Bundesnetzagentur

- Beschlusskammer 3 -

Bundesnetzagentur • Postfach 80 01 • 53105 Bonn

Per Einschreiben – Rückschein

Telekom Deutschland GmbH
[redacted]

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Mein Zeichen, meine Nachricht vom	☎ (02 28)	Bonn
	BK3h – 7033/8.3.9 TAL-ÄV	14-[redacted] oder 14-0	09.02.2015

Untersagung der Eintragung von Erschließungsabsichten im Ortsnetz 7033, [redacted], gemäß Ziffer 8.3.8 lit. d) und 8.3.9 lit. e) TAL-ÄV

Sehr [redacted]
sehr [redacted]
sehr geehrte Damen und Herren,

gemäß Ziffer 8.3.9 lit. e) und Ziffer 8.3.8 lit. d) TAL-ÄV wird folgendes angeordnet:

Die [redacted] Eintragung weiterer Erschließungsabsichten bis zum 08.08.2016 untersagt:

[redacted] [redacted] [redacted] [redacted]
[redacted] [redacted] [redacted]
[redacted] [redacted] [redacted]

I.

Die betroffenen KVz liegen im Gemeindegebiet der Stadt Weil der Stadt (nachfolgend: Gemeinde) [redacted].

Die Gemeinde plant die Errichtung eines kommunalen Breitbandnetzes, dessen Betrieb in einem zweiten Schritt ausgeschrieben werden soll. Im Rahmen der Fördermaßnahme wurde am 08.08.2013 ein Interessenbekundungsverfahren durchgeführt, das eigenfinanzierte Ausbauabsichten innerhalb der nächsten drei Jahre, mithin bis zum 08.08.2016, abfragte. In diesem Verfahren hatte die Telekom am 09.08.2013 mitgeteilt, dass für einen langfristigen Planungszeitraum von 36 Monaten keine konkreten Ausbauplanungen vorliegen würden. Der Gemeinde ist vom Land Baden-Württemberg ein Zuschuss bewilligt und die Tiefbauarbeiten seien bereits am 09.07.2014 begonnen worden.

Die Gemeinde begehrt mit Schreiben vom 16.12.2014 die Untersagung eines geschützten Vectoring-Betriebs an den KVz im Gemeindegebiet.

Mit Stellungnahme vom 21.01.2015 hat die Telekom einer Untersagung zukünftiger Eintragungen [redacted] im Ortsnetz 7033 abgelehnt, da die Tatbestandsvoraussetzungen von Ziffern 8.3.8 lit. d) und 8.3.9 lit. e) TAL-ÄV nicht vorlägen. Es fehle insbesondere an einer gewährten Beihilfe, denn es stelle bereits keine Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV dar, wenn Kommunen im Zuge des Breitbandausbaus auf bundes- oder landesrechtliche Fördermittel zurückgreifen könnten. Eine Beihilfe sei zudem erst dann gewährt, wenn die beihilfengewährende Stelle eine bindende Regelung über die Beihilfe getroffen habe, indem der Zuwendungsvertrag mit dem ausgewählten Netzbetreiber geschlossen oder diesem der Zuwendungsbescheid bekannt gegeben werde. An einer solchen verbindlichen Entscheidung fehle es hier. Andernfalls würden private Investitionen verdrängt, ohne dass bei der Kommune eine hinreichend verbindliche Erschließungsabsicht bestehe. Dies gelte insbesondere angesichts des Umstandes, dass Ziel des Beihilfenrechts gerade die Anreizwirkung privater Investitionen sei. Die Errichtung öffentlicher Breitbandnetze sei demgegenüber nicht Sinn und Zweck des geförderten Ausbaus und insbesondere nicht Gegenstand der Bundesrahmenregelung Leerrohre.

Ferner sei zu berücksichtigen, dass für die Marktteilnehmer nur eine geringe Transparenz darüber bestünde, in welchen Gemeinden Fördermaßnahmen geplant seien bzw. welchen Verfahrensstand eine Fördermaßnahme habe. Insofern sei aus Gründen der Rechtssicherheit eine frühzeitige Sperrung von KVz in der Vectoring-Liste zu begrüßen.

Zudem könne eine Sperrfrist nur für solche KVz in Betracht kommen, die innerhalb des im Interessenbekundungsverfahren abgefragten Zeitraums realistisch ausgebaut werden würden, da andernfalls private Investitionen ohne Rechtfertigung zurück gestellt würden.

II.

Die bestehenden Eintragungen zugunsten der Telekom im Ortsnetz 7033, [redacted] waren gemäß Ziffer 8.3.9 lit. e) TAL-ÄV für unwirksam zu erklären und eine weitere Eintragung von Erschließungsabsichten gemäß Ziffer 8.3.8 lit. d) TAL-ÄV zu untersagen. Danach kann die Beschlusskammer eine erfolgte Eintragung für unwirksam erklären bzw. eine bevorstehende Eintragung untersagen, wenn für die Erschließung des KVz mit DSL-Technik eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe genutzt werden soll oder worden ist und weder der Anzeigende im zugehörigen Interessenbekundungsverfahren eine beihilfenfreie Ausbauabsicht mitgeteilt hat noch die dort abgefragte Ausbaufrist abgelaufen ist. Diese Voraussetzungen liegen vor.

1. Für die Erschließung der KVz soll eine Beihilfe aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Art 107 AEUV definiert Beihilfen als „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“. Der Begriff der Beihilfen für den Breitbandausbau wird von den „Leitlinien der Kommission für die Anwendungen der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau“ (Mitteilung 2013/C 25/01 der Kommission vom 26.01.2013) weiter präzisiert. Danach kann der Einsatz staatlicher Mittel auf unterschiedliche Weise erfolgen und neben dem Einsatz von Geldmitteln auch in Sachleistungen, wie die Bereitstellung von staatlich errichteten Breitbandinfrastrukturen bestehen (vgl. Randnummer 10 a.a.O), die sodann einem Unternehmen im Sinne des Beihilfenrechts (vgl. hierzu Randnummer 11 a.a.O) zum Betrieb überlassen werden. In beiden Fällen wirkt die Maßnahme für das ausgewählte Unternehmen begünstigend, weil der Bieter, der den Zuschlag bekommt, zu Konditionen geschäftstätig werden kann, die auf dem Markt nicht angeboten werden (vgl. Randnummer 12 a.a.O).

   Gemessen an diesen Maßstäben liegt entgegen der Auffassung der Telekom eine beihilfenrechtlich relevante Tätigkeit vor. Denn unabhängig von der Frage, ob bereits der Zuschuss des Landes Baden-Württemberg an die Gemeinde als Beihilfe zu qualifizieren sein könnte, ist jedenfalls die Überlassung des kommunalen FttC-Netzes an den im Vergabeverfahren auszuwählenden Netzbetreiber eine staatliche Beihilfe. Dieser erhält eine aus staatlichen Mitteln

gewährte Begünstigung, die ihm gegenüber anderen Marktteilnehmern eine verbesserte Wettbewerbsposition verleiht. Die konkrete haushalterische Zuordnung der Mittel ist dabei irrelevant, entscheidend ist vielmehr, dass die Mittel grundsätzlich dem staatlichen Haushalt zurechenbar ist, vgl. im Einzelnen Pache/Pieper, in: Biernstiel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, 2013, S.117 ff.

Die Beschlusskammer teilt insofern auch nicht die Ansicht der Telekom, dass eine Errichtung öffentlicher Netze nicht Sinn und Zweck des geförderten Ausbaus und insbesondere nicht Gegenstand der Bundesrahmenregelung Leerrohre sei. Vielmehr sieht der in Bezug genommene § 5 Abs. 2 Bundesrahmenregelung Leerrohre neben der Ausschreibung einer abstrakten, an die Bedürfnisse des Bieters anzupassenden öffentlichen Leistung zur Erschließung des betreffenden Gebiets auch vor, dass die Ausschreibung sich alternativ auf die Nutzung von bereits von der öffentlichen Hand verlegten Leerrohren beziehen kann.

2. Eine Anordnung nach Ziffern 8.3.8 lit. d) und 8.3.9 lit. e) TAL-ÄV setzt entgegen der Ansicht der Telekom nicht voraus, dass bereits ein Zuwendungsvertrag abgeschlossen bzw. ein Zuwendungsbescheid bekannt gemacht worden ist. Hierfür spricht neben dem Wortlaut von Ziffern 8.3.8 lit. d) und 8.3.9 lit. e) TAL-ÄV auch der Regelungszweck. Denn es widerspräche der in der Regulierungsverfügung BK3d-12/131 vom 29.08.2013 formulierten Zielsetzung, die Integrität des Vergabeverfahrens zu schützen (S. 118 a.a.O.), wenn Maßnahmen nach Ziffern 8.3.8 lit. d) und 8.3.9 lit. e) TAL-ÄV erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens möglich wären. Denn die Bieter werden ihre Angebote auf der Basis des ausgeschriebenen Fördergebiets machen. Wird – aufgrund der Zugangsbeschränkungen der Vectoring-Liste – nach Abschluss des Vergabeverfahrens bei der Angebotsaufforderung zur KVz-Kollokation bekannt, dass die wirtschaftlicheren KVz des Fördergebiets nicht mehr erschließbar sind, kann dies maßgebliche Auswirkungen auf die Finanzierbarkeit der Erschließung der verbleibenden KVz haben und damit den Breitbandausbau im Fördergebiet insgesamt gefährden. Die gleichen Erwägungen gelten für die Fälle, in denen passive kommunale Netzinfrastrukturen zum Betrieb ausgeschrieben werden. Auch hier hängt die Wirtschaftlichkeit des Ausbaus und des Betriebs von der Gesamtheit der erschließbaren KVz ab.

   Eine von der Telekom gerügte Intransparenz von Förderverfahren gegenüber den Marktteilnehmern vermag die Beschlusskammer hingegen nicht zu erkennen. Denn neben den von der Telekom selbst genannten Regeln der Freistaate Bayern und Sachsen sieht auch die Bundesrahmenregelung Leerrohre in § 4 Abs. 5 vor, dass die Ergebnisse des Interessenbekundungs- bzw. Markterkundungsverfahrens ebenso wie das Ausschreibungsverfahren auf dem zentralen Online-Portal www.breitbandausschreibungen.de veröffentlicht werden. Da eine entsprechende allgemeine Verpflichtung ebenfalls von den Beihilfeleitlinien Breitband der Kommission vorgesehen ist (vgl. Randnummer 78 lit. b) und lit. c) Beihilfeleitlinien Breitband), ist ferner davon auszugehen, dass auch die künftigen Rahmennotifizierungen entsprechende Publikationspflichten enthalten werden. Insofern vermag ein Unternehmen frühzeitig zu erkennen, ob und in welchem Gebiet eine Fördermaßnahme beabsichtigt ist und seinen eigenen Ausbau im Rahmen des Interessenbekundungs- bzw. Markterkundungsverfahrens anzuzeigen.

   Schließlich besteht aus Sicht der Beschlusskammer auch kein Anlass, im konkreten Fall an einer verfestigten kommunalen Ausbauplanung zu zweifeln, da bereits seit Juli 2014 Tiefbauarbeiten erfolgen.

3. Die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der Ziffern 8.3.8 lit. d) und 8.3.9 lit. e) TAL-ÄV liegen ebenfalls vor. Die Gemeinde hat ein Interessenbekundungsverfahren durchgeführt, in dessen Rahmen die Telekom mitgeteilt hat, dass für einen langfristigen Planungszeitraum von 36 Monaten keine konkreten Ausbauplanungen vorliegen würden. Die im Interessenbekundungsverfahren genannte Ausbaufrist zum 08.08.2016 ist noch nicht abgelaufen, so dass bis zu diesem Zeitpunkt einer Eintragung der KVz zugunsten der Telekom die Vorgaben der TAL-ÄV entgegenstehen.

4. Die Beschlusskammer sieht keinen Anlass, - wie von der Telekom angeregt – als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzungen eine Anordnung nach Ziffern 8.3.8 lit. d) und 8.3.9 lit. e) TAL-ÄV davon abhängig zu machen, dass eine realistische Aussicht besteht, dass die

KVz-Erschließungen bis zum Ablauf der im Interessenbekundungsverfahren genannten Ausbaufrist fertig gestellt und die KVz in Betrieb genommen werden können. Eine solche Tatbestandsvoraussetzung ist weder in der Regulierungsverfügung noch in den Vorgaben des Standardangebots angelegt. Vielmehr regeln Ziffern 8.3.8 lit. d) und 8.3.9 lit. e) TAL-ÄV bereits die zeitliche Befristung einer Sperrung bis zum Abschluss der im Interessenbekundungsverfahren genannten Ausbaufrist. Ist nach Ablauf der Ausbaufrist ein geförderter KVz nicht im Sinne von Ziffer 8.3.1 TAL-ÄV bereits bestandsgeschützt, sind sodann Eintragungen in die Vectoring-Liste möglich. Eine weitere zeitliche Einschränkung würde nach Ansicht der Beschlusskammer ungerechtfertigt in die kommunale Selbstverwaltung eingreifen und verhindern, dass die Kommunen im Bedarfsfall den Ausbau bestimmter KVz vorziehen können.

5. Die [redacted] vorliegend für unwirksam erklärten Ausbauabsichten im Ortsnetz 7033, [redacted] sind gemäß Ziffer 8.3.3 lit. c) TAL-ÄV zu löschen. Die angeordnete Untersagung der Eintragung weiterer Ausbauabsichten wirkt zudem über Ziffer 8.3.1 lit.c) TAL-ÄV gegenüber allen Vertragspartnern der TAL-ÄV.

Mit freundlichen Grüßen

Wilmsmann

Abschrift
Weil der Stadt, per E-Mail vorab: