehmen (nicht notwendiger Weise der kommunale Träger) ist Eigentümer der passiven Infrastruktur;
- Ein Unternehmen (nicht notwendiger Weise der Eigentümer der passiven Infrastruktur) betreibt die passive Infrastruktur und „aktiviert“ und betreibt die aktive Netzebene;
- Der Betreiber der aktiven Netzebene
 - o stellt gegen Entgelt offen und diskriminierungsfrei die Netzzugänge auf der Vorleistungsebene an Anbieter von Endkundendiensten zur Verfügung, die dann im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Dienstleistungen (Telefonie, Internet, Fernsehen, Mediendienste, e-health, e-education etc.) an Endkunden liefern; oder
 - o stellt ihren Endkunden gegen Entgelt eine Leistung zur Verfügung, die aber nichts weiter beinhaltet, als den breitbandigen Zugang zu einer Dienstplattform, auf der Anbieter ihrerseits gegen Entgelt dem Kunden weitere Dienste zur Verfügung stellen; es gibt bereits Beispiele, wo auf diese Weise ein sehr intensiver Wettbewerb auf der Dienste-Ebene entstehen kann, wo Endkunden zum Teil tagesgenau die von Ihnen benötigten Dienste abrufen können. Aus Endkundensicht werden nach diesem Modell also die Dienstleistungen (s.o.) und der breitbandige Zugang zu der Plattform, auf der die Dienste verfügbar sind, von unterschiedlichen Anbietern bereitgestellt.

Dieses Geschäftsmodell kann mit allen Investitionsmodellen⁸ kombiniert werden:

- Beim öffentlichen Design Build and Operate („DBO“) – Modell behält der kommunale Träger das Eigentum an der passiven Infrastruktur, und betreibt sowohl die passive, als auch die

aktive Netzebene, über die Anbieter von Dienstleitungen um die Endkunden in Wettbewerb treten können;

- Beim Public Outsourcing⁶ - Modell behält der kommunale Träger das Eigentum an der Infrastruktur; der Betrieb der passiven und aktiven Netzebenen geht im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahren über einen langen Zeitraum an einen Netzbetreiber, der offene Netzzugänge für Dienstleister (zumindest auf der aktiven Netzebene) anbieten muss;
- Im Rahmen des Betreiberförderungsmodells bleibt der ausgewählte Betreiber (ggf. auch im Rahmen eines Joint Ventures mit dem kommunalen Träger) Eigentümer der passiven Infrastruktur, und er betreibt sowohl die passive als auch die aktive Netzebene. Auf der Ebene der Endkundendienste konkurriert er mit anderen Anbietern, die über offene Netzzugänge ebenfalls ihre Dienste an Endkunden anbieten können;
- Im Rahmen des Bottom – Up Bürgernetzmodells steht die passive Infrastruktur im Eigentum der Bürger und Investoren; der Betrieb der aktiven und passiven Netzebenen erfolgt durch die Eigentümer selber oder wird ausgeschrieben – hier sind verschiedene Kombinationen denkbar; die Ebene der Dienste ist wiederum offen für alle Anbieter von Endkundendiensten.

2.2.3 Hybride Ansätze bei open access - Modellen

Hier sind unterschiedliche Gestaltungsformen denkbar, die Elemente der bereits dargestellten Betreibermodelle aufgreifen. So ist z.B. vorstellbar, dass der Eigentümer der passiven Glasfaserinfrastruktur diese vermarktet, allerdings den Netzbetrieb ausschreibt und an einen einzigen Betreiber vergibt, der das Netz für Anbieter von Endkundendiensten öffnen muss, aber gehalten ist, selber keine Endkundendienste zur Verfügung zu stellen.

Dieses Modell kommt insbesondere z.B. in öffentlichen DBO und in „bottom-up“ Bürgernetzen vor.

3. Wahl des Betreibermodells

Die Wahl des Betreibermodells hängt von unterschiedlichen Faktoren ab, wie z.B. von der Tragfähigkeit des Wettbewerb auf der Netzebene in Abhängigkeit von Besiedlungsdichte und Anzahl der zu erreichenden Kunden, die bestehende Wettbewerbssituation an sich, vom technische Know-how und von den (geplanten) Ressourcen beim kommunalen Träger, oder von der Attraktivität der Rahmendaten für das Geschäftsmodell eines externen Betreibers der Infrastruktur. Wichtig für den kommunalen Träger ist es auch zu überlegen, in welchem Maße er sozio-ökonomische Effekte jenseits des bloßen Netzausbaus, steuern und internalisieren können möchte.

⁸ Briefing Note, „Investitionsmodelle“.

Briefing Note:

Investitionsmodelle für den kommunalen Breitbandausbau¹

1. Einleitung

Wie in unserer briefing note „Projektmanagement beim kommunalen Breitbandausbau“¹ geschildert, entscheiden die Kommunen, in wie weit und in welcher Form sie sich finanziell beim Breitbandausbau engagieren wollen. Wir stellen nachfolgend die wesentlichen Aspekte einiger Investitionsmodelle gegenüber, die sich herausgebildet haben.

2. Vor- und Nachteile unterschiedlicher Modelle

Als Entscheidungshilfe für kommunale Entscheidungsträger und private Investoren stellen wir nachfolgend die wesentlichen Vor- und Nachteile einzelner Investitionsmodelle dar.

2.1 Öffentliches „Design – Build – Operate“ (DBO) Modell

Die wesentlichen Merkmale dieses Modells bestehen in folgendem:

- Die Planung und Verlegung der (passiven) Infrastrukturen erfolgt durch den kommunalen Träger oder wird durch diesen kontrolliert;
- Der kommunale Träger behält das Eigentum an der Netzinfrastruktur und betreibt in einigen Fällen das Netz mit dem Ziel, Vorleistungsprodukte anzubieten
- Der kommunale Träger stellt die passiven und ggf. aktiven Vorleistungsprodukte diskriminierungsfrei an Anbieter von Endkundendiensten zur Verfügung
- Sofern der kommunale Träger ein vertikal integriertes Geschäftsmodell verfolgt, bietet er auch oder stattdessen Endkundendienste an.

Das DBO – Modell bietet sich an, wo der kommunale Träger als Vorleistungsanbieter gegenüber den Anbietern von Endkundendiensten möglichst neutral bleiben will, ein hohes Maß an Kontrolle über das Projekt ausüben will und durch den Grad an verfügbaren Netzdiensten einen möglichst großen Nutzen für die Bürger schaffen will. Sofern dies gewollt ist, bestehen gute Aussichten, Rücklagen für Erweiterungen des Netzes zu bilden. Demgegenüber ist das finanzielle Risiko für die Marktteilnehmer (insbesondere solche, die Endkundendienste anbieten) gering.

Bei diesem Investitionsmodell bietet sich in besonderem Maße der Aufbau einer öffentlich – privaten Partnerschaft an (öpP), insbesondere soweit der private Partner bereits wesentliche Teile der (passiven) Infrastruktur betreibt. Die Partner errichten eine gemeinsame Gesellschaft, die Konzessionen oder langfristige Pachtverträge an den jeweiligen Infrastrukturen der öffentlichen und privaten Gesellschafter verwaltet sowie das gemeinsam festgelegte Geschäftsmodell umsetzt. Potential bei skalierbaren Projekten auf Zugangsnetz, Backhaul- und Backboneebene.

Die Investitionsvolumen im Rahmen von öPPen betragen typischerweise zwischen €50M und mehreren Milliarden €. Diese Volumina bieten im besonderen Maße Anlass und Möglichkeit, innovative Finanzierungsinstrumente zu nutzen (Bonds, Zuschüsse, Steuererleichterungen).

Eine Herausforderung besteht darin, moderne öpP – Modelle zu entwickeln, in denen die Interessen der Partner ausgewogen berücksichtigt werden.

Die organisatorischen Vorteile bestehen in einer einheitlichen Projektmethode, die auf alle Netzausbauebene anwendbar ist, sowie in der Langfristigkeit des Engagements aller Parteien, die zu einer engen Zusammenarbeit führt. Auf der Dienstebene können Endkunden aufgrund der Implementierung eines Open Access – Modells sowohl von Leistungen des traditionellen Betreibers, als auch von Leistungen innovativer Anbieter profitieren.

2.2 Public Outsourcing

Die wesentlichen Merkmale dieses Modells bestehen in folgendem:

- Der kommunale Träger vergibt die Bau und Betrieb der (passiven) Infrastrukturen an einen privaten Betreiber, der ggf. Fördergelder erhält, aber das finanzielle Risiko trägt;
- Der kommunale Träger behält das Eigentum an der passiven Infrastruktur, vergibt aber gegen Entgelt langfristige Nutzungsrechte an den privaten Betreiber, deren Dauer in der Regel den Abschreibungszeitraum für Investitionen nicht unterschreitet; danach kann der kommunale Träger die Nutzungsrechte neu vergeben oder zum DBO – Modell (s.o.) überschwenken;
- Es werden gezielte, skalierbare Investitionen getätigt, die sowohl das Zugangs- als auch den Backhaulbereich erfassen können;
- Erfahrungsgemäß beträgt der Umfang der Investitionen zwischen €50M und €500M;
- Die Auswahl der Infrastruktur orientiert sich streng an den projizierten Bedürfnissen
- Der Betreiber wird i.d.R. (wenn auch nicht in allen Fällen) verpflichtet,
 - o Ein ‚open – access – Modell‘ auf der Vorleistungsebene zu betreiben; und
 - o Selber keine Endkundendienste anzubieten.

Aus Sicht des kommunalen Trägers ist es vorteilhaft, dass das sein finanzielles Risiko bei diesem Modell begrenzt ist. Sofern der Betreiber verpflichtet ist, ein open access-Modell auf der Vorleistungsebene anzubieten und selber keine Endkundendienste zu vermarkten, besteht ein hoher Grad an Neutralität zwischen Vorleistungs- und Endkundenprodukten, von der der Endkunde profitiert.

Generell vorteilhaft bei diesem Ansatz erscheint die Kombination von öffentlichem und privatem Sektor; Die Beteiligung des öffentlichen Sektors sorgt für Stabilität, wobei das technische und kommerzielle Know-How vom Privaten Sektor beigesteuert wird – die Einhaltung technische Standards und die marktgerechte Gestaltung von Vorleistungs- und Endkundenprodukten wird so in aller Regel sichergestellt.

Demgegenüber kann es als Nachteil für den kommunalen Träger erweisen, dass seine einzige Einnahmequelle die Entgelte für die Einräumung der langfristigen Nutzungsrecht ist, und so die Einnahme- und Rücklagemöglichkeiten (z.B. für die spätere Erweiterung des Netzes), wie auch die Kontrollmöglichkeiten über das Projekt und über die Nutzbarmachung der Infrastruktur zum Wohle der Bevölkerung begrenzt sind.

In der Praxis hat es sich als Herausforderung erwiesen, das richtige Investitionsvolumen in Abhängigkeit von der geeigneten, zukunftsfähigen Technologie zu ermitteln, die anhand von Bedarfsvorhersagen ermittelt wurde. Hier führen Fehler mitunter zu Schwierigkeiten bei der Suche nach privaten Investoren.

¹ Stand: Januar 2016

2.3 Betreiberförderung

Die wesentlichen Merkmale dieses Modells lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die kommunale Beteiligung beschränkt sich auf die Vergabe von Fördergeldern zur Finanzierung einer Wirtschaftlichkeitslücke;
- Sowohl traditionelle Telekommunikationsnetzbetreiber, als auch alternative Betreiber können Empfänger der Beihilfen sein;
- In der Regel gehören passive und aktive Infrastrukturen dem ausgewählten Netzbetreiber, der auch die Endkundendienste anbietet.

Die Vorteile dieses Modells liegen in der relativ einfachen Gestaltung und der Möglichkeit einer zügigen Umsetzung. Die Kommune trägt keinerlei finanzielles Risiko.

Aus dem letztgenannten Aspekt ergibt sich aber auch der Nachteil, dass die Gemeinde nicht an den Einkünften beteiligt ist und sie weder in einen weiteren Netzausbau, noch in andere Bereiche der Daseinsvorsorge investieren kann. Dadurch geht der öffentliche Nutzen nicht weiter als bis zur Breitbandversorgung selber.

In jedem Falle ist zu berücksichtigen, dass es für die Kommunen im Rahmen der Vergabe nicht immer leicht ist, hinreichend genaue Prognoseentscheidungen darüber zu treffen, ob nicht doch ein privater Investor beabsichtigt, in absehbarer Zukunft im Gebiet der Kommune ein NGA – Netz zu errichten; insofern sind die der Vergabe vorgeschalteten Markterkundungsverfahren oftmals nur beschränkt aussagekräftig.

2.4 Bottom Up – Bürgernetz

Die wesentlichen Merkmale dieses Modells lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Bürger und lokale Unternehmen organisieren die Finanzierung und den Ausbau eines ihnen gehörenden Glasfasernetzes
 - o Es haben sich unterschiedliche Rechtsformen herausgebildet (z.B. Genossenschaften);
 - o Es werden unterschiedliche Betreibermodelle gewählt zwischen ‚open access‘ und einem integrierten Betreibermodell
- Die Kommune beschränkt ihre Rolle auf die Unterstützung eines von Bürgern und lokalen Unternehmen des privat betriebenen Projektes, z.B. durch
 - o Mitfinanzierung
 - o Koordinierung mit anstehenden Straßenbauarbeiten;
 - o Zugang zu vorhandenen passiven Infrastrukturen
 - o Hilfe bei der Beschaffung von Wegerechten.
- Der Ausbau konzentriert sich i.d.R. auf das Zugangsnetz.
- Das Investitionsvolumen beträgt erfahrungsgemäß zwischen € 20K und €50K.
- Es handelt sich um eine Langzeitinvestition, die oft nicht mit Gewinnerzielungsabsicht getätigt wird.
- Es handelt sich um „Nachbarschaftsinitiativen“, mit denen vorstädtische und ländliche Gebiete versorgt werden².

Aus Sicht der Kommune ist positiv, dass das finanzielle Risiko ganz oder zu einem großen Teil von privater Seite getragen wird. Durch die unmittelbare Bürgerbeteiligung ist der gesellschaftliche Nutzen relativ hoch, wenn auch die Kommune selber unmittelbar³ kaum an Einnahmen

² Insofern haben sich zum Beispiel die ‚Fiber to the Farm‘ - Initiative aus Schweden und das Nachbarschaftsnetz in Neunen in den Niederlanden einen hohen Bekanntheitsgrad erworben.

³ Bei gewerblicher Struktur des Netzbetriebes fallen allenfalls Steuereinnahmen an.

partizipieren wird. Weitere Vorteile bestehen darin, dass das Modell auf Gebiete zugeschnitten ist, in denen die Bevölkerung ansonsten kaum eine Chance hätte, zeitnah am Breitbandausbau zu partizipieren. Die bisher bekannten Projekte erscheinen vollständig bedarfsgerecht, da ihre Durchführung sich ausschließlich an der Nachfrage orientiert. Es entsteht zudem häufig eine Nachfrageaggregation in benachbarten Gebieten.

Als Nachteil erweist sich demgegenüber, dass die Kommune selber keinen Einfluss auf und keine Kontrolle über das Projekt und ggf. weitergehende Ausbauentscheidungen hat.

Auch die Initiatoren selber stehen Herausforderungen gegenüber. So verschließt der geringere Investitionsumfang mitunter den Zugang zu einigen Finanzierungsquellen. In manchen Fällen sind das lokale Know-How und die lokalen Fähigkeiten, die zur Durchführung des Projektes notwendig sind, beschränkt. In Fällen, in denen nicht kompromisslos ein ‚open access‘ – Geschäftsmodell gefahren wird, entstehen oft technische Schwierigkeiten bei der Anbindung an das Backhaulnetz und bei der Herstellung von Interoperabilität mit anderen Netzen. Auch stehen Inhaber kleiner Zugangsnetze aufgrund mangelnder Skalierbarkeit bei der Bereitstellung von Diensten häufig vor der Schwierigkeit, gute und bewährte Firmen zu finden, die das Netz betreiben wollen. Dadurch kann die Nachhaltigkeit des Vorhabens beeinträchtigt werden.

3. Auswahl des Investitionsmodells

Die Vorteile, Nachteile und verbleibenden Herausforderungen sind oben für jedes Investitionsmodell dargestellt worden. Die Auswahl hängt neben den im Einzelnen dargestellten Faktoren auch von sozio-ökonomischen Faktoren ab, wie zum Beispiel der demographischen Entwicklung in dem betreffenden Gebiet. Allerdings ist darauf zu achten, dass die damit einhergehenden Prognosen in ausreichendem Maße die Wirkungen berücksichtigen, die der anvisierte Breitbandausbau selber mit sich bringt. Er selber kann dazu führen, dass einem Wegzug der jüngeren Bevölkerung aus weniger dicht besiedelten Gebieten vorgebeugt wird, Unternehmen am Standort bleiben oder gar hinzukommen. Das kann dazu führen, dass der Bedarf an hochleistungsfähigen Breitbandanschlüssen wesentlich höher ausfällt, als es anfangs den Anschein haben mag. Die Investitionsmodelle sollten so ausgewählt werden, dass sie flexibel reagieren können und ggf. technische Aufwertungen hin zu FTTH ermöglichen. Vor diesem Hintergrund stehen kommunale Entscheidungsträger vor Fragen, wie etwa:

- Welche Vorteile hat es, ein hohes Maß an Kontrolle über das Projekt auszuüben;
- Welche Entscheidungen sollen gegenwärtig und künftig von kommunalen Entscheidungsträgern getroffen werden und welche von privaten Betreibern (diese Frage kehrt im Detail wieder bei der Auswahl des Betreibermodells – siehe dort);
- Welches Maß an Wettbewerb ist notwendig, um die Nachfrage zu stimulieren und welche Rolle sollen traditionelle und innovative Anbieter dabei spielen?

Diese Fragen sollten im Einzelnen vor dem Hintergrund der lokalen Gegebenheiten entwickelt und beantwortet werden. Dabei hat sich die Expertise erfahrener Berater als hilfreich erwiesen.

Briefing Note: Finanzierungsmodelle für den kommunalen Breitbandausbau¹**Projektfinanzierung**

Nachfolgend skizzieren wir einige Elemente, die im Rahmen einer Projektfinanzierung Verwendung finden können. Diesbezüglich unterscheiden wir zwischen dem Engagement des Kapitalmarktsektors und dem des öffentlichen Sektors und weisen darüber hinaus auf die in der jüngeren Vergangenheit diskutierten Möglichkeiten des „crowd financing“ von kommunalen Projekten hin. Einzelne Finanzierungsinstrumente sowie ihre konkrete Ausgestaltung stehen in einer Abhängigkeit von dem gewählten Betreiber- und Geschäftsmodell. Sie kommen häufig in einer auf das konkrete Projekt angepassten Mischung zum Einsatz.

1. Privatwirtschaftliches Engagement**1.1 Institutionelle Geldgeber**

Institutionelle Geldgeber, wie Banken, Investmentfonds und private Investoren sowie Infrastrukturfonds, Rentenfonds stellen Eigen- oder Fremdkapital für die Finanzierung von NGA – Ausbauprojekten zur Verfügung. Sie verfolgen mitunter unterschiedliche Investitionsstrategien, die sich im Rahmen eines Glasfaserausbauprojektes ergänzen können, z.B. für eine Anschubfinanzierung, der ein Engagement eines längerfristig orientierten Investors folgt.

1.2 Bürgerbeteiligung

Bürgerbeteiligungen kommen in unterschiedlichen Formen in Betracht. Bei einem Modell, wo die Bürger ein NGA-Netz genossenschaftlich aufbauen und betreiben, investieren sie größtenteils selber. Aber auch dort, wo der kommunale Träger eine Netz(ausbau)gesellschaft betreibt, kommt eine Beteiligung von Bürgern in Form von Beteiligungen an der Projektgesellschaft in Betracht.

In der jüngeren Vergangenheit sind kommunale Projekte, wie z.B. die Erweiterung von Schulbauten, der Bau einer Schulmensa, die Digitalisierung der Feuerwehrausrüstung, oder die Sanierung eines Schwimmbades², zunehmend durch crowd financing, also durch Vergabe von Kleinstkrediten der Bürger an den kommunalen Träger, mitfinanziert worden. Es liegt nahe, die Übertragbarkeit dieses Ansatzes auf Glasfaserausbauprojekte zu prüfen. Allerdings sind die Vorgaben des Kreditwirtschaftsgesetzes, des ZAG, des Vermögensanlagegesetzes und des Kleinanlegerschutzgesetzes zu beachten.

1.3 Einnahmen aus der Vermarktung des Netzes

Sobald die Netzinfrastruktur einsatzbereit ist (oder erste Teile derselben einsatzbereit sind) können in Abhängigkeit von dem

gewählten Geschäftsmodell³ Einnahmen durch die Vermarktung von Vorleistungsprodukten für Anbieter von TK-Dienstleistungen oder unmittelbar von Endkundenprodukten erzielt werden. Die Einnahmen werden dann an die Kapitalgeber in der vereinbarten Form zurückgeführt und / oder perspektivisch bereits als Grundstock für den Glasfaserausbau in anderen Gemeindegebieten zurückgelegt oder eingesetzt.

2. Engagement unter Beteiligung der öffentlichen Hand

Das Engagement der öffentlichen Hand kann unterschiedliche Formen annehmen. In jedem Einzelfall ist zu prüfen, ob es sich dabei um eine staatliche Beihilfe handelt, und ob sie ggf. (und soweit sie nicht ‚de minimis‘ ist) freigestellt werden muss oder freigestellt ist. Beihilfen liegen immer dann vor, wenn ein Marktteilnehmer von der öffentlichen Hand Bedingungen erhält, die günstiger sind, als die am Markt für alle verfügbaren Bedingungen; auf die Art oder die Form der Vergünstigung kommt es nicht an. Eine Beihilfe liegt i.d.R. nicht vor, wenn die Maßnahme der öffentlichen Hand strikt nach marktüblichen Bedingungen erfolgt.

2.1 (Zinsvergünstigte) Darlehen, Risikokapital und Europäischer Investitionsfond („EIF“)

Bankdarlehen zu zinsvergünstigten oder marktüblichen Bedingungen dienen oft der Anschubfinanzierung. Zinsvergünstigte Darlehen sind oftmals unter Eischaltung nationaler Förderbanken erhältlich, wie der KfW. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch der auf dem sog. Junckerplan beruhende Europäische Investitionsfonds, den die Europäische Investitionsbank auf Betreiben der Europäischen Kommission auflegt und verwaltet. Er soll KMU und mid-cap – Unternehmen den Zugang zu Kapital für Infrastrukturprojekte⁴ aller Art erleichtern, die ein erhöhtes Risikopotential aufweisen. Von den dort vorgesehenen 315 Milliarden € sind 240 Milliarden € für die Finanzierung langfristiger Investitionen vorgesehen, die sich auf einzelne Projekte (sofern diese an ‚Marktversagen‘ scheitern würden) und auf die Finanzierung anderer Fonds, wie solchen, die von der EIB und privaten Investoren aufgelegt werden (Risikoteilung). 75 Milliarden Euro sind vorgesehen für die Bereitstellung von Risikokapital und Kapitalbeteiligungen an KMU, sowie für hochwertige Verbriefungen. So sollen in erster Linie die risikoreichen Tranchen bei einer Finanzierung abgesichert werden. Dieser Anteil steht vorwiegend für Projekte mit einer Größenordnung von etwa 2 – 50 Millionen € zur Verfügung. Damit soll eine Lücke geschlossen werden, die sich vor dem Hintergrund auftut, dass die EIB bislang nur größere Projekte finanzierte, und der Europäische Investitionsfond (EIF) keine Projektfinanzierungen durchführte.

Wichtige Voraussetzungen für den Erhalt einer Finanzierungszusage sind unter anderem die Projektreife

¹ Siehe briefing note Geschäftsmodelle.

² Eine prozentuale Verteilung der zur Verfügung stehenden Ressourcen auf bestimmte Arten von Infrastrukturen, wie z.B. für Breitbandinfrastrukturen, ist nicht vorgesehen. Ausnahme für Breitbandbereich ist jedoch ein Betrag der aus der Connecting Europe Facility in den Fond integriert wird.

¹ Stand: Januar 2016

² Hainger / Stötzer in: Der dritte Sektor als Infrastrukturauteur, 2014, S. 234ff.

(tragfähiger Geschäftsplan), Nachhaltigkeit, die Erweiterung wettbewerblicher Möglichkeiten, die ökonomische Machbarkeit (mit der Finanzierung), die Maximierung privater Investitionen im Projekt sowie ein ‚Europäischer Mehrwert‘.

2.2 Öffentliche Fördermittel

Fördermittel für die Finanzierung eines Glasfaserausbauprojektes sind sowohl auf Europäischer, als auch auf nationaler Ebene vorgesehen.

Auf Europäischer Ebene ist zunächst der Europäische Fonds für regionale Entwicklung (EFRE) zu erwähnen; Regionen können hier nach bestimmten Kriterien Mittel für die Förderung von Unternehmen erhalten. Des Weiteren sind der Europäische Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER), der Europäische Sozialfonds (ESF) und der Kohäsionsfonds (KF) erwähnenswert. Sie werden dezentral, also auf nationaler, in Deutschland auf Länderebene vergeben und erfordern zum großen Teil eine Ko-finanzierung aus anderen öffentlichen oder privaten Quellen, wobei allerdings die Vergabebedingungen i.d.R. vorsehen, dass eine doppelte Förderung zu vermeiden ist.

Die unter der „Connecting Europe Facility“ (CEF) für den Breitbandausbau verbliebenen Mittel i.H.v. ca. 170 Mio. € sollen überwiegend in den EISF überführt werden.

Auf nationaler Ebene existieren Förderprogramme auf Bundesebene, sowie auf Länderebene. Mit dem aktuellen Bundesförderprogramm stehen 2,7 Milliarden € zur Verfügung, mit denen Breitbandausbauprojekte, die Breitbandzugänge von mindestens 50 Mbit/s gewährleisten, in einer Höhe von i.d.R. 50 % der zuwendungsfähigen Kosten, allerdings bis maximal 15 Millionen € technologie-neutral gefördert werden. Der Einsatz von Vectoringtechnologien kann ‚mitgefördert‘ werden, die Förderung ist dann aber aus beihilferechtlicher Sicht an bestimmte Bedingungen geknüpft⁵. Das Bundesprogramm kann mit anderen Förderprogrammen kombiniert werden, wie z. B. mit denen der Länder. Beratungsleistungen können mit bis zu 50.000 € pro Projekt gefördert werden.

2.3 Stimulation der Nachfrage

Kommunale Träger können zur Stimulation der Nachfrage ein Gutscheinsystem für Endnutzer auflegen. Dies kann als indirekte Beihilfe gelten und ist u.U. genehmigungspflichtig⁶.

3. Öffentlich – private Partnerschaften (öpP)

ÖpP für den Glasfaserausbau können unterschiedliche Formen annehmen, bei denen sich der kommunale Träger auf ebenso unterschiedliche Art und Weise an der Finanzierung beteiligen kann. I.d.R. erhöht seine Beteiligung die Attraktivität der Projektgesellschaft für weitere Investoren, wofür allerdings Voraussetzung ist, dass die (Art der) Beteiligung der öffentlichen Hand nicht als ‚Marktversagen‘ missverstanden wird.

Soweit der kommunale Träger sich gemeinsam mit einem privaten Unternehmen unmittelbar an einer Betreibergesellschaft beteiligt, kann dies in Form von Barmitteln, Sicherheiten oder Sacheinlagen, wie Leerrohren, Verteilerkästen o.ä. gegen die Übertragung von Gesellschaftsanteilen geschehen⁷.

Darüber hinaus kommen die Vergabe von Darlehen, Sicherheiten oder die langfristige Nutzungsrechte an Sacheinlagen in Betracht. Hier können sich kommunale Träger mit zinsvergünstigten Krediten eindecken⁸. Für Unternehmensbeteiligungen und Kredite können kommunale Träger neuerdings insbesondere auf die o.g. Instrumente des EISF zurückgreifen.

Insbesondere im Rahmen eines Betreiberzuschussmodells kommt die Vergabe von ‚verlorenen Zuschüssen‘ in Betracht. Diese gelten stets als staatliche Beihilfe. Sofern sie nicht ‚de minimis‘ und daher genehmigungspflichtig sind, müssen i.d.R. bestimmte Bedingungen an die Vergabe geknüpft werden.

⁵ Siehe Briefing Note zum Thema Staatliche Beihilfen.

⁶ Siehe Briefing Note zu Staatlichen Beihilfen

⁷ Auf die Einhaltung beihilferechtlicher Regelungen ist zu achten. Sofern der kommunale Träger i.R. einer öpP genauso behandelt wird, wie der private Investor, dürfte i.d.R. keine Beihilfe vorliegen; hier kommt es u.a. auf die Bewertung von Sacheinlagen und die Beteiligung an Wertsteigerungen und Gewinnen an. Beihilferechtlich problematisch kann es bereits sein, wenn die eingebrachten Sachwerte ihrerseits bereits Gegenstand einer staatlichen Förderung waren, wie dies. Z.B. bei Leerrohren der Fall sein kann. Siehe Briefing Note zum Thema Beihilfe.

⁸ Im Rahmen einer öpP sind bei der Finanzierung über zinsvergünstigte Kredite die beihilferechtlichen Regelungen zu beachten. Siehe Briefing Note zum Thema Beihilfe.

Briefing Note: Staatliche Beihilfen für den NGA - Ausbau¹

1. Einleitung

Die Beteiligung der öffentlichen Hand beim Ausbau von Glasfasernetzen kann in verschiedenen Formen erfolgen. Die EU – Kommission (EUK) prüft, ob eine Beteiligung eine staatliche Beihilfe darstellt, ob diese Beihilfe das Ziel des gemeinsamen Marktes und des Wettbewerb verzerren würde und ob sie ggf. gleichwohl freistellungsfähig ist. Zu diesen Fragen gibt es Verwaltungsentscheidungen der EUK und Rechtsprechung in erheblichem Umfang. Darüber hinaus hat die EUK die sogenannten Breitband-Leitlinien für staatliche Beihilfen² veröffentlicht, die die Entscheidungspraxis widerspiegeln und eine Reihe weiterer Aspekte behandeln.

2. Staatliche Beihilfen oder nicht?

2.1 Staatliche Beihilfen

Gemäß Artikel 107 (1) AEUV sind staatliche Beihilfen solche Maßnahmen, die aus staatlichen Mitteln gewährt werden, selektiv einen wirtschaftlichen Vorteil gewähren, so den Wettbewerb verzerren und Auswirkungen auf den Handel zwischen den EU-Mitgliedstaaten haben. Zuschüsse und Steuervergünstigungen sind stets als Beihilfe zu bewerten, wie auch Darlehen oder Bürgschaften, soweit sie von der öffentlichen Hand zu vergünstigten Bedingungen vergeben werden. Andere Formen staatlicher Intervention können ebenfalls als Beihilfe gewertet werden, wie der Aufbau eigener passiver Infrastruktur (z.B. Leerrohre), wenn diese nicht sektorneutral ist oder sie an Netzbetreiber zur Nutzung oder im Rahmen einer Firmenbeteiligung als Sacheinlage vergeben wird, es sei denn dies geschieht zu üblichen Marktbedingungen. Auch kann ein Engagement der öffentlichen Hand als "Anker-Kunde" eine staatliche Beihilfe darstellen. Konkrete Maßnahmen, die die Nachfrage nach Dienstleistungen stimulieren, wie das Austeilen von "Breitbandgutscheinen" an Endnutzer, können ebenfalls eine indirekte staatliche Beihilfe darstellen (die jedoch in den meisten Fällen vermutlich "de-minimis" und damit erlaubt sein dürften - siehe unten).

2.2 Keine staatliche Beihilfe

Es gibt eine Reihe staatlicher Maßnahmen, die keine staatliche Beihilfe darstellen, wie z.B. die folgenden:

- Die öffentliche Hand errichtet ein Glasfasernetz für eigne, nichtkommerziellen Zwecke, die ausschließlich den Konnektivitätsbedürfnissen der Verwaltung oder denen von öffentlichen Universitäten, Schulen, Bibliotheken usw. dienen. Wird jedoch ein solches Netzwerk privaten Dritten zur Verfügung gestellt, kann dies eine staatliche Beihilfe sein³, es sei denn, die Behörde handelt wie ein "privater Investor";
- Die Bereitstellung des NGA – Netzes kann u.U. als Dienst von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse („DAWI“) bewertet werden, die keine staatliche Beihilfe darstellt;
- Unter bestimmten Voraussetzungen stellt die politische Unterstützung für Nachfrageaggregation, die Vergabe von Wegerechten zu regulierten oder Marktbedingungen, die Koordination von Tiefbauarbeiten mit anderen Versorgungssektoren keine Beihilfe dar;
- Das Engagement der öffentlichen Hand geschieht zur gleichen Zeit und unter den gleichen Bedingungen, die ein privater Investor unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen akzeptiert hätte ("Prinzip des marktwirtschaftlichen Investors" - PMI). Dazu gehört auch die Vergabe von Krediten und Garantien zu Marktbedingungen. Darüber hinaus wurde das PMI in Testverfahren zur Feststellung der Marktkonformität in einer Reihe von Fällen, wie den folgenden angewendet:
 - o Im Fall "Citynet Amsterdam"⁴ galten die Kriterien des PMI – Tests als erfüllt, da die Stadt Amsterdam gleichzeitig und unter den gleichen Bedingungen wie zwei private Unternehmen (einschließlich eines Finanzinvestors) investierte. Es wurden keine anderen Gründe für die

Investition als wirtschaftliche Erwägungen identifiziert;

- o Im Gegensatz dazu sah die EUK im genannten "Appingedam"⁵ Fall das PMI als nicht erfüllt an, da die Finanzierung des Projekts von einer Reihe von Banken und einem privaten Investor abgelehnt worden war. Aufgrund der besonderen Umstände lag eine staatlichen Beihilfen vor;
- o Die EUK nahm überdies an, dass die von Französischen Behörden für den Bau und den Betrieb eines Hochgeschwindigkeitsbreitbandnetzes im Limousin (DORSAL) eingesetzten Mittel keine Beihilfen darstellen. Die Entscheidung wurde vor dem Gericht erster Instanz von einem Französisch Kabelnetzbetreiber angefochten.

Die Marktkonformitätsprüfung muss vor dem Engagement der öffentlichen Hand durchgeführt werden. Eine Rechtfertigung aufgrund einer nachträglichen wirtschaftlichen Analyse wäre unzureichend. Dabei verbleiben die Risiken einer rechtlichen und wirtschaftlichen Selbsteinschätzung ‚ex-ante‘ beim öffentlichen Investor, da es kein Verfahren bei der EUK gibt, das eine ‚Nicht-Beihilfe‘ vorab bestätigen würde.

3. Regulierung in Fällen staatlicher Beihilfen

Staatliche Beihilfen sind grundsätzlich verboten⁶. Ausnahmen bestehen, soweit Beihilfen eine bestimmte Größenordnung nicht überschreiten („de-minimis“) oder von der EUK genehmigt sind bzw. werden.

3.1 "De-minimis-Fälle"

"De-minimis" – Beihilfen verzerren die Wettbewerbsbedingungen im gemeinsamen Markt nicht spürbar und sind daher von der Genehmigungspflicht ausgenommen. Direktinterventionen, Sachleistungen oder Zuschüsse, die einen Wert von 200.000 € nicht übersteigen und innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren geleistet werden gelten als "de-minimis". Grundsätzlich gilt das gleiche für Kredite von bis zu € 1.000.000. Bei Vorliegen einer Beihilfe ist daher zuerst zu prüfen, ob sie „de-minimis“ ist.

3.2 Genehmigungsmechanismen

Beihilfen, die nicht „de-minimis“ sind, bedürfen der Genehmigung durch die EUK. Die Genehmigung kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden.

3.2.1 Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO)

Nach Maßgabe der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) in der zuletzt am 21. Mai 2014 geänderten Fassung⁷, hat die die EUK die Befugnis, bestimmte Kategorien staatlicher Beihilfen vom Beihilfeverbot freizustellen. Der Anwendungsbereich der AGVO erstreckt sich auch auf Beihilfen für grundlegende Breitbandinfrastrukturen, kleinere individuelle NGA-Infrastrukturmaßnahmen und bestimmte Bauarbeiten für die Verlegung passiver Breitband-Infrastrukturen, wo es solche Infrastrukturen nicht gibt und es sie voraussichtlich nicht geben wird. Auch bestimmte Hilfen (einschließlich Risikokapitalinvestitionen) für KMU und innovative Start-ups, die auch im Bereich der Breitbandausbau aktiv sein können, fallen unter den Anwendungsbereich der AGVO. Soweit die EUK ihre Freistellungsbefugnisse gemäß der AGVO nutzt, ist die Anmeldung einer konkreten Beihilfe- oder Fördermaßnahme bei der EUK nicht erforderlich. Allerdings trägt der Beihilfegeber selber das Bewertungsrisiko, ob die Voraussetzungen der Gruppenfreistellung erfüllt sind.

3.2.2 Regionalbeihilfen

Eine Genehmigung für staatliche Beihilfen ist auch auf der Grundlage der Anmeldung bei der EUK gemäß den "Leitlinien für Regionalbeihilfen"⁸ in Bezug auf Maßnahmen möglich, die auf die Förderung der Entwicklung "gewisser benachteiligter Gebiete" abzielen. Eine mögliche Finanzierungsquelle auch für größere Projekte kann z.B. der Europäische Fonds für regionale Entwicklung sein, der in Deutschland von den Ländern umgesetzt wird.

3.2.3 DAWI

Soweit die Förderung eines DAWI nicht gerade keine Beihilfe darstellt, bedarf sie der Genehmigung durch die EUK. Das Verfahren gilt als beschwerlich.

¹ Stand: Dezember 2015

² Guidelines on State Aid relating to the rapid deployment of broadband networks (2013/C 25/01); OJ C15/1; 16.1.2013.

³ Bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen bestehen gute Chancen für eine Genehmigung, siehe weiter unten.

⁴ Commission Decision of 11 December 2007 in Case C 53/2006 Citynet Amsterdam. IP-07-1889_EN.

⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1013_en.htm.

⁶ Art. 107 (1) AEUV.

⁷ For further reading: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-369_en.htm.

⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:209:0001:0045:EN:PDF>.

3.2.4 Einzelverfahren

Staatliche Beihilfen, die nicht "de-minimis" sind oder nicht vom Anwendungsbereich einer GVO erfasst sind, bedürfen vorab der Anmeldung bei der EUK zum Zwecke der Genehmigung. Grundsätzlich gibt es zwei Genehmigungsmöglichkeiten für beabsichtigte Beihilfemaßnahmen:

- Die nationalen Behörden können von der EUK die Genehmigung von staatlichen Beihilfeprogrammen beantragen. Staatliche Beihilfen, die in Einzelfällen im Rahmen eines genehmigten Beihilfeprogramms gewährt werden, unterliegen keiner weiteren Einzelfallprüfung.
- Einzelne staatliche Beihilfen, die nicht unter ein solches genehmigtes Rahmenprogramm fallen, bedürfen der individuellen Genehmigung.

Soweit Beihilfen nicht in vollem Umfang unter den Anwendungsbereich einer GVO oder unter ein genehmigtes staatliches Beihilfeprogramm fallen, bleibt nur eine Anmeldung bei der EUK zu Zwecke der Einzelfallgenehmigung.

3.3 Inhaltliche Analyse: Kompatibilitätsprüfung gemäß Artikel 107 (3) AEUV

3.3.1 Die Kriterien

Staatliche Beihilfen müssen mit dem Ziel des Gemeinsamen Marktes vereinbar sein und dürfen private Investitionen nicht verdrängen. Daher müssen ihre positiven Wirkungen die Auswirkungen der Verzerrung von Handel und Wettbewerb aufwiegen. Es bedarf es der Gewichtung einer Reihe von Kriterien:

- Die Maßnahme muss (deutlich) zur Verwirklichung der Ziele der Digitalen Agenda Ziele beitragen;
- Die Maßnahme muss ein Marktversagen betreffen (private Investoren bleiben trotz der allgemeinen gesellschaftlichen Vorteile des Breitbandausbaus aus);
- Andere Maßnahmen, wie eine bestehende Sektorregulierung, Nachfragestimulation oder die Neuzuweisung von Spektrum, sind kein ausreichender Anreiz für den Breitbandausbau durch den privaten Sektor;
- Private Investitionen sind unwahrscheinlich, beispielsweise aufgrund des Fehlens von USO oder von Ausbaupflichtungen in einer Mobilfunklizenz;
- Die Beihilfe darf private Investoren abschrecken oder verdrängen.

Darüber hinaus ist es von entscheidender Bedeutung, dass ein „Quantensprung“⁹ bei der Breitbandkonnektivität erfolgt. Zum einen müssen neue Investitionen in erheblichem Umfang erfolgen; insofern dürfte es in der Regel unzureichend sein, bestehende Infrastrukturen lediglich aufzurüsten. Zum anderen ist zu belegen, daß der Zugang zur Breitbandkonnektivität erheblich verbessert wird, beispielsweise von 12 Mbit/s auf > 50 Mbit/s oder von 30 Mbit/s auf > 100 Mbit/s. Zudem ist eine Analyse zu der Frage vorzulegen, warum der „Quantensprung“ im speziellen Fall einen Mehrwert darstellt.

Letztlich muss die Beihilfemaßnahme verhältnismäßig sein. Insofern sind eine detaillierte Analyse der vorhandenen Infrastrukturen, ihrer Einbeziehung in das Ausbaukonzept, eine technologieneutrale Ausschreibung sowie nichtdiskriminierende Bedingungen für den Zugang zu Vorleistungsprodukten erforderlich. Zusätzlich müssen weitere Mechanismen wie u.a. solche zur Sicherstellung von Transparenz, Reporting und Monitoring und zur Abschöpfung unerwartet hoher Gewinne („claw back“) eingerichtet werden.

3.3.2 "Weiße, Graue und Schwarze" Gebiete

Die Anwendung der oben genannten Kriterien hat in der Fallpraxis der EUK zu einer allgemeinen Unterscheidung zwischen "weißen", "grauen" und "schwarzen" Gebieten geführt.

- In "weißen Gebieten", die i.d.R. dünn besiedelt sind, ist eine staatliche Beihilfe in der Regel mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind: Breitband-Dienste sind entweder nicht oder nur über Mietleitungen oder Satellitendienste verfügbar. Allen Breitbandprojekten in diesen Gebieten war gemeinsam, dass sie einen offenen Netzzugang gewährleisteten, allen ISPn der Zugang zur Finanzierung offen stand, oder diese an einem offenen, technologieneutralen Ausschreibungsverfahren¹⁰ teilnehmen konnten, und dass progressive Erstattungsmechanismen¹¹ zugunsten der öffentlichen Hand vorgesehen waren. In mehr als 120 Fällen¹² hat die EUK entschieden, dass die staatlichen Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind. In einem Fall hat sie

⁹ „Step – change“

¹⁰ So wurde der o.g. Limousin – Fall u.a. mit der Begründung angefochten, dass (i) die Kommission nicht die Region als Ganzes einschließend der "nicht weißen" städtischen Gebiete betrachtet hat und dass (ii) kein offenes Bieterverfahren durchgeführt wurde, um einen effizienteren Anbieter auszuwählen:

¹¹ „Claw-Back“ – siehe oben.

¹² Stand ca. 2015. Beispiele für Projekte in "weißen Gebieten": "Fibre Spread Wales" (Wales), "Broadband for Kärnten" (Austria), "Rural Broadband Project" (Greece), "National Broadband Project" (England), "Broadband Connection to Alto Adige" (Italy) and "Aid to reduce the digital divide in Piemont" (Italy).

eine staatliche Beihilfe für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt.

- In "grauen Gebieten" ist eine detailliertere Bewertung erforderlich. Eine bestimmte staatliche Beihilfe muss notwendig und verhältnismäßig sein zur Erreichung bestimmter politischer Ziele. In "grauen Gebieten" gibt es bereits zum Teil grundlegende Breitbanddienste. Staatliche Beihilfen sind dort nur dann zulässig, wenn die vorhandene Infrastruktur nicht ausreicht, um den Bedürfnissen der Bürger und der Wirtschaft gerecht zu werden und wenn es keine weniger wettbewerbsverzerrenden Mittel gibt, um die Ziele zu erreichen, wie z.B. im "Metropolitan Area Networks" - Fall in Irland.
- In "schwarzen Gebieten", sind Breitbandzugänge bereits über mindestens zwei konkurrierende Infrastrukturen verfügbar. Es ist unwahrscheinlich, dass staatliche Beihilfen in solchen Gebieten genehmigungsfähig sind, es sei denn, dass eine erhebliche Aufrüstung vorhandener Infrastrukturen erforderlich ist, um den Anforderungen von Bürgern und Unternehmen gerecht zu werden, und die Betreiber für die kommenden drei Jahren keine weiteren NGA Investitionen avisiert haben. Jedenfalls ist ein „Quantensprung“ (step change) von größerem Ausmaß erforderlich. Im sog. "Appingedam Fall"¹³ wurde eine öffentliche Finanzierung in einem Gebiet gewährt und genehmigt, das bereits durch Infrastrukturwettbewerb gekennzeichnet war.

4. Fallstudie: Vectoring

Eine aktuelle Debatte betrifft die Frage, in wie weit der Einsatz von Vectoring-Technologien auf der Ebene des MDF öffentlich gefördert und von dem Verbot staatlicher Beihilfen ausgenommen werden kann. Im Sommer 2015 genehmigte die EUK das deutsche Rahmenförderprogramm für NGA Ausbauprojekte, die > 50 Mbit/s liefern. Im Oktober 2015 beschloss die Bundesregierung Förderrichtlinien zur Umsetzung der Rahmenbedingungen. Danach dürfen Vectoringtechnologien mitgefördert werden, wenn sie die Kapazität der Kupferkabelinfrastruktur erheblich verbessern. Die EUK scheint bei ihrer Genehmigung ihre Bedenken überwunden zu haben, wonach eine Investition in Vectoring nicht ausreichend groß sein könnte; allerdings würde Vectoring höchstwahrscheinlich nur im Rahmen eines größeren FTTC-Ausbauprojektes mitgefördert. Allerdings hat die EUK Bedenken geäußert, dass Vectoring aus technischen Gründen die Entbündelung des Teilnehmerzugangs und damit den Wettbewerb um den Endkunden ausschließt. Daher steht die staatliche Förderung von Vectoring unter dem Vorbehalt, dass der durch die Förderung Begünstigte seinen Wettbewerbern eine VULA auf Vorleistungsebene anbietet. Die Funktionalitäten eines solchen VULA - Produktes müssen gleichwertig zu denen eines entbündelten Teilnehmeranschlusses sein und insbesondere frei konfigurierbar sein. Die EUK legt besonderen Wert auf die Qualität des VULA Produktes. Sie weist darauf hin, dass die Qualitätsanforderungen höher sein können, als diejenigen eines im Rahmen der SMP – Regulierung ex-ante definierten Bitstrom-Zugangsproduktes. Die EUK hat die Bundesregierung aufgefordert, ihr Spezifikationen der entsprechenden VULA Produkte zur Genehmigung vorzulegen. Solange die EUK nicht die Spezifikationen genehmigt, darf zwar eine staatliche Beihilfe gewährt werden, aber die Vectoringtechnologie darf noch nicht vom Empfänger der staatlichen Beihilfe in den subventionierten Gebieten aktiviert werden. Allerdings wird ohne Aktivierung der Vectoringtechnologie die von der EUK geforderte Leistung von 50 Mbit/s nicht erreicht. Dies erscheint der EUK vorübergehend bis zur Genehmigung eines angemessen spezifizierten VULA - Vorleistungsproduktes akzeptabel.

5. Schlussfolgerungen

Die Gewährung staatlicher Beihilfen unterliegt strengen Voraussetzungen und bedarf der Genehmigung durch die EUK. Die strikte Einhaltung der Voraussetzungen ist auch nach Genehmigung der Beihilfe durch die EUK notwendig, um das Risiko auszuschließen, dass die EUK die Erstattung der Beihilfe fordert. Diesbezüglich hat die Kommission eine strikte Politik¹⁴ in anderen Industriebereichen etabliert.

¹³ C 35/2005 - Broadband development Appingedam.

¹⁴ Z. B.: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-37_de.htm; http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1312_de.htm?locale=en