

III

(Sonstige Rechtsakte)

BESCHLUSS DER EFTA-ÜBERWACHUNGSBEHÖRDE

Nr. 34/10/KOL

vom 3. Februar 2010

über die 79. Änderung der verfahrens- und materiellrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen durch Einfügung eines neuen Kapitels über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau

DIE EFTA-ÜBERWACHUNGSBEHÖRDE ⁽¹⁾ —

gestützt auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum ⁽²⁾, insbesondere auf die Artikel 61 bis 63 und das Protokoll 26 zu diesem Abkommen,

gestützt auf das Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs ⁽³⁾, insbesondere auf Artikel 24 und auf Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b dieses Abkommens,

in Erwägung nachstehender Gründe:

Nach Artikel 24 des Überwachungsbehörde- und Gerichtshofabkommens setzt die Überwachungsbehörde die Vorschriften des EWR-Abkommens über staatliche Beihilfen in Kraft.

Nach Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b des Überwachungsbehörde- und Gerichtshofabkommens gibt die EFTA-Überwachungsbehörde Mitteilungen und Leitlinien zu den im EWR-Abkommen geregelten Materien heraus, soweit letzteres Abkommen oder das Überwachungsbehörde- und Gerichtshofabkommen dies ausdrücklich vorsehen oder die EFTA-Überwachungsbehörde dies für notwendig erachtet.

Die EFTA-Überwachungsbehörde hat wie erwähnt am 19. Januar 1994 verfahrens- und materiellrechtliche Vorschriften auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen erlassen ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Nachstehend als „die Überwachungsbehörde“ bezeichnet.

⁽²⁾ Nachstehend als „das EWR-Abkommen“ bezeichnet.

⁽³⁾ Nachstehend als „das Überwachungsbehörde- und Gerichtshofabkommen“ bezeichnet.

⁽⁴⁾ Leitlinien für die Anwendung und Auslegung der Artikel 61 und 62 des EWR-Abkommens und des Artikels 1 des Protokolls 3 zum Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs, angenommen und bekannt gegeben von der EFTA-Überwachungsbehörde am 19. Januar 1994, veröffentlicht im *Amtsblatt der Europäischen Union* L 231 vom 3.9.1994, S. 1, und EWR-Beilage Nr. 32 vom 3.9.1994, S. 1, in der geänderten Fassung (nachstehend als „die Leitlinien für staatliche Beihilfen“ bezeichnet). Die aktualisierte Fassung dieser Leitlinien kann auf der Website der Überwachungsbehörde eingesehen werden: <http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines>.

Am 30. September 2009 veröffentlichte die Europäische Kommission (nachstehend als „die Kommission“ bezeichnet) eine Mitteilung der Kommission über die Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau ⁽⁵⁾.

Diese Mitteilung ist von Bedeutung für den Europäischen Wirtschaftsraum.

Die EWR-Regeln für staatliche Beihilfen sind im gesamten Europäischen Wirtschaftsraum einheitlich anzuwenden.

Gemäß Ziffer II unter der Überschrift „ALLGEMEINES“ am Ende des Anhangs XV zum EWR-Abkommen erlässt die Überwachungsbehörde nach Konsultation mit der Europäischen Kommission Rechtsakte, die den von der Europäischen Kommission erlassenen Rechtsakten entsprechen, um einheitliche Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten.

Die Überwachungsbehörde hat die Kommission und die EFTA-Staaten durch Schreiben vom 22. Januar 2010 darüber konsultiert (Vorgangsnummern: 543740, 543741 und 543742) —

HAT FOLGENDEN BESCHLUSS ERLASSEN:

Artikel 1

Die Leitlinien für staatliche Beihilfen werden durch die Einfügung eines neuen Kapitels über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau geändert. Das neue Kapitel ist im Anhang zu diesem Beschluss wiedergegeben.

⁽⁵⁾ ABl. C 235 vom 30.9.2009, S. 7.

Artikel 2

Nur der englische Text ist verbindlich.

Brüssel, den 3. Februar 2010

Für die EFTA-Überwachungsbehörde

Per SANDERUD
Präsident

Kurt JÄGER
Mitglied des Kollegiums

ANHANG

ANWENDUNG DER VORSCHRIFTEN ÜBER STAATLICHE BEIHILFEN IM ZUSAMMENHANG MIT DEM SCHNELLEN BREITBANDAUSBAU ⁽¹⁾

1. EINLEITUNG

- (1) Breitbandanschlüsse sind ein Schlüsselement für die Entwicklung, Einführung und Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien (nachstehend als „IKT“ bezeichnet) in Wirtschaft und Gesellschaft. Sie sind von strategischer Bedeutung, denn durch sie können diese Technologien schneller zu Wachstum und Innovation in allen Wirtschaftszweigen sowie zum sozialen und territorialen Zusammenhalt beitragen. Im Sinne der Strategie von Lissabon und den anschließenden Mitteilungen ⁽²⁾ der Europäischen Kommission (nachstehend als „die Kommission“ bezeichnet) setzt sich die Überwachungsbehörde ebenfalls aktiv für die flächendeckende Verfügbarkeit von Breitbanddiensten für alle Bürger Europas ein.
- (2) In ihrem „Aktionsplan staatliche Beihilfen — Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen — Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009“ ⁽³⁾ wies die Kommission bereits darauf hin, dass staatliche Beihilfen sich unter bestimmten Bedingungen als wirksame Instrumente für das Erreichen von Zielen von gemeinsamem Interesse erweisen können. Mit staatlichen Beihilfen kann insbesondere Fehlentwicklungen des Marktes entgegengewirkt werden, was der Effizienz der Märkte und der Wettbewerbsfähigkeit zugute kommt. Staatliche Beihilfen können ferner eingesetzt werden, um ein besseres Marktergebnis im Sinne der Gleichheitsziele zu erreichen, wenn dieses unter kohäsionspolitischen Gesichtspunkten nicht befriedigend ausfällt. Gezieltes staatliches Handeln im Bereich der Breitbandversorgung kann insbesondere dazu beitragen, die „digitale Kluft“ ⁽⁴⁾ innerhalb eines Landes zu verringern, wenn dort in bestimmten Gegenden bzw. Regionen erschwingliche Breitbanddienste zu Wettbewerbsbedingungen angeboten werden, in anderen hingegen nicht.
- (3) Gleichzeitig muss gewährleistet sein, dass Marktinitiativen im Breitbandsektor nicht durch staatliche Beihilfen gebremst werden. Wenn staatliche Beihilfen für den Breitbandsektor in Gegenden eingesetzt werden, in denen die Marktteilnehmer sich generell für Investitionen entscheiden würden oder bereits investiert haben, könnte sich dies auf bereits unter Marktbedingungen getätigte Investitionen auswirken und den Marktteilnehmern die Anreize nehmen, überhaupt noch in den Breitbandbereich zu investieren. Dann wären staatliche Beihilfen kontraproduktiv und stünden dem eigentlichen Ziel entgegen. Mit der Beihilfenkontrolle im Breitbandbereich soll vor allem sichergestellt werden, dass die staatlichen Beihilfemaßnahmen zu einer besseren bzw. rascheren Breitbandabdeckung und -penetration führen, als dies ohne Beihilfen der Fall wäre, und sie soll gewährleisten, dass die positiven Auswirkungen der Beihilfen die negativen Auswirkungen (Wettbewerbsverzerrungen) überwiegen.
- (4) Fragen des Breitbandzugangs werden auch im Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation behandelt ⁽⁵⁾. Die Vorleistungsbreitbandmärkte unterliegen somit gegenwärtig in allen EFTA-Staaten einer Vorabregulierung ⁽⁶⁾. Diesbezüglich wurden verschiedene Initiativen ergriffen, um den neuen Herausforderungen zu begegnen, die sich aufgrund der Zugangsnetze der nächsten Generation (Next Generation Access — NGA) ⁽⁷⁾ im Bereich der Regulierung vor allem bei Fragen des Zugangs ergeben ⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ Das vorliegende Kapitel entspricht der Mitteilung der Kommission über die Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (ABl. C 235 vom 30.9.2009, S. 7).

⁽²⁾ Siehe u. a. „i2010 — Eine europäische Informationsgesellschaft für Wachstum und Beschäftigung“, KOM(2005) 229 endg. vom 1. Juni 2005, „eEurope 2005: Eine Informationsgesellschaft für alle“, KOM(2002) 263 endg., und „Überwindung der Breitbandkluft“, KOM(2006) 129.

⁽³⁾ KOM(2005) 107 endg.

⁽⁴⁾ Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) sind in den letzten zehn Jahren allgemein zugänglich und erschwinglich geworden. Der Begriff der „digitalen Kluft“ wird gemeinhin verwendet, um das Gefälle zwischen Personen bzw. Gemeinschaften zu bezeichnen, die Zugang zu Informationstechnologien haben, und solchen, die keinen IKT-Zugang haben. Der Hauptgrund für diese „digitale Kluft“ ist das Fehlen einer angemessenen Breitbandinfrastruktur. Auf regionaler Ebene ist der Urbanisierungsgrad ein wichtiger Faktor beim Zugang und bei der Nutzung von IKT. Dementsprechend ist die Internetdurchdringung in dünnbesiedelten Gebieten überall im Europäischen Wirtschaftsraum deutlich niedriger als in dichter besiedelten Gebieten.

⁽⁵⁾ Siehe den in Anhang XI Ziffer 5c1 des EWR-Abkommens genannten Rechtsakt (Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 33), den in Anhang XI Ziffer 5ck des EWR-Abkommens genannten Rechtsakt (Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie) (ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 21) und den in Anhang XI Ziffer 5cj des EWR-Abkommens genannten Rechtsakt (Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) (ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 7), angepasst durch Protokoll 1 zu diesem Abkommen.

⁽⁶⁾ Siehe Beschluss der norwegischen Post- und Telekommunikationsbehörde vom 3. April 2009 über die Bestimmung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und die Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen für den Großhandelsbreitbandmarkt (Markt 5); Beschluss der Post- und Telekommunikationsverwaltung Nr. 8/2008 vom 18. April 2008 über die Bestimmung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und die Auferlegung von Verpflichtungen für den Großhandelsbreitbandmarkt in Island; Beschluss des Amtes für Kommunikation vom 16. Dezember 2009 betreffend die sektorspezifische Regulierung für den Großhandelsbreitbandmarkt in Liechtenstein.

⁽⁷⁾ Für die Zwecke dieser Leitlinien werden als NGA-Netze drahtgebundene Zugangsnetze bezeichnet, die teilweise oder vollständig aus optischen Bauelementen bestehen und daher Hochleistungs-Breitbanddienste (z. B. mit einem höheren Durchsatz) ermöglichen, die mit bestehenden Kupfernetzen nicht angeboten werden können (siehe auch Fußnote 58).

⁽⁸⁾ Siehe Empfehlung der Europäischen Kommission über den regulierten Zugang zu Netzen der nächsten Generation (NGA) — unter http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/public_consult/nga/dr_recomm_nga.pdf; siehe die Erklärung „European Regulators Group Statement on the development of NGA Access“, ERG (08) 68, unter http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg_08_68_statement_on_nga_development_081211.pdf.

- (5) Das vorliegende Kapitel ist eine Zusammenfassung der Vorgehensweise der Überwachungsbehörde bei der Anwendung der Beihilfavorschriften des EWR-Abkommens auf Maßnahmen, die dem Ausbau herkömmlicher Breitbandnetze dienen, im Einklang mit der bestehenden Entscheidungspraxis der Kommission (Abschnitt 2), und behandelt darüber hinaus Fragen im Zusammenhang mit der Bewertung von Maßnahmen, die als Anreiz und zur Förderung eines raschen Aufbaus von NGA-Netzen konzipiert sind (Abschnitt 3).
- (6) Die Überwachungsbehörde wird bei der Bewertung von staatlichen Beihilfen im Breitbandsektor den in diesem Kapitel dargelegten Leitlinien folgen und damit mehr Rechtssicherheit und Transparenz in ihrer Entscheidungspraxis schaffen.

2. DIE POLITIK DER ÜBERWACHUNGSBEHÖRDE IM BEREICH DER STAATLICHEN BEIHILFEN FÜR BREITBANDVORHABEN

2.1. Anwendung des Beihilfenrechts

- (7) In ihrer Entscheidungspraxis hat die Kommission Maßnahmen zur Förderung der Breitbandabdeckung in ländlichen und diesbezüglich unterversorgten Gebieten fast ausnahmslos gebilligt, während sie Beihilfemaßnahmen für Gebiete, in denen eine Breitbandinfrastruktur bereits vorhanden ist und Wettbewerb herrscht, kritischer einschätzt. Sofern staatliche Maßnahmen zur Förderung der Breitbandversorgung die Voraussetzungen des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (nachstehend als „AEUV“ bezeichnet, entspricht Artikel 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens) für staatliche Beihilfen erfüllten, hat die Kommission deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt bisher vor allem nach Artikel 107 Absatz 3 AEUV, entspricht Artikel 61 Absatz 3 des EWR-Abkommens, geprüft. Der Ansatz der Kommission bei der Beurteilung von Maßnahmen zur Förderung des Ausbaus von Breitbandnetzen ist in den Abschnitten 2.2 und 2.3 zusammengefasst.

2.2. Artikel 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens: Vorliegen einer Beihilfe

- (8) Nach Artikel 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens sind „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, mit dem EWR-Abkommen unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Vertragsparteien beeinträchtigen“. Als staatliche Beihilfen gelten demnach Maßnahmen, die die vier folgenden Kriterien erfüllen:
- a) die Maßnahme muss aus staatlichen Mitteln gewährt werden,
 - b) Unternehmen muss ein wirtschaftlicher Vorteil erwachsen,
 - c) der Vorteil muss selektiv sein und den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen,
 - d) die Maßnahme muss den Handel innerhalb des EWR beeinträchtigen.
- (9) Es liegen bei der öffentlichen Förderung von Breitbandvorhaben häufig staatliche Beihilfen im Sinne des Artikels 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens vor⁽⁹⁾.
- (10) Erstens werden für die Maßnahmen in der Regel staatliche Mittel eingesetzt (z. B. wenn der Staat Breitbandvorhaben durch Subventionen, Steuervergünstigungen oder andere Arten vergünstigter Finanzierungsbedingungen unterstützt)⁽¹⁰⁾.
- (11) Zweitens sind staatliche Maßnahmen zur Förderung von Vorhaben für den Ausbau der Breitbandversorgung im Allgemeinen auf die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit gerichtet (d. h. Bau, Betrieb und Bereitstellung des Zugangs zu Breitbandinfrastruktur einschließlich Netzübergangsstellen und Bodengerät, z. B. stationär, terrestrisch und drahtlos, satellitengestützt oder eine Kombinationen verschiedener Technologien). In Ausnahmefällen, wenn das so finanzierte Netz nicht kommerziellen Zwecken dient (also lediglich Breitbandzugang zu nicht gewerblich genutzten Websites, Diensten und Informationen bietet)⁽¹¹⁾, würde Unternehmen durch einen solchen staatlichen Eingriff hingegen kein wirtschaftlicher Vorteil gewährt, und sie würde somit keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens darstellen.

⁽⁹⁾ Eine Liste aller von der Kommission nach den Beihilfavorschriften erlassenen Entscheidungen im Breitbandsektor sind unter der Internetadresse http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broadband_decisions.pdf zu finden.

⁽¹⁰⁾ Siehe auch Abschnitt 2.2.1 über die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers.

⁽¹¹⁾ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 30. Mai 2007 in der Sache NN 24/07 — Tschechische Republik, Prague Municipal Wireless Network.

- (12) Hinsichtlich der Gewährung eines Vorteils, werden Beihilfen drittens in der Regel direkt den Investoren⁽¹²⁾ des Netzes gewährt, die in den meisten Fällen im Wege eines offenen Ausschreibungsverfahrens⁽¹³⁾ ausgewählt werden. Während durch ein Ausschreibungsverfahren sichergestellt wird, dass alle Beihilfen für Breitbandvorhaben auf das erforderliche Minimum beschränkt bleiben, ermöglicht die finanzielle Förderung es dem Bieter, der den Zuschlag bekommt, unter Umständen zu Konditionen geschäftstätig zu werden, zu denen dies auf dem Markt nicht möglich wäre. Zu den indirekt Begünstigten könnten Drittbetreiber gehören, denen der Zugang zu der so geschaffenen Infrastruktur auf Vorleistungsebene eröffnet wird, sowie gewerbliche Nutzer, die Breitbandanschlüsse zu Konditionen erhalten, die ohne den staatlichen Eingriff nicht erhältlich wären⁽¹⁴⁾.
- (13) Im Hinblick auf das Selektivitätskriterium sind staatliche Beihilfen viertens zur Förderung des Ausbaus von Breitbandnetzen ihrem Wesen nach selektiv, weil sie auf Unternehmen gerichtet sind, die nur in bestimmten Regionen bzw. in bestimmten Segmenten des gesamten Marktes für elektronische Kommunikationsdienste tätig sind. Hinsichtlich des Aspekts der Wettbewerbsverzerrung verändert staatliches Handeln tendenziell außerdem bestehende Marktbedingungen, so dass bestimmte Firmen sich nun für die von den ausgewählten Betreibern angebotenen Dienste entscheiden würden, statt die möglicherweise teureren alternativen Lösungen am Markt zu wählen⁽¹⁵⁾. Deshalb hat die Tatsache, dass Breitbanddienste verfügbar werden — sei es, dass sie erstmals eingeführt oder aber zu einem niedrigeren Preis angeboten werden, als es sonst der Fall wäre —, eine Verzerrung des Wettbewerbs zur Folge. Darüber hinaus können staatliche Förderungen für den Breitbandsektor die Rentabilität senken und dadurch Investitionen von Marktteilnehmern verdrängen, die ansonsten bereit wären, in das betreffende Zielgebiet oder Teile dieses Gebiets zu investieren.
- (14) Da bei staatlichen Eingriffen ferner davon auszugehen ist, dass diese auch Folgen für Betreiber in anderen EWR-Staaten haben, wirken sie sich auch auf den Handel aus, weil die Märkte für elektronische Kommunikationsdienste (einschließlich der Vorleistungs- und der Endkundenbreitbandmärkte) für den Wettbewerb zwischen Betreibern und Diensteanbietern geöffnet sind⁽¹⁶⁾.

2.2.1. Nichtvorliegen einer Beihilfe: Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers

- (15) Fördert der Staat den Ausbau von Breitbandnetzen durch Kapitalbeteiligungen an einem Unternehmen oder Kapitalzuführungen für ein Unternehmen, dass das Vorhaben durchführt, so muss geprüft werden, ob diese Investition Elemente einer staatlichen Beihilfe enthält. Es lässt sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ableiten, dass Kapital, das der Staat einem Unternehmen — unmittelbar oder mittelbar — zu Bedingungen zur Verfügung stellt, die normalen Marktbedingungen entsprechen, nicht als staatliche Beihilfe angesehen werden kann.
- (16) Wenn Kapitalbeteiligungen und Kapitalzuführungen eines öffentlichen Investors langfristig nur unzureichende Gewinnaussichten bieten, müssen sie als Beihilfen im Sinne des Artikels 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens angesehen werden, und ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt ist allein auf der Grundlage der in dieser Bestimmung niedergelegten Kriterien zu bewerten⁽¹⁷⁾.
- (17) Die Kommission hat die Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers im Breitbandsektor in ihrer Amsterdam-Entscheidung untersucht⁽¹⁸⁾. Wie in der Entscheidung hervorgehoben wurde, muss gründlich und umfassend nachgewiesen werden, dass eine öffentliche Investition unter Marktbedingungen erfolgt, d. h., im Wege einer beträchtlichen Beteiligung privater Investoren oder eines soliden Unternehmensplans, der eine angemessene Rendite verspricht. Sind Privatinvestoren an dem Vorhaben beteiligt, ist es eine Bedingung sine qua non, dass sie im Zusammenhang mit den Investitionen aufgrund gleicher Konditionen dasselbe Geschäftsrisiko wie der öffentliche Investor tragen.

⁽¹²⁾ Der Begriff „Investor“ bezeichnet Unternehmen oder Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze, die in die Errichtung und den Ausbau von Breitbandinfrastruktur investieren.

⁽¹³⁾ Die Kommission hat nur in einem Fall eine Beihilfemaßnahme genehmigt, bei der es kein Ausschreibungsverfahren gab, die jedoch Steuergutschriften für die Einrichtung von Breitbanddiensten in unterversorgten Gebieten Ungarns vorsah: siehe Entscheidung N 398/05 — Ungarn, Development Tax Benefit for Broadband.

⁽¹⁴⁾ Vgl. u. a. Entscheidung der Kommission N 570/07 — Deutschland, Eckpunkte zur Breitbandversorgung des ländlichen Raums in Baden-Württemberg, Entscheidung N 157/06 — Vereinigtes Königreich, South Yorkshire Digital Region Broadband Project, Entscheidung N 262/2006 — Italien, Broadband for rural Tuscany, Entscheidung N 201/06 — Griechenland, Broadband access development in underserved territories, und Entscheidung N 131/05 — Vereinigtes Königreich, FibreSpeed Broadband Project Wales. Private Nutzer fallen, obwohl sie auch zu den Begünstigten solcher Maßnahmen gehören, nicht unter die Beihilfavorschriften, weil sie weder Unternehmen noch Wirtschaftsbeteiligte im Sinne des Artikels 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens sind.

⁽¹⁵⁾ Vgl. Entscheidung der Kommission N 266/08 — Deutschland, Breitbanderschließung in ländlichen Gebieten Bayerns.

⁽¹⁶⁾ Vgl. Entscheidung der Kommission N 237/08 — Deutschland, Breitbandförderung Niedersachsens.

⁽¹⁷⁾ Rechtssache C-303/88, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1433, Randnrn. 20–22.

⁽¹⁸⁾ Entscheidung der Kommission vom 11. Dezember 2007 über eine Beihilfe C 53/06 zugunsten von Glasvezernet Amsterdam für eine Investition der Stadt Amsterdam in ein Glasfasernetz (ABl. L 247 vom 16.9.2008, S. 27). Diese Beihilfesache betraf den Aufbau eines Fibre-to-the-Home-Glasfaserzugangnetzes (FTTH), das Breitbandzugang für 37 000 Haushalte in Amsterdam schaffen sollte, für die bereits mehrere konkurrierende Netzbetreiber den Breitbandzugang anboten. Die Stadt Amsterdam hatte beschlossen, gemeinsam mit zwei Privatinvestoren und fünf Wohnungsbaugesellschaften in die passive Netzsicht zu investieren. Eigentümer und Verwalter der Passivinfrastruktur war eine eigene Gesellschaft, an der die Stadt Amsterdam, zwei Privatinvestoren („ING Real Estate“ und „Reggefiber“) sowie die Wohnungsbaugesellschaften jeweils zu einem Drittel beteiligt waren.

2.2.2. Nichtvorliegen einer Beihilfe: Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen und die Altmark-Kriterien

- (18) In bestimmten Fällen können EFTA-Staaten die Bereitstellung von Breitbandnetzen als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Artikels 59 Absatz 2 des EWR-Abkommens ansehen⁽¹⁹⁾.
- (19) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs fallen staatliche Förderungen für die Bereitstellung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unter Umständen nicht unter Artikel 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens, sofern vier Hauptvoraussetzungen (allgemein als „Altmark-Kriterien“ bekannt) erfüllt sind⁽²⁰⁾. Die vier Voraussetzungen sind: a) der Begünstigte einer staatlichen Förderregelung für eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse muss förmlich mit der Bereitstellung und Erbringung einer solchen Dienstleistung betraut sein, und die diesbezüglichen Verpflichtungen müssen klar definiert sein; b) die Berechnungsparameter für die Vergütung müssen vorab auf objektive und transparente Weise festgelegt werden, um zu vermeiden, dass dem Unternehmen, das die Förderung erhält, dadurch ein wirtschaftlicher Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern erwächst; c) die Vergütung darf nicht mehr als die gesamten Kosten decken, die bei der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entstehen, wobei alle einschlägigen Einnahmen sowie ein angemessener Gewinn für die Erbringung der Dienstleistung zugrunde zu legen sind; und d) sofern der Begünstigte nicht über eine öffentliche Ausschreibung bestimmt wird, muss die Höhe der Vergütung auf der Grundlage einer Analyse der Kosten erfolgen, die einem typischen, gut geführten Unternehmen unter Berücksichtigung der einschlägigen Einnahmen sowie eines angemessenen Gewinns entstehen würden, wenn es diese Verpflichtungen zu erfüllen hätte.
- (20) In zwei Entscheidungen⁽²¹⁾ über Maßnahmen regionaler Gebietskörperschaften, mit denen privaten Betreibern für den Ausbau von herkömmlichen Breitbandnetzen in unterversorgten Regionen eine (subventionierte) Konzession für die Erbringung öffentlicher Dienste⁽²²⁾ erteilt wurde, kam die Kommission zu dem Schluss, dass die angemeldeten Förderregelungen die vier Altmark-Kriterien erfüllten und somit nicht unter Artikel 107 Absatz 1 AEUV fielen⁽²³⁾. In beiden Fällen war der Bieter, der den Zuschlag bekam, auf der Grundlage des niedrigsten beantragten Beihilfebetrags ausgewählt und die Höhe der Vergütung auf der Grundlage vorab bestimmter, transparenter Kriterien festgelegt worden. Zudem lagen der Kommission keine Beweise für eine Überkompensation vor; ferner kam sie zu dem Schluss, dass kein Risiko einer Überkompensation besteht.
- (21) Dahingegen hat die Kommission entschieden, dass das Vorliegen einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und die anschließende Berufung auf die Altmark-Rechtsprechung nicht akzeptiert werden kann, wenn der Betreiber weder einen eindeutigen Auftrag noch die Verpflichtung hatte, Breitbandzugänge bereitzustellen und allen Bürgern und Unternehmen in unterversorgten Gebieten das Breitbandnetz zugänglich zu machen, sondern vor allem im Anschlussgeschäft tätig war⁽²⁴⁾.
- (22) Obwohl die EFTA-Staaten einen weiten Ermessensspielraum bei der Definition dessen haben, was als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen werden kann, kann die Überwachungsbehörde laut Rechtsprechung im Falle eines offenkundigen Fehlers die Definition solcher Dienstleistungen und Aufgaben durch die EFTA-Staaten in Frage stellen⁽²⁵⁾. Obwohl die Bestimmung der Art und des Umfangs einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse somit in der Zuständigkeit und der Ermessensbefugnis der EFTA-Staaten liegt, heißt dies, dass diese Befugnis weder uneingeschränkt gilt noch willkürlich ausgeübt werden darf⁽²⁶⁾. Damit

⁽¹⁹⁾ Laut Rechtsprechung muss einem Unternehmen, das mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, diese Aufgabe durch einen hoheitlichen Akt übertragen worden sein. In diesem Sinne kann ein Betreiber über die Erteilung einer Konzession für die Erbringung öffentlicher Dienste mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut werden; siehe verbundene Rechtssachen T-204/97 und T-270/97 EPAC/Kommission, Slg. 2000, II-2267, Randnr. 126, und Rechtssache T-17/02 Fred Olsen/Kommission, Slg. 2005, II-2031, Randnrn. 186 und 188–189.

⁽²⁰⁾ Rechtssache C-280/00, Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Slg. 2003, I-7747. Nachstehend als „das Altmark-Urteil“ bezeichnet.

⁽²¹⁾ Vgl. Entscheidung der Kommission N 381/04 — Frankreich, *Projet de réseau de télécommunication haut débit des Pyrénées-Atlantiques* und Entscheidung der Kommission N 382/04 — Frankreich, *Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL)*.

⁽²²⁾ Obwohl in diesem Kapitel auf „Konzessionen“ für die Erbringung öffentlicher Dienste Bezug genommen wird, kann die vertragliche Form, die für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewählt wird, je nach EFTA-Staat unterschiedlich sein. Allerdings sollten darin in jedem Fall die Art, der Umfang und die Dauer der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die Identität der betreffenden Unternehmen sowie die von ihnen zu tragenden Kosten angegeben sein.

⁽²³⁾ Insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass den Mitgliedstaaten ein weiter Ermessensspielraum bei der Definition des Geltungsbereichs einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingeräumt wird, erkannte die Kommission in den oben genannten beiden Entscheidungen an, dass die Einschätzung des betreffenden Mitgliedstaats, der die Bereitstellung einer für alle anderen Netzbetreiber offenen, flächendeckenden Breitbandinfrastruktur, die ein Marktversagen beheben und Anschlüsse für alle Nutzer in den entsprechenden Regionen schaffen würde, als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft hat, keinen offenkundigen Fehler darstellt.

⁽²⁴⁾ Vgl. Entscheidung der Kommission N 284/05 — Irland, *Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks („MANs“), phases II and III*, Randnrn. 23 und 37–40. In dieser Beihilfesache war die Kommission der Auffassung, dass die Förderung für den Aufbau und den Betrieb von Metropolitan Area Networks (MANs) in mehreren irischen Städten keine Vergütung für eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist, weil die angemeldete Maßnahme eher auf eine Partnerschaft zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen hindeutete als auf die Beauftragung eines Unternehmens mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Vgl. Entscheidung N 890/06 — Frankreich, *Aide du Sicoval pour un réseau de très haut débit*. In dieser Sache hob die Kommission hervor, dass durch die angemeldete Maßnahme ausschließlich die Bereitstellung von Breitbandanschlüssen für Wirtschaftsparks und öffentliche Einrichtungen und nicht für Privathaushalte gefördert werden sollte. Außerdem war das Vorhaben nur auf einen Teil der Region ausgerichtet. Die Kommission kam deshalb zu dem Ergebnis, dass es sich hier nicht um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelte, weil die angemeldete Maßnahme nicht den Interessen der Bürger, sondern der Unternehmen diene.

⁽²⁵⁾ Siehe Rechtssache T-289/03, BUPA u. a./Kommission, Slg. 2008, II-00081, Randnr. 165, und Rechtssache T-106/95 FFSA u. a./Kommission, Slg. 1997, II-229, Randnr. 99. Siehe auch Randnummer 14 der Mitteilung der Kommission — *Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa* (Abl. C 17 vom 19.1.2001, S. 4).

⁽²⁶⁾ Rechtssache T-442/03, SIC/Kommission, Slg. 2008, II-1161, Randnr. 195; Rechtssache T-289/03, BUPA u. a./Kommission, op. cit., Randnr. 166 und Rechtssache T-17/02 Fred Olsen/Kommission, op. cit., Randnr. 216. In Randnummer 22 der Mitteilung der Kommission — *Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa* heißt es: „Die Gestaltungsfreiheit der ‚Mitgliedstaaten‘ bedeutet, dass für die Definition dessen, was ausgehend von den spezifischen Merkmalen einer Tätigkeit als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu gelten hat, vorrangig die Mitgliedstaaten zuständig sind. Diese Definition darf nur einer Kontrolle auf offenkundige Fehler unterworfen werden.“

eine Tätigkeit als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen werden kann, sollte sie verglichen mit gewöhnlichen wirtschaftlichen Tätigkeiten bestimmte Merkmale aufweisen⁽²⁷⁾. In dieser Hinsicht wird die Überwachungsbehörde berücksichtigen, dass der Ausbau einer parallelen, wettbewerbsbestimmten, öffentlich geförderten Breitbandinfrastruktur in Gebieten, in denen private Investoren bereits in eine Breitbandinfrastruktur investiert haben (oder ihre Netzinfrastruktur derzeit ausbauen) und bereits Breitbanddienste zu Marktbedingungen mit einer angemessenen Breitbandabdeckung anbieten, nicht als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Artikels 59 Absatz 2 des EWR-Abkommens angesehen werden sollte⁽²⁸⁾. Kann hingegen nachgewiesen werden, dass private Investoren möglicherweise nicht in der Lage sind, in naher Zukunft⁽²⁹⁾ eine angemessene Breitbandabdeckung für alle Bürger oder Nutzer bereitzustellen, und damit ein beträchtlicher Teil der Bevölkerung nicht angebunden bliebe, so kann ein mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beauftragtes Unternehmen Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen erhalten, sofern die in den Randnrn. 23 bis 27 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Es sei vorangestellt, dass die in diesen Randnummern dargelegten Erwägungen auf den Besonderheiten des Breitbandsektors und den bisherigen Erfahrungen der Kommission in diesem Bereich beruhen. Die dort niedergelegten Voraussetzungen sind somit zwar nicht erschöpfend, sie spiegeln aber den Ansatz der Überwachungsbehörde wieder, den sie bei der Einzelfallprüfung anwendet, um festzustellen, ob die fraglichen Tätigkeiten als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft werden können und ob die dafür gewährte öffentliche Förderung mit den Beihilfavorschriften des EWR-Abkommens in Einklang stehen.

- (23) Hinsichtlich der Bestimmung des Umfangs eines Auftrags für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mit dem Ziel, eine weit reichende Breitbandinfrastruktur aufzubauen, müssen die EFTA-Staaten angeben, weshalb sie der Auffassung sind, dass die fragliche Dienstleistung es aufgrund ihres besonderen Charakters verdient, als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft und von anderen wirtschaftlichen Aktivitäten unterschieden zu werden⁽³⁰⁾. Sie müssen des Weiteren sicherstellen, dass der Auftrag zur Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bestimmte Mindestkriterien für solche Aufträge erfüllt, und nachweisen, dass diese Kriterien im betreffenden Fall auch tatsächlich eingehalten wurden.
- (24) Zur Erfüllung dieser Kriterien gehört zumindest a) das Vorliegen eines hoheitlichen Akts der Behörde, mit dem die fraglichen Betreiber mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beauftragt werden, und b) der universale und obligatorische Charakter des Dienstes. Bei der Prüfung, ob bei der Definition einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für den Ausbau von Breitbandnetzen keine offenkundige Fehleinschätzung vorliegt, sollten die EFTA-Staaten sicherstellen, dass die geplante Breitbandinfrastruktur eine universelle Breitbandanbindung für alle Nutzer eines bestimmten Gebiets, also sowohl für private als auch für gewerbliche, bieten soll. Der obligatorische Charakter einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse impliziert auch, dass der Betreiber des geplanten Netzes den Zugang zur Infrastruktur nicht nach eigenem Ermessen und/oder in diskriminierender Weise verweigern kann (z. B. weil die Bereitstellung des Zugangs in einem bestimmten Gebiet nicht profitabel ist).
- (25) Angesichts des Wettbewerbsniveaus, das seit der Liberalisierung im Bereich der elektronischen Kommunikation im EWR erzielt worden ist, und insbesondere angesichts des Wettbewerbs, der heute auf dem Endkundenbreitbandmarkt herrscht, sollte im Zusammenhang mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für alle interessierten Betreiber ein öffentlich gefördertes Netz verfügbar sein. Dementsprechend sollte die Anerkennung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für den Ausbau von Breitbandnetzen auf der Bereitstellung einer passiven, neutralen⁽³¹⁾ Infrastruktur mit offenem Zugang basieren. Ein solches Netz sollte Interessenten alle möglichen Arten des Netzzugangs bieten und auf Endkundenebene einen echten Wettbewerb ermöglichen, durch den Endkunden erschwingliche Breitbanddienste zu Wettbewerbsbedingungen erhalten⁽³²⁾. Der Auftrag für eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sollte deshalb ausschließlich den Ausbau eines Breitbandnetzes mit universeller Breitbandanbindung und die Bereitstellung der damit verbundenen Dienste auf Vorleistungsebene umfassen, nicht aber Kommunikationsdienste für Endkunden⁽³³⁾. Wenn der mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beauftragte Betreiber zudem ein vertikal integrierter Breitbandbetreiber ist, sollten angemessene Vorkehrungen getroffen werden, um Interessenskonflikte, unzulässige Diskriminierung und andere verborgene mittelbare Vorteile zu verhindern⁽³⁴⁾.

⁽²⁷⁾ Dies impliziert, dass das von staatlicher Seite verfolgte Ziel von allgemeinem Interesse nicht lediglich in der Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete im Sinne des Artikels 61 Absatz 3 Buchstabe c bestehen kann. Vgl. Entscheidung der Kommission N 381/04 — Frankreich, *Projet de réseau de télécommunication haut débit des Pyrénées-Atlantiques*, Randnr. 53, und Entscheidung der Kommission N 382/04 — Frankreich, *Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL)*.

⁽²⁸⁾ Deshalb sollten Netze, für die ein Bedarf an Dienstungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ermittelt werden soll, stets eine vergleichbare Architektur aufweisen (Netze für die Breitbandgrundversorgung oder NGA-Netze).

⁽²⁹⁾ Für den Begriff „nahe Zukunft“ ist in diesem Zusammenhang ein Zeitraum von drei Jahren anzusetzen. Hierbei sollten die von privaten Investoren geplanten Investitionsvorhaben so angelegt sein, dass innerhalb dieses Zeitraums von drei Jahren zumindest erhebliche Fortschritte hinsichtlich der Abdeckung erzielt werden, wobei der Abschluss der geplanten Investitionen anschließend innerhalb einer angemessenen Frist vorgesehen sein sollte (je nach den Besonderheiten des jeweiligen Gebiets und Projekts).

⁽³⁰⁾ Ohne eine derartige Begründung wäre eine — selbst beiläufige — Kontrolle der Überwachungsbehörde aufgrund des ersten Altmark-Kriteriums und aufgrund von Artikel 59 Absatz 2 des EWR-Abkommens, ob dem EFTA-Staat bei der Ausübung seines Ermessens ein offenkundiger Fehler unterlaufen ist, nicht möglich. Rechtssache T-289/03, *BUPA u. a./Kommission*, op. cit., Randnr. 172.

⁽³¹⁾ Ein Netz sollte technologie-neutral sein und es den Interessierten dadurch ermöglichen, über eine beliebige verfügbare Technologie Zugang zu erhalten und Dienstleistungen für Endkunden anzubieten. Während eine solche Anforderung bei dem Aufbau von ADSL-Netzen nur von geringer Bedeutung sein mag, ist sie von größerer Bedeutung bei NGA-Glasfasernetzen, bei denen Betreiber für ihr Dienstleistungsangebot für Endkunden möglicherweise unterschiedliche Glasfasertechnologien einsetzen (Point-to-Point oder G-PON).

⁽³²⁾ Ein ADSL-Netz sollte z. B. Bitstream und vollständige Entbündelung bieten, während NGA-Glasfasernetze mindestens Zugang zu Dark Fibre und Bitstream ermöglichen sollte; bei dem Ausbau von FTTC-Netzen sollte der Zugang zum Sub-Loop möglich sein.

⁽³³⁾ Diese Einschränkung ist deshalb gerechtfertigt, weil die Kräfte des Marktes in der Regel ausreichen, um Kommunikationsdienste zu wettbewerbsfähigen Preisen für alle Nutzer hervorzubringen, wenn erst einmal ein Breitbandnetz mit universeller Breitbandanbindung geschaffen wurde.

⁽³⁴⁾ Solche Vorkehrungen können insbesondere eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung oder die Schaffung einer strukturell und rechtlich von dem vertikal integrierten Betreiber getrennten Einheit umfassen. Diese Einheit sollte allein für die Erfüllung des Auftrags zur Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verantwortlich sein.

- (26) Aus der Tatsache, dass der Markt für elektronische Kommunikation vollständig liberalisiert ist, folgt, dass eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für den Ausbau von Breitbandnetzen nicht auf dem Betreiber gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechten im Sinne des Artikels 59 Absatz 1 des EWR-Abkommens beruhen kann.
- (27) Zur Erfüllung des Auftrags zur Bereitstellung einer universellen Breitbandanbindung muss der mit der Dienstleistung im allgemeinen wirtschaftlichem Interesse beauftragte Betreiber möglicherweise nicht nur in Gebieten eine Netzinfrastruktur schaffen, in denen dies nicht rentabel ist, sondern auch in Gebieten mit Rentabilitätspotenzial, d. h. in Gebieten, in denen andere Betreiber eventuell bereits eine eigene Netzinfrastruktur geschaffen haben oder dies in naher Zukunft planen. Angesichts der Besonderheiten des Breitbandsektors sollten Ausgleichszahlungen in diesem Fall jedoch nur die Kosten für die Erweiterung einer Infrastruktur auf nicht rentable Gebiete decken⁽³⁵⁾. Wenn eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für den Ausbau von Breitbandnetzen nicht auf dem Ausbau einer Infrastruktur der öffentlichen Hand basiert, sollten eine angemessene Überprüfung und Rückforderungsmechanismen vorgesehen werden, um zu vermeiden, dass dem mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beauftragten Betreiber kein ungebührlicher Vorteil daraus erwächst, dass er nach Ende der Konzession für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Eigentümer des mit öffentlichen Mitteln finanzierten Netzes wird. Die Ausgleichszahlungen für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sollten grundsätzlich im Wege einer offenen, transparenten, nichtdiskriminierenden Ausschreibung vergeben werden, bei der alle Bewerber gehalten sind, sowohl die rentablen als auch die nicht rentablen Gebiete in transparenter Weise zu bestimmen, eine Schätzung der erwarteten Einnahmen abzugeben und die Ausgleichssumme anzugeben, die sie für unbedingt erforderlich halten, so dass eine Überkompensation ausgeschlossen werden kann. Bei einer unter diesen Voraussetzungen durchgeführten Ausschreibung dürfte gewährleistet sein, dass das vierte Altmark-Kriterium erfüllt ist (siehe Randnummer 19).
- (28) Sind die vier Altmark-Kriterien nicht erfüllt, wohl aber die allgemeinen Kriterien für die Anwendung des Artikels 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens, dann stellen die Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen zum Ausbau einer Breitbandinfrastruktur eine staatliche Beihilfe dar und fallen unter Artikel 49, 59 und 61 des EWR-Abkommens und unter Teil I Artikel 1 des Protokolls 3 zum Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofes (nachstehend als „Protokoll 3 zum Überwachungsbehörde- und Gerichtshofabkommen“ bezeichnet). In diesem Fall könnte eine staatliche Beihilfe in Form einer Ausgleichszahlung für öffentliche Dienstleistungen zugunsten eines mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beauftragten Unternehmens (siehe Randnummern 23-27) als mit dem EWR-Abkommen vereinbar angesehen und von der Anmeldepflicht nach Teil I Artikel 1 Absatz 3 des Protokolls 3 zum Überwachungsbehörde- und Gerichtshofabkommen freigestellt werden, wenn die Voraussetzungen des in Anhang XV Ziffer 1h des EWR-Abkommens genannten Rechtsakts (Entscheidung 2005/842/EG der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden)⁽³⁶⁾, angepasst durch Protokoll 1 zu diesem Abkommen, erfüllt sind.⁽³⁷⁾

2.3. Vereinbarkeitsprüfung nach Artikel 61 Absatz 3 des EWR-Abkommens

- (29) Wurde im Breitbandsektor eine angemeldete Maßnahme von der Kommission als Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV eingestuft, gründete sich die Prüfung der Vereinbarkeit bislang unmittelbar auf Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV⁽³⁸⁾.
- (30) Die unter ein mit staatlichen Beihilfen gefördertes Breitbandvorhaben fallenden Gebiete können gleichzeitig auch Fördergebiete im Sinne des Artikels 61 Absatz 3 Buchstaben a und c und des Kapitels der staatlichen Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007–2013 der Leitlinien der Überwachungsbehörde für staatliche Beihilfen⁽³⁹⁾ (nachstehend als „die Regionalbeihilfeleitlinien“ bezeichnet) sein. In diesem Fall können Beihilfen für den Breitbandsektor auch als Beihilfen für Erstinvestitionen im Sinne der Regionalbeihilfeleitlinien gelten. In vielen bisher von der Kommission geprüften Fällen zielten die angemeldeten Maßnahmen allerdings auch auf Nichtfördergebiete ab, so dass die Kommission die Maßnahmen nicht nach den entsprechenden Regionalbeihilfeleitlinien bewerten konnte⁽⁴⁰⁾.
- (31) Fällt eine Maßnahme in den Geltungsbereich der Regionalbeihilfeleitlinien und ist eine Ad-hoc-Einzelbeihilfe zugunsten eines einzelnen Unternehmens oder eine auf einen Wirtschaftsbereich beschränkte Beihilfe geplant, so ist es

⁽³⁵⁾ Wegen der Besonderheiten im Einzelfall ist es Sache der EFTA-Staaten, die am besten geeignete Methode zu ermitteln, um sicherzustellen, dass die Ausgleichszahlungen nur der Deckung der Kosten dienen, die bei der Erfüllung des Dienstleistungsauftrags in den nicht rentablen Gebieten entstehen. So könnten die entsprechenden Beträge anhand eines Vergleichs zwischen den Einnahmen aus der kommerziellen Nutzung der Infrastruktur in den rentablen Gebieten und den Einnahmen aus der entsprechenden Nutzung in den nicht rentablen Gebieten ermittelt werden. Etwaige verbleibende Gewinne, d. h. Gewinne, die über die durchschnittlichen Kapitalerträge der Branche aus dem Ausbau einer bestimmten Breitbandinfrastruktur hinausgehen, könnten der Finanzierung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in den nicht rentablen Gebieten zugerechnet werden; der Rest würde durch die Ausgleichszahlungen gedeckt.

⁽³⁶⁾ ABl. L 312 vom 29.11.2005, S. 67.

⁽³⁷⁾ Siehe auch Kapitel über staatliche Beihilfen als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen der Leitlinien der Überwachungsbehörde für staatliche Beihilfen (ABl. L 109 vom 26.4.2007, S. 44, und EWR-Beilage Nr. 20 vom 26.4.2007, S. 1), die ebenfalls auf der Webseite der Überwachungsbehörde eingesehen werden kann: http://www.efasurv.int/fieldsOfWork/fieldStateAid/state_aid_guidelines/partvistateAidInTheFormOfPublicServiceCompensation.pdf.

⁽³⁸⁾ Es sei darauf hingewiesen, dass nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe a AEUV (entspricht Artikel 61 Absatz 3 Buchstabe a des EWR-Abkommens) „Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht“, ebenfalls als mit dem EWR-Abkommen vereinbar angesehen werden können.

⁽³⁹⁾ ABl. L 54 vom 28.2.2008, S. 1, und EWR-Beilage 11 vom 28.2.2008, S. 1.

⁽⁴⁰⁾ Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007–2013 (ABl. C 54 vom 4.3.2006, S. 13). Obwohl die Beihilfen in manchen Fällen auf „Fördergebiete“ beschränkt waren und auch als Beihilfen für Erstinvestitionen im Sinne der obengenannten Leitlinien hätten angesehen werden können, lag die Beihilfeintensität für die betreffenden Gebiete außerdem häufig über der für Regionalbeihilfen zulässigen Schwelle.

Aufgabe der EFTA-Staaten nachzuweisen, dass die Voraussetzungen der Regionalbeihilfeleitlinien erfüllt sind. Dazu ist es insbesondere erforderlich, dass das betreffende Vorhaben zu einer kohärenten Regionalentwicklungsstrategie beiträgt und — unter Berücksichtigung der Art und des Umfangs des Vorhabens — keine übermäßigen Wettbewerbsverzerrungen verursacht.

2.3.1. *Die Abwägungsprüfung und ihre Anwendung auf Beihilfen für den Ausbau von Breitbandnetzen*

- (32) Bei der Prüfung, ob eine Beihilfemaßnahme als mit dem EWR-Abkommen vereinbar angesehen werden kann, wägt die Überwachungsbehörde den positiven Beitrag der Beihilfemaßnahme zur Erreichung eines Ziels von gemeinsamen Interesse gegenüber den potenziellen negativen Auswirkungen, wie Wettbewerbsverzerrungen und Handelsbeeinträchtigungen, ab.
- (33) Bei der Anwendung dieser Abwägungsprüfung prüft die Überwachungsbehörde folgende Fragen:
- a) Dient die Beihilfemaßnahme einem klar definierten Ziel von gemeinsamem Interesse, d. h., dient sie der Beseitigung des Marktversagens oder anderen Zielen? ⁽⁴¹⁾
 - b) Ist die Beihilfemaßnahme geeignet, das im gemeinsamen Interesse liegende Ziel zu verwirklichen? Insbesondere:
 - i) Ist die Beihilfemaßnahme ein geeignetes Instrument, oder gibt es andere, bessere Instrumente?
 - ii) Hat die Beihilfemaßnahme einen Anreizeffekt, d. h., veranlasst sie Unternehmen zu einer Verhaltensänderung?
 - iii) Ist die Beihilfe verhältnismäßig, d. h., könnte dieselbe Verhaltensänderung auch mit einer geringeren Beihilfe erreicht werden?
 - c) Sind die Wettbewerbsverzerrungen und die Handelsbeeinträchtigungen so gering, dass die Gesamtbilanz positiv ausfällt?
- (34) Die einzelnen Stufen der Abwägungsprüfung für den Breitbandsektor werden in den Abschnitten 2.3.2 und 2.3.3 näher ausgeführt.

2.3.2. *Ziel der Maßnahme*

- (35) Wie in der Einleitung dargelegt, ist der flächendeckende, erschweringliche Breitbandzugang von zentraler Bedeutung, denn er ermöglicht, dass die dafür eingesetzten Technologien rasch zu Wachstum und Innovation in allen Wirtschaftszweigen und zum sozialen und territorialen Zusammenhalt beitragen.
- (36) Die Ökonomie der Breitbandversorgung lässt Investitionen aus marktökonomischer Sicht nicht immer rentabel erscheinen. So ist der Ausbau von Breitbandnetzen in der Regel in Gebieten mit höherer und konzentrierter potenzieller Nachfrage, d. h. in dicht besiedelten Gebieten, aufgrund der zu erzielenden Dichtevorteile rentabler. Wegen der hohen Fixkosten, die bei den Investitionen anfallen, steigen die Stückkosten umgekehrt proportional zur Bevölkerungsdichte stark an. Dementsprechend rechnen sich Breitbandnetze in der Regel nur in Bezug auf einen Teil der Bevölkerung. Auch kann es in bestimmten Gebieten vorkommen, dass der Ausbau eines Netzes nur für einen einzigen, nicht aber für zwei oder mehr Betreiber rentabel ist.
- (37) Wenn der Markt keine hinreichende Breitbandabdeckung gewährleistet oder die Zugangsbedingungen nicht angemessen sind, können Beihilfen zu einem wichtigen Instrument werden. So kann mit staatlichen Beihilfen im Breitbandsektor ein Marktversagen, also eine Situation behoben werden, in der einzelne Marktinvestoren keine Investitionen tätigen, selbst wenn dies unter allgemeinen ökonomischen Gesichtspunkten sinnvoll wäre, z. B. aufgrund von Spill-over-Effekten. Staatliche Beihilfen für den Breitbandsektor können auch ein Mittel zur Verwirklichung von Gleichheitszielen sein, indem sie den Zugang aller Mitglieder der Gesellschaft zu einem wesentlichen Instrument der Kommunikation und Teilhabe an der Gesellschaft und der freien Meinungsäußerung verbessern und somit für den sozialen und territorialen Zusammenhalt förderlich sind.
- (38) Es ist sinnvoll, von Anfang an eine grundlegende Unterscheidung zwischen den Zielgebieten je nach Grad der bereits vorhandenen Breitbandversorgung zu treffen. Die Kommission unterscheidet durchgehend zwischen Gebieten, in denen keine Breitbandinfrastruktur vorhanden ist und in naher Zukunft voraussichtlich keine Breitbandinfrastruktur aufgebaut wird („weiße Flecken“), Gebieten, in denen es nur einen Breitbandnetzbetreiber gibt („graue Flecken“) und Gebieten, in denen mindestens zwei Breitbandnetzbetreiber tätig sind („schwarze Flecken“) ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ Vgl. u. a. Entscheidung der Kommission N 508/08 — Vereinigtes Königreich, Provision of Remote Broadband Services in Northern Ireland, Entscheidung der Kommission N 201/06 — Griechenland, Broadband access development in underserved territories, und Entscheidung der Kommission N 118/06 — Lettland, Development of broadband communication networks in rural areas.

⁽⁴²⁾ Vgl. u. a. Entscheidung der Kommission N 201/06 — Griechenland — Broadband access development in underserved territories.

2.3.2.1. Weiße Flecken: Förderung von Zielen des territorialen Zusammenhalts und der wirtschaftlichen Entwicklung

- (39) Die Überwachungsbehörde ist der Ansicht, dass die Förderung des Aufbaus von Breitbandnetzen in „weißen Flecken“ ländlicher und unterversorgter Gebiete im Einklang steht, weil dadurch der territoriale, soziale und wirtschaftliche Zusammenhalt gefördert und Marktversagen korrigiert wird. Breitbandnetze sind in der Regel nur in Bezug auf einen Teil der Bevölkerung rentabel, so dass für eine flächendeckende Versorgung die Unterstützung des Staates erforderlich ist.
- (40) Die Überwachungsbehörde erkennt an, dass die EFTA-Staaten echte Kohäsions- und Entwicklungsziele verfolgen, wenn sie finanzielle Unterstützung für die Bereitstellung von Breitbanddiensten in Gebieten gewähren, in denen diese derzeit nicht vorhanden sind und in denen es auch keine Pläne privater Investoren gibt, eine solche Infrastruktur in naher Zukunft aufzubauen, weshalb davon auszugehen ist, dass staatliche Eingriffe ihrerseits dem gemeinsamen Interesse entsprechen⁽⁴³⁾. Für den Begriff „nahe Zukunft“ ist in diesem Zusammenhang ein Zeitraum von drei Jahren anzusetzen. Hierbei sollten die von privaten Investoren geplanten Investitionsvorhaben so angelegt sein, dass innerhalb dieses Zeitraums von drei Jahren zumindest erhebliche Fortschritte hinsichtlich der Abdeckung erzielt werden, wobei der Abschluss der geplanten Investitionen anschließend innerhalb einer angemessenen Frist vorgesehen sein sollte (je nach den Besonderheiten des jeweiligen Projekts und Gebiets). Die Behörden können die Vorlage eines Unternehmensplans fordern, nebst einem detaillierten Zeitplan für den Netzausbau sowie Belegen für eine adäquate Finanzierung oder sonstigen Nachweisen, die belegen, dass die geplanten Investitionen der privaten Netzbetreiber glaubhaft und plausibel sind.

2.3.2.2. Schwarze Flecken: staatliches Handeln nicht erforderlich

- (41) Gibt es in einem bestimmten Gebiet mindestens zwei Betreiber von Breitbandnetzen und werden Breitbanddienste dort unter Wettbewerbsbedingungen angeboten (infrastrukturbasierter Wettbewerb), so liegt kein Marktversagen vor. Demzufolge gibt es kaum Möglichkeiten, durch staatliches Handeln bessere Ergebnisse zu erzielen. Vielmehr führen staatliche Zuwendungen für die Finanzierung des Aufbaus zusätzlicher Breitbandnetze grundsätzlich zu einer unannehmbaren Verzerrung des Wettbewerbs und verdrängen private Investoren. Infolgedessen wird die Überwachungsbehörde Maßnahmen zur Finanzierung des Aufbaus einer zusätzlichen Breitbandinfrastruktur in als „schwarze Flecken“ eingestuften Gebieten negativ beurteilen, sofern nicht ein eindeutig nachgewiesenes Marktversagen vorliegt⁽⁴⁴⁾.

2.3.2.3. Graue Flecken: eingehendere Prüfung erforderlich

- (42) Die Tatsache, dass es in einem bestimmten Gebiet einen Netzbetreiber gibt, bedeutet nicht zwangsläufig, dass kein Marktversagen oder Kohäsionsproblem vorliegt. Monopolbedingungen wirken sich unter Umständen auf Qualität und Preis der den Bürgern und Unternehmen zur Verfügung gestellten Dienste aus. Andererseits können Subventionen für den Aufbau eines alternativen Netzes bei nur einem Breitbandnetzbetreiber auf dem Markt per definitionem die Marktdynamik stören. Deshalb erfordern staatliche Fördermaßnahmen für den Ausbau von Breitbandnetzen in „grauen Flecken“ eine eingehendere Analyse und eine sorgfältige Prüfung ihrer Vereinbarkeit mit dem EWR-Abkommen.
- (43) Selbst wenn es in dem Zielgebiet der staatlichen Maßnahme einen Netzbetreiber gibt, kann es vorkommen, dass bestimmte Gruppen von Nutzern dennoch keinen Zugang zu einem angemessenen Dienstangebot haben, entweder weil bestimmte von den Nutzern nachgefragte Breitbanddienste nicht verfügbar sind oder weil die Endkundenpreise dafür im Vergleich zu denselben Diensten in stärker wettbewerbsbestimmten Gebieten oder Regionen des betreffenden Landes nicht erschwinglich sind, da es keine regulierten Vorleistungstarife für den Netzzugang gibt⁽⁴⁵⁾. Wenn darüber hinaus nur wenig Aussicht besteht, dass eine alternative Infrastruktur von Dritten geschaffen wird, könnte die Finanzierung einer alternativen Infrastruktur eine geeignete Maßnahme sein. Dadurch würde der bisher fehlende Infrastrukturwettbewerb geschaffen und somit die Problematik verringert, die durch die De-facto-Monopolstellung des etablierten Betreibers entsteht⁽⁴⁶⁾. Der betreffende EFTA-Staat muss allerdings gewährleisten, dass die unter diesen Umständen gewährte Beihilfe die einschlägigen beihilferechtlichen Voraussetzungen erfüllt.

⁽⁴³⁾ Vgl. u. a. Entscheidung der Kommission N 118/06 — Lettland, Development of broadband communication networks in rural areas.

⁽⁴⁴⁾ Siehe Entscheidung der Kommission vom 19. Juli 2006 über die staatliche Beihilfe C 35/05 (ex N 59/05), die die Niederlande für einen Breitbandnetzausbau in Appingedam gewähren wollen (ABl. L 86 vom 27.3.2007, S. 1). In dieser Beihilfesache ging es um den Ausbau eines passiven Netzes (d. h. Leerrohre und Glasfaserleitungen), dessen Eigentümer die Stadt sein sollte. Die aktive Schicht (d. h. Verwaltung und der Betrieb des Netzes) sollte hingegen an einen privaten Vorleistungsanbieter übertragen werden, der anderen Anbietern Zugangsdienste auf Vorleistungsebene bereitstellen sollte. In ihrer Entscheidung stellte die Kommission fest, dass der niederländische Breitbandmarkt ein sich rasch entwickelnder Markt war, auf dem Anbieter von elektronischen Kommunikationsdienstleistungen einschließlich Kabel- und Internet-Anbietern zum damaligen Zeitpunkt gerade Hochleistungs-Breitbanddienste ohne staatliche Unterstützung aufbauten. Die Situation in Appingedam unterschied sich nicht vom übrigen niederländischen Breitbandmarkt. Sowohl der etablierte Festnetzbetreiber als auch ein Kabelbetreiber boten bereits „Triple-Play-Dienste“ in Appingedam an (Telefonie, Breitbandzugang und digitales/analoges Fernsehen), und beide Betreiber waren technisch in der Lage, die Kapazität ihrer Netze zu erweitern.

⁽⁴⁵⁾ Wie unter Randnr. 4 erwähnt, erfolgt für den Breitbandzugang derzeit in allen EFTA-Staaten eine Vorabregulierung.

⁽⁴⁶⁾ In ihrer Entscheidung N 131/05 — Vereinigtes Königreich, FibreSpeed Broadband Project Wales musste die Kommission prüfen, ob die finanzielle Förderung der walisischen Behörden für den Bau eines offenen, technologieneutralen Glasfasernetzes, über das 14 Wirtschaftsparks verbunden werden sollen, noch als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden konnte, obwohl die Zielgebiete bereits über Anschlüsse des etablierten Netzbetreibers verfügten, der einer Preisregulierung unterliegende Mietleitungen zur Verfügung stellte. Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass die Mietleitungen des etablierten Betreibers für KMU fast unerschwinglich waren. Den Wirtschaftsparks, auf die die Maßnahme abzielte, standen außerdem keine symmetrischen ADSL-Anschlüsse mit Übertragungsraten von mehr als 2 MBit/s zur Verfügung, weil sie zu weit von den Verteilern des etablierten Betreibers entfernt waren. Zudem gab dieser seine Leerrohre und Dark Fibre nicht für Dritte frei. Die Versorgung durch den in den Zielgebieten etablierten Betreiber reichte somit nicht aus, um erschwingliche Hochleistungs-Internetdienste für KMU zu gewährleisten. Es bestand keine Aussicht, dass von Dritten eine alternative Infrastruktur geschaffen würde, die den fraglichen Wirtschaftsparks ein solches Angebot eröffnen würde. Siehe auch Entscheidung der Kommission N 890/06 — Frankreich, Aide du Sicoval pour un réseau de très haut débit und Entscheidung der Kommission N 284/05 — Irland, Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks (MANs), phases II and III.

- (44) Die Überwachungsbehörde kann somit staatliche Beihilfen für Zielgebiete, in denen die Breitbandinfrastruktur nach wie vor unter De-facto-Monopolbedingungen bereitgestellt wird, unter bestimmten Umständen für mit dem EWR-Abkommen vereinbar erklären, wenn i) keine erschwierlichen oder angemessenen Dienste zur Deckung des Bedarfs von Bürgern und Unternehmen angeboten werden, und wenn ii) dieselben Ziele nicht mit weniger wettbewerbsverzerrenden Mitteln (einschließlich Vorabregulierung) erreicht werden könnten. Um dies feststellen zu können, prüft die Überwachungsbehörde insbesondere, ob
- die Marktbedingungen insgesamt unzulänglich sind, indem sie u. a. das aktuelle Niveau der Breitbandpreise, die Art der für Endkunden (private und gewerbliche Nutzer) angebotenen Dienste sowie die daran gebundenen Konditionen untersucht;
 - angesichts fehlender Vorabregulierung durch die nationale Regulierungsbehörde Dritten kein tatsächlicher Netzzugang gewährt wird oder die Zugangsbedingungen einem wirksamen Wettbewerb nicht förderlich sind;
 - die allgemeinen Marktzutrittsschranken den Zutritt anderer elektronischer Kommunikationsbetreiber potenziell verhindern; und
 - die betreffenden Probleme nicht durch Maßnahmen der zuständigen nationalen Regulierungs- oder Wettbewerbsbehörde oder dem vorhandenen Netzbetreiber durch diese Behörden auferlegte Abhilfemaßnahmen behoben werden könnten.

2.3.3. Ausgestaltung der Maßnahmen und Notwendigkeit einer Begrenzung etwaiger Wettbewerbsverzerrungen

- (45) Wird die Breitbandversorgung als unzureichend erachtet, können staatliche Maßnahmen notwendig sein. Hier ist zunächst die Frage zu stellen, ob staatliche Beihilfen ein geeignetes Instrument zur Lösung dieses Problems sind oder ob es andere, bessere Instrumente gibt.
- (46) Diesbezüglich stellt die Überwachungsbehörde fest, dass das Instrument der Vorabregulierung zwar vielfach den Ausbau von Breitbandnetzen in städtischen und dicht bevölkerten Gebieten erleichtert, aber möglicherweise gerade in unterversorgten Gegenden, in denen die Rentabilität von Investitionen gering ist, zur Sicherung der Breitbandversorgung nicht ausreicht⁽⁴⁷⁾.
- (47) Desgleichen können nachfrageseitige Maßnahmen zur Förderung des Breitbandzugangs (wie z. B. Gutscheine für Endnutzer), auch wenn sie positiv zu einer verbesserten Breitbandpenetration beitragen und als Alternative oder Ergänzung zu anderen staatlichen Maßnahmen gefördert werden sollten, nicht immer Lücken in der Breitbandversorgung schließen.⁽⁴⁸⁾ In solchen Situationen kann die Versorgungslücke daher möglicherweise nur durch die Gewährung staatlicher Förderung geschlossen werden.
- (48) Hinsichtlich des Anreizeffekts der Maßnahme ist zu prüfen, ob die betreffende Investition in das Breitbandnetz innerhalb des gleichen Zeitraums nicht auch ohne staatliche Beihilfe unternommen worden wäre.
- (49) Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit angemeldeter Beihilfen für als „weiß“ oder „grau“ eingestufte Gebiete, wenn eine der im Folgenden unter den Buchstaben a bis h aufgeführten Bedingungen nicht erfüllt ist, wäre eine eingehende Prüfung⁽⁴⁹⁾ erforderlich, was mit großer Wahrscheinlichkeit dazu führen würde, dass die Beihilfe als mit dem EWR-Abkommen unvereinbar beurteilt wird.
- a) *Erstellung einer detaillierten Breitbandkarte und Analyse der Breitbandabdeckung:* Die EFTA-Staaten sollten klar ausweisen, welche geografischen Gebiete durch die betreffende Unterstützungsmaßnahme abgedeckt sind. Indem sie gleichzeitig eine Analyse der Wettbewerbsbedingungen und -struktur in dem betreffenden Gebiet vornehmen und alle von der jeweiligen Maßnahme betroffenen Parteien anhören, sorgen die EFTA-Staaten dafür, dass Wettbewerbsverzerrungen, die sich auf die vorhandenen Betreiber und auf Betreiber auswirken können, die bereits Investitionspläne für die absehbare Zukunft haben, auf ein Minimum beschränkt werden, so dass diese ihre Tätigkeiten planen können⁽⁵⁰⁾. Die Erstellung einer detaillierten Breitbandkarte und eine eingehende Konsultation sorgen somit nicht nur für ein hohes Maß an Transparenz, sondern dienen auch als wesentliches Instrument für die Ermittlung „weißer“, „grauer“ und „schwarzer Flecken“⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁷⁾ Siehe u. a. Entscheidung der Kommission N 473/07 — Italien, Broadband connections for Alto Adige, Entscheidung der Kommission N 570/07 — Deutschland, Breitbandversorgung des ländlichen Raums in Baden-Württemberg, Entscheidung der Kommission N 131/05 — Vereinigtes Königreich, FibreSpeed Broadband Project Wales, Entscheidung der Kommission N 284/05 — Irland, Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks (MANs), phases II and III, Entscheidung der Kommission N 118/06 — Lettland, Development of broadband communication networks in rural areas und Entscheidung der Kommission N 157/06 — Vereinigtes Königreich, South Yorkshire Digital Region Broadband Project.

⁽⁴⁸⁾ Siehe u. a. Entscheidung der Kommission N 222/06 — Italien, Aid to bridge the digital divide in Sardinia, Entscheidung der Kommission N 398/05 — Ungarn, Development Tax Benefit for Broadband und Entscheidung der Kommission N 264/06 — Italien, Broadband for rural Tuscany.

⁽⁴⁹⁾ Normalerweise im Rahmen eines Verfahrens nach Teil I Artikel 1 Absatz 2 des Protokolls 3 zum Überwachungsbehörde- und Gerichtshofabkommen.

⁽⁵⁰⁾ Kann nachgewiesen werden, dass die vorhandenen Betreiber den Behörden keine aussagekräftigen Informationen für die Erstellung der geforderten Breitbandkarte vorgelegt haben, müssten die Behörden auf alle Informationen zurückgreifen, die ihnen zur Verfügung gestellt wurden.

⁽⁵¹⁾ Siehe u. a. Entscheidung der Kommission N 201/06 — Griechenland, Broadband access development in underserved areas, Entscheidung der Kommission N 264/06 — Italien, Broadband for rural Tuscany, Entscheidung der Kommission N 475/07 — Irland, National Broadband Scheme (NBS) und Entscheidung der Kommission N 115/08 — Deutschland, Breitbandversorgung ländlicher Räume in Deutschland.

- b) *Offenes Ausschreibungsverfahren*: Durch den Einsatz offener Ausschreibungsverfahren wird die Transparenz für alle Investoren gewährleistet, die ein Angebot für die Durchführung des betreffenden geförderten Projekts unterbreiten möchten. Die gleichberechtigte und diskriminierungsfreie Behandlung aller Bieter ist eine unverzichtbare Voraussetzung für offene Ausschreibungsverfahren. Durch diese Ausschreibungsverfahren kann der mit der staatlichen Beihilfe erlangte potenzielle Vorteil möglichst gering gehalten werden; gleichzeitig wird der selektive Charakter der Maßnahme insofern verringert, als die Wahl des Begünstigten nicht im Voraus feststeht⁽⁵²⁾.
- c) *Wirtschaftlich günstigstes Angebot*: Um den zu gewährenden Beihilfebetrug möglichst niedrig zu halten, sollte im Rahmen eines offenen Ausschreibungsverfahrens grundsätzlich derjenige Bieter, der bei vergleichbaren oder sogar identischen Qualitätsbedingungen den niedrigsten Beihilfebetrug beantragt, innerhalb der Gesamtbewertung seines Angebots die meisten Prioritätspunkte erhalten⁽⁵³⁾. So kann der EFTA-Staat die Beantwortung der Frage, wie viel staatliche Unterstützung tatsächlich erforderlich ist, dem Markt überlassen und somit die Informationsasymmetrie, die zumeist zugunsten der privaten Investoren ausfällt, verringern.
- d) *Technologieneutralität*: Breitbanddienste können über Infrastrukturnetze erbracht werden, die sich auf drahtgebundene (xDSL, Kabel) oder drahtlose Technologien (WiFi, WiMAX), auf Satelliten- oder Mobilfunktechnologien stützen; daher sollten die EFTA-Staaten keiner dieser Technologien oder Netzplattformen den Vorzug einräumen, sofern sie nicht nachweisen können, dass es hierfür objektive Gründe gibt⁽⁵⁴⁾. Die Bieter sollten berechtigt sein, die Versorgung mit den geforderten Breitbanddiensten unter Nutzung derjenigen (Kombination von) Technologien vorzuschlagen, die sie als am besten geeignet erachten.
- e) *Nutzung bestehender Infrastrukturen*: Nach Möglichkeit sollten die EFTA-Staaten die Bieter dazu anregen, bestehende Infrastrukturen zu nutzen, um unnötigen parallelen Ressourceneinsatz zu vermeiden. Um die wirtschaftlichen Auswirkungen auf die vorhandenen Netzbetreiber weitestgehend zu beschränken, sollten diese die Möglichkeit erhalten, ihre Infrastruktur zu dem angemeldeten Vorhaben beizutragen. Gleichzeitig sollte diese Bedingung nicht dazu führen, dass letztlich die vorhandenen etablierten Betreiber begünstigt werden, insbesondere indem Dritten der Zugang zu dieser Infrastruktur oder zu Vorleistungen verwehrt wird, die erforderlich sind, um mit einem etablierten Betreiber in Wettbewerb zu treten. Dementsprechend kann es in „grauen Flecken“, wo die Abhängigkeit vom etablierten Betreiber Teil des Problems ist, notwendig sein, mehr Wettbewerb zwischen den verschiedenen Infrastrukturen zuzulassen.
- f) *Offener Zugang auf Vorleistungsebene*: Staatlich geförderte Breitbandinfrastrukturen müssen auf Vorleistungsebene für Dritte tatsächlich zugangsoffen sein; dies ist eine unverzichtbare Komponente jeder Maßnahme zur staatlichen Finanzierung des Baus neuer Breitbandinfrastrukturen. Durch die Gewährleistung des offenen Zugangs auf Vorleistungsebene können Drittbetreiber mit dem ausgewählten Bieter in Wettbewerb treten (sofern Letzterer auch auf Endnutzerebene tätig ist), wodurch die Wahlmöglichkeiten und der Wettbewerb in den von der Maßnahme abgedeckten Gebieten vergrößert und gleichzeitig regionale Dienstleistungsmonopole vermieden werden. Ein tatsächlich offener Zugang zur geförderten Infrastruktur sollte mindestens für einen Zeitraum von 7 Jahren angeboten werden. Diese Bedingung gilt unabhängig von etwaigen vorherigen Marktanalysen im Sinne von Artikel 7 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie)⁽⁵⁵⁾. Wird der Betreiber der betreffenden Infrastruktur nach Ablauf des 7-Jahreszeitraums jedoch von der zuständigen Regulierungsbehörde nach dem geltenden Regulierungsrahmen als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht in dem betreffenden Markt eingestuft⁽⁵⁶⁾, ist die Verpflichtung zur Zugangsgewährung entsprechend zu verlängern.
- g) *Preisbenchmarking*: Um die Zugangsoffenheit auf Vorleistungsebene tatsächlich zu gewährleisten und potenzielle Wettbewerbsverzerrungen möglichst gering zu halten, muss unbedingt vermieden werden, dass der ausgewählte Bieter überhöhte Vorleistungspreise bzw. andererseits Verdrängungspreise oder eine Preis-Kosten-Schere praktiziert. Die Vorleistungspreise für den Netzzugang sollten auf den durchschnittlichen veröffentlichten (regulierten) Vorleistungspreisen beruhen, die in vergleichbaren, wettbewerbsintensiveren Gebieten des Landes bzw. des EWR gelten, oder falls solche Preise nicht veröffentlicht wurden, auf den von der nationalen Regulierungsbehörde für die betreffenden Märkte und Dienstleistungen bereits festgelegten oder genehmigten Preisen. In Gebieten, in denen bereits eine Vorabregulierung besteht (d. h. in „grauen Flecken“), sollte somit der Vorleistungspreis für den Zugang zur geförderten Infrastruktur nicht niedriger sein als der von der Regulierungsbehörde für dieses Gebiet festgelegte Zugangspreis. Benchmarks sind wichtige Absicherungsmaßnahmen, da die EFTA-Staaten dadurch nicht gezwungen sind, vorab detaillierte Preise für den Netzzugang auf Endkunden- oder Vorleistungsebene festzulegen, und zudem sicherstellt ist, dass die gewährte Beihilfe dazu dienen wird, vergleichbare Marktbedingungen zu schaffen wie auf anderen wettbewerbsbestimmten Breitbandmärkten. Die für das Benchmarking herangezogenen Kriterien sollten in den Ausschreibungsunterlagen klar angegeben werden.

⁽⁵²⁾ Siehe u. a. Entscheidung der Kommission N 508/08 — Vereinigtes Königreich, Provision of Remote Broadband Services in Northern Ireland, Entscheidung der Kommission N 475/07 — Irland, National Broadband Scheme (NBS), Entscheidung der Kommission N 157/06 — Vereinigtes Königreich, South Yorkshire Digital region Broadband Project.

⁽⁵³⁾ Im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sollte die Bewilligungsbehörde vorab die relative Gewichtung der von ihr gewählten (Qualitäts-) Kriterien festlegen.

⁽⁵⁴⁾ Bislang hat die Kommission nur in einem einzigen Fall den begründeten Einsatz einer bestimmten technischen Lösung akzeptiert: vgl. Entscheidung der Kommission N 222/06 — Italien, Aid to bridge the digital divide in Sardinia. In diesem Fall kam die Kommission zu dem Schluss, dass angesichts der spezifischen Umstände, und zwar der Topographie der Region, des Fehlens von Kabelnetzen und der Notwendigkeit, den Nutzen der Beihilfe zu optimieren, der Einsatz der ADSL-Technologie die geeignete Technologie zur Verwirklichung der Ziele des Projekts zu sein schien (Erwägungsgrund 45 der Entscheidung).

⁽⁵⁵⁾ Entscheiden sich die EFTA-Staaten für ein Bewirtschaftungsmodell, in dem die geförderte Breitbandinfrastruktur Dritten Zugang nur zu Diensten auf Vorleistungsebene und nicht auf Endnutzerebene gewährt werden, die voraussichtlichen Wettbewerbsverzerrungen zudem weiter verringert, da solche Netzbewirtschaftungsmodelle geeignet sind, potenziell komplexe Problematiken wie Verdrängungspraktiken und verdeckte Formen der Diskriminierung bei der Gewährung des Netzzugangs zu vermeiden.

⁽⁵⁶⁾ Hierbei sollte die nationale Regulierungsbehörde berücksichtigen, inwieweit die spezifischen Bedingungen, die die Gewährung einer Beihilfe für den betreffenden Infrastrukturbetreiber ursprünglich gerechtfertigt haben, fortbestehen.

h) *Rückforderungsmechanismus zur Vermeidung von Überkompensation*: Um sicherzustellen, dass es nicht zu einer Überkompensation des ausgewählten Bieters kommt, falls die Nachfrage nach Breitbanddiensten im Zielgebiet über das erwartete Niveau hinaus ansteigt, sollten die EFTA-Staaten einen Rückzahlungsmechanismus in den mit dem erfolgreichen Bieter zu schließenden Vertrag aufnehmen⁽⁵⁷⁾. Wird ein solcher Mechanismus vorgesehen, kann der ursprünglich als notwendig erachtete Beihilfebetrag nachträglich und rückwirkend herabgesetzt werden.

3. STAATLICHE BEIHILFEN FÜR NGA-NETZE

3.1. Förderung des raschen Ausbaus von NGA-Netzen

- (50) Für verschiedene EWR-Staaten steht gegenwärtig die Förderung von Breitbandnetzen im Vordergrund, die Dienste mit sehr hohen Datenübertragungsraten bereitstellen und eine breite Palette hochentwickelter digitaler Konvergenzdienste unterstützen. Diese NGA-Netze beruhen hauptsächlich auf der Glasfasertechnologie oder weiterentwickelten modernisierten Kabelnetzen, die die bestehenden Breitbandnetze auf Basis von Kupferleitungen und die derzeitigen Kabelnetze weitgehend oder vollständig ersetzen sollen.
- (51) Als NGA-Netze werden drahtgebundene Zugangsnetze bezeichnet, die teilweise oder vollständig aus optischen Bauelementen bestehen und daher Hochleistungs-Breitbanddienste (z. B. mit einem höheren Durchsatz) ermöglichen, die mit bestehenden Kupfernetzen nicht angeboten werden können⁽⁵⁸⁾.
- (52) Im Wesentlichen werden NGA-Netze über Übertragungsraten und Kapazitäten für die Übertragung künftiger HD-Inhalte verfügen, On-Demand-Anwendungen mit hohem Bandbreitenbedarf unterstützen und für Unternehmen bezahlbare symmetrische Breitbandanschlüsse bereitstellen, die gegenwärtig lediglich für Großunternehmen verfügbar sind. NGA-Netze sind dazu geeignet, sämtliche Aspekte der Nutzung von Breitbandtechnologie und -diensten zu verbessern.
- (53) Die Kommission hat bereits einige Beihilfeanmeldungen bearbeitet, die Unterstützungsmaßnahmen für den Ausbau von Glasfasernetzen betreffen. Gegenstand der Beihilfen war entweder der Ausbau eines regionalen NGA-Kernnetzes⁽⁵⁹⁾ oder die Bereitstellung von Glasfaseranschlüssen für eine begrenzte Anzahl gewerblicher Nutzer⁽⁶⁰⁾.
- (54) Wie schon beim Ausbau der Breitbandnetze der „ersten Generation“ können staatliche, regionale und kommunale Behörden die Förderung eines schnellen Ausbaus der Glasfasernetze mit Marktversagen oder Kohäsionsbestrebungen begründen. Beim Ausbau der Infrastruktur für die Breitbandgrundversorgung gab es vor allem in der Entscheidungspraxis der Kommission Beispiele für staatliche Interventionen in ländlichen Gemeinden (geringe Dichte, hohe Kapitalkosten) oder in wirtschaftlich unterentwickelten Gebieten (geringe Möglichkeiten, die Dienste zu bezahlen); nun wird argumentiert, dass angesichts der Ökonomie von NGA-Netzen nicht nur in dünn besiedelten Gebieten, sondern auch in bestimmten Ballungsgebieten kaum Anreize für den Netzausbau gegeben sind. Haupthindernisse für den schnellen und flächendeckenden Ausbau der NGA-Netze sind offenbar in erster Linie die Kosten und erst in geringerem Maße die Bevölkerungsdichte⁽⁶¹⁾.
- (55) Nach Auffassung staatlicher Stellen könnten daher direkte Unterstützungen angezeigt sein, damit auch von Netzbetreibern als unprofitabel eingestufte Gebiete von den erheblichen Spill-over-Effekten, die NGA-Netze für die Wirtschaft mit sich bringen, profitieren können und keine neue digitale Kluft bei NGA-Netzen entsteht. Die EFTA-Staaten könnten folglich am Ausbau von NGA-Netzen in Gebieten interessiert sein, in denen die derzeitigen Breitbandnetzbetreiber Investitionen in diese Netze erst mit einer Verzögerung von einigen Jahren tätigen würden, weil sie finanziell unattraktiver sind als Investitionen in bestimmten Ballungsgebieten. In einigen Fällen entscheiden sich die EFTA-Staaten möglicherweise, selbst zu investieren oder private Betreiber finanziell zu unterstützen, um die Anbindung an NGA-Netze überhaupt oder zu einem früheren Zeitpunkt verfügbar zu machen und damit die sich bietenden Beschäftigungsmöglichkeiten und andere wirtschaftliche Wachstumschancen unverzüglich nutzen zu können.
- (56) Jede staatliche Maßnahme, die die Förderung des NGA-Netzausbaus oder dessen Beschleunigung zum Ziel hat, muss den gemeinschaftlichen Beihilfevorschriften genügen.

⁽⁵⁷⁾ Unter außergewöhnlichen Umständen, die der anmeldende EFTA-Staat ordnungsgemäß nachzuweisen hat, kann die Einrichtung eines solchen Mechanismus für sehr geringfügige Beihilfebeträge oder kleinere, einmalige Projekte, für die einfache Vergabegrundsätze gelten, eine unverhältnismäßige Belastung für die die Beihilfe gewährenden Behörden darstellen, und wird daher von der Überwachungsbehörde nicht verlangt.

⁽⁵⁸⁾ Beim derzeitigen Stand der Technik und der Marktentwicklung scheinen weder Satelliten- noch Mobilfunknetze symmetrische Hochleistungs-Breitbanddienste bieten zu können, wobei sich die Situation gerade im Hinblick auf die mobilen Dienste ändern kann (mit der nächsten Entwicklungsphase in der mobilen Funkkommunikation, der Long-Term-Evolution-Technologie (LTE), können — sofern sie vollzogen wird — theoretisch Spitzendatenraten von 100 MBit/s im Downlink und von 50 MBit/s im Uplink erreicht werden).

⁽⁵⁹⁾ Vgl. Entscheidung der Kommission N 157/06 — Vereinigtes Königreich, South Yorkshire Digital Region Broadband Project und Entscheidung der Kommission N 284/05 — Irland, Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks (MANs), phases II and III.

⁽⁶⁰⁾ Staatliche Unterstützung für den Ausbau eines NGA-Zugangsnetzes, das Glasfaseranschlüsse für das Marktsegment von Privatnutzern bereitstellt, ist bisher lediglich in zwei Fällen (Appingedam und Amsterdam) gewährt worden.

⁽⁶¹⁾ Nach Auskunft von Breitbandnetzbetreibern ist der Ausbau eines auf Glasfaser basierenden Netzes weiterhin eine sehr kostspielige und riskante Investition, wobei Gebiete mit hoher Bevölkerungsdichte/zahlreichen Gewerbeansiedlungen eine Ausnahme darstellen, weil hier bereits eine beträchtliche Zahl von Breitbandkunden, die auf höhere Datenübertragungsraten umgestellt werden könnten, vorhanden ist. In bestimmten Fällen sind die Kosten für den Ausbau von NGA- und Glasfasernetzen im Verhältnis zum erwartenden Gewinn so hoch, dass entweder kein oder nur sehr wenige Anbieter für den Privatsektor in den Markt eintreten würden.

3.2. Arten öffentlicher Maßnahmen

- (57) Um den Ausbau von NGA-Netzen zu fördern oder zu beschleunigen, können die EFTA-Staaten je nach Erfordernis mehr oder weniger stark in das Marktgeschehen eingreifen. In diesem Zusammenhang gelten entsprechend die Ausführungen in den Abschnitten 2.2.1 und 2.2.2 (Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers, Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen und die Altmark-Kriterien) für staatliche Maßnahmen für den Ausbau von NGA-Netzen. Für die Prüfung auf der Grundlage der Beihilfavorschriften kann je nach Art und Wirkung der jeweiligen Fördermaßnahme ein anderer analytischer Ansatz zugrunde gelegt werden.
- (58) Für Gebiete, in denen die Beteiligung privater Investoren am Ausbau zukünftiger NGA-Netze wahrscheinlich ist, können die EFTA-Staaten den Investitionszyklus durch verschiedene Maßnahmen beschleunigen und so die Investoren dazu bewegen, ihre Pläne rascher umsetzen. Diese Maßnahmen stellen nicht notwendigerweise eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens dar. Da ein erheblicher Teil der Kosten für den Ausbau von Glasfasernetzen auf Baumaßnahmen (Ausheben von Erdreich, Verlegen der Kabel, Ausführen der Hausanschlüsse) entfällt, können die EFTA-Staaten — in Übereinstimmung mit dem EWR-Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation — beispielsweise verlangen, dass die Netzbetreiber ihre Bauarbeiten abstimmen und/oder Teile ihrer Infrastrukturen gemeinsam nutzen, um die Vergabe der Wegerechte zu erleichtern⁽⁶²⁾. Die EFTA-Staaten könnten ebenfalls festlegen, dass bei jeglichen Baumaßnahmen (einschließlich der Wasser-, Energie- und Abwasserversorgung oder bei Verkehrsbauten) und/oder Neubauten ein Glasfaseranschluss vorzusehen ist.
- (59) Die Verwaltungen der EFTA-Staaten könnten ebenfalls beschließen, einige Baumaßnahmen (Ausheben von Erdreich auf öffentlichem Grund, Verlegung von Leerrohren) auszuführen, um den Ausbau ihrer eigenen Netzkomponenten durch die Betreiber zu ermöglichen oder zu beschleunigen. Derartige Bauarbeiten dürfen aber weder „branchen- noch sektorspezifisch“ sein, sondern sollten grundsätzlich allen potenziellen Nutzern (Strom-, Gas-, Wasserversorgern usw.) und nicht nur den Betreibern elektronischer Kommunikationsnetze offen stehen. Sofern gewährleistet ist, dass öffentliche Unterstützungsmaßnahmen dieser Art die notwendigen Voraussetzungen für den Ausbau eigener Infrastruktur durch die Versorgungsunternehmen selbst schaffen, ohne einen bestimmten Sektor oder ein bestimmtes Unternehmen zu begünstigen (beispielsweise durch eine Verringerung der Kapitalkosten), fallen sie nicht unter Artikel 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens.
- (60) Die nationalen Regulierungsbehörden können ähnliche Maßnahmen ergreifen, um den gleichen und nichtdiskriminierenden Zugang zu Masten oder die gemeinsame Nutzung von Leerrohren sicherzustellen, die sich im Besitz von Versorgungsunternehmen oder derzeitigen Netzbetreibern befinden.
- (61) Wie die Entscheidungen der Kommission zur Breitbandgrundversorgung zeigen, haben kommunale oder regionale Verwaltungen die staatliche Förderung in den meisten Fällen mit dem Ziel gewährt, den Mangel an Breitbandangeboten in diesen Gebieten zu beheben oder die Wettbewerbsfähigkeit der Region durch eine Verbesserung der Breitbandabdeckung und -anbindung zu stärken. Zu diesem Zweck haben die zuständigen öffentlichen Stellen bisher entweder die Errichtung und die Verwaltung von Breitbandinfrastrukturen, die im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, ausgeschrieben oder den Ausbau privater Breitbandnetze finanziell gefördert⁽⁶³⁾.
- (62) Sofern öffentliche Maßnahmen eine staatliche Beihilfe nach Artikel 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens darstellen, sind sie bei der Überwachungsbehörde anzumelden, damit sie die Vereinbarkeit mit dem EWR-Abkommen nach den in den Abschnitten 3.3 und 3.4 dargelegten Grundsätzen prüfen kann⁽⁶⁴⁾.

3.3. „Weiße“, „graue“ und „schwarze Flecken“ bei NGA-Netzen

- (63) Wie in Randnummer 38 erläutert, hat die Überwachungsbehörde die Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen für den Ausbau herkömmlicher Breitbandnetze im Hinblick auf Gebiete, die als „weiße“, „graue“ oder „schwarze Flecken“ eingestuft werden, geprüft. Nach Auffassung der Überwachungsbehörde kann bei der Frage, ob staatliche Beihilfen für NGA-Netze mit Artikel 61 Absatz 3 Buchstabe c des EWR-Abkommens vereinbar sind, auch weiterhin nicht auf diese Differenzierung verzichtet werden; dies erfordert jedoch eine exakte Abgrenzung, um den Besonderheiten der NGA-Netze gerecht zu werden.

⁽⁶²⁾ Derartige Maßnahmen sollten sich nicht nur an Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze richten, sondern unterschiedslos auch für alle Betreiber einschlägiger Branchen gelten (einschließlich anderer Versorgungsunternehmen wie Gas-, Strom- und/oder Wasserversorger). Maßnahmen, die ausschließlich Kommunikationsversorgungsunternehmen betreffen, würden eine sektorale Beihilfe darstellen und daher dem Beihilfeverbot nach Artikel 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens unterliegen.

⁽⁶³⁾ Vgl. u. a. Entscheidung der Kommission N 157/06 — Vereinigtes Königreich, South Yorkshire Digital Region Broadband Project, Entscheidung der Kommission N 201/06 — Griechenland, Broadband access development in underserved territories, Entscheidung der Kommission N 131/05 — Vereinigtes Königreich, FibreSpeed Broadband Project Wales, Entscheidung der Kommission N 284/05 — Irland, Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks (MANs), phases II and III, Entscheidung der Kommission N 381/04 — Frankreich, Projet de réseau de télécommunications haut débit des Pyrénées-Atlantiques, Entscheidung der Kommission N 382/05 — Frankreich, Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL), Entscheidung der Kommission N 57/05 — Vereinigtes Königreich, Regional Innovative Broadband Support in Wales und Entscheidung der Kommission N 14/08 — Vereinigtes Königreich, Broadband in Scotland — Extending Broadband Reach.

⁽⁶⁴⁾ Dies gilt ungeachtet der etwaigen Anwendung der Regionalbeihilfeleitlinien, vgl. Randnummer 31.

- (64) Zu bedenken ist allerdings, dass NGA-Netze die bestehenden Netze für die Breitbandgrundversorgung auf längere Sicht ablösen werden. Insofern als NGA-Netze eine andere Netzarchitektur mit sich bringen, die Breitbanddienste weitaus höherer Qualität als heutzutage ermöglichen, sowie neue Dienste, die von der Technologie heutiger Breitbandnetze nicht unterstützt werden, werden die Unterschiede zwischen NGA-erschlossenen und nicht mit NGA-Netzen versorgten Gebieten immer deutlicher zutage treten⁽⁶⁵⁾.
- (65) Modernere Varianten der Breitbandgrundversorgung (z. B. ADSL 2+)⁽⁶⁶⁾ unterstützen derzeit bis zu einem gewissen Punkt auch einige der Breitbanddienste, die in naher Zukunft wahrscheinlich über NGA-Netze angeboten werden (z. B. einfache Triple-Play-Dienste). Ohne einer etwaigen Vorabregulierung vorgreifen zu wollen, sollte in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass neuartige Produkte und Dienste entstehen werden, die weder aus angebots- noch aus nachfrageseitiger Sicht austauschbar sein werden und die Datenübertragungsraten benötigen werden, die weit über die technischen Möglichkeiten der Infrastruktur für die Breitbandgrundversorgung hinausgehen.
- (66) Zum Zweck der Würdigung staatlicher Beihilfen für NGA-Netze werden Gebiete, in denen es diese Netze gegenwärtig noch nicht gibt, in naher Zukunft von privaten Investoren nicht ausgebaut werden und somit nicht einsatzbereit sein werden, als „weiße NGA-Flecken“ betrachtet.⁽⁶⁷⁾ In diesem Zusammenhang ist für den Begriff „nahe Zukunft“ ein Zeitraum von drei Jahren anzusetzen⁽⁶⁸⁾. Staatlichen Behörden sollten unter bestimmten Bedingungen Eingriffsmöglichkeiten eingeräumt werden, um beispielsweise Aspekten der sozialen Kohäsion und der regionalen Entwicklung Rechnung zu tragen oder ein Marktversagen zu beheben, wenn nachgewiesen werden kann, dass private Investoren kein Interesse zeigen, in den kommenden drei Jahren in den Ausbau eines NGA-Netzes zu investieren. Die von privaten Investoren geplanten Investitionsvorhaben sollten so angelegt sein, dass innerhalb dieses Zeitraums von drei Jahren zumindest erhebliche Fortschritte hinsichtlich der Abdeckung gewährleistet sind, wobei der Abschluss der geplanten Investitionen anschließend innerhalb einer angemessenen Frist vorgesehen sein sollte (je nach den Besonderheiten des jeweiligen Gebiets und Projekts). Eine längere Zeitspanne erscheint nicht angemessen, weil andernfalls die Interessen unterversorgter Regionen im Verhältnis zu anderen, ausreichend mit Hochleistungs-Breitband versorgten Gebieten beeinträchtigt werden könnten. Die Behörden können die Vorlage eines Unternehmensplans fordern, nebst einem detaillierten Zeitplan für den Netzausbau sowie Belegen für eine adäquate Finanzierung oder sonstigen Nachweisen, die belegen, dass die geplanten Investitionen der privaten Netzbetreiber glaubhaft und plausibel sind.
- (67) Ebenso sind Gebiete als „graue NGA-Flecken“ zu betrachten, in denen in den kommenden drei Jahren lediglich ein NGA-Netz verfügbar sein oder ausgebaut werden wird und kein anderer Betreiber den Ausbau eines weiteren NGA-Netzes in diesem Zeitraum plant⁽⁶⁹⁾. Bei der Entscheidung darüber, ob andere Investoren zusätzliche NGA-Netze in einem bestimmten Gebiet ausbauen könnten, ist sämtlichen Vorschriften und Gesetzen Rechnung zu tragen, durch die mögliche Hindernisse für den Netzausbau bereits ausgeräumt wurden (Zugang zu Leerrohren, gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen usw.).
- (68) Sofern in einem bestimmten Gebiet mehr als ein NGA-Netz existiert oder in den kommenden drei Jahren ausgebaut werden wird, ist dieses Gebiet grundsätzlich als „schwarzer NGA-Fleck“ anzusehen⁽⁷⁰⁾.

3.4. Prüfung der Vereinbarkeit mit dem EWR-Abkommen

- (69) Da zwischen über Breitbandnetze und über NGA-Netze angebotenen Breitbanddiensten offenbar ein gewisses Maß an Substituierbarkeit besteht, untersucht die Überwachungsbehörde — obwohl NGA-Netze die vorhandenen herkömmlichen Kupfernetze qualitativ bei weitem übertreffen (siehe Randnummern 64 und 65) — bei der Beurteilung der Vereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe für den Ausbau von NGA-Netzen mit den Beihilfavorschriften des EG-Vertrags auch die Auswirkungen dieser Beihilfen auf vorhandene Breitbandnetze. Ferner führt die Überwachungsbehörde bei der Vereinbarkeitsbewertung von Beihilfen für NGA-Netze eine Abwägungsprüfung (siehe Randnummer 33) durch. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer angemeldeten Maßnahme untersucht sie, ob die Voraussetzungen der Randnummer 49 erfüllt sind (Erstellung einer detaillierten Breitbandkarte und Analyse der Breitbandabdeckung, offenes Ausschreibungsverfahren, wirtschaftlich günstigstes Angebot, Technologieneutralität, Nutzung

⁽⁶⁵⁾ Wenn heute die Unterschiede zwischen Gebieten mit Schmalband-Internetzugang (Einwahlverbindung) und Gebieten mit Breitbandversorgung so gravierend sind, dass Gebiete mit Schmalband-Internetzugang als „weiße Flecken“ anzusehen sind, wird Gleiches zukünftig für Gebiete gelten, die zwar über eine Breitbandgrundversorgung, aber nicht über Infrastrukturen für NGA-Netze verfügen.

⁽⁶⁶⁾ Mit ADSL 2 + kann die Datenübertragungsraten herkömmlicher ADSL-Netze auf bis zu 24 MBit/s erhöht werden.

⁽⁶⁷⁾ Ein „weißer NGA-Fleck“ kann ein Gebiet ohne Infrastruktur für eine Breitbandgrundversorgung (herkömmlicher „weißer Fleck“) sein, aber auch ein Gebiet, in dem ein einzelner Anbieter (herkömmlicher „grauer Fleck“) bzw. mehrere Anbieter von Breitbandgrundversorgung (herkömmlicher „schwarzer Fleck“) tätig sind. Wie unter Abschnitt 3.4 ausgeführt, müssen in diesem Fall andere Voraussetzungen erfüllt sein, damit eine staatliche Beihilfe mit dem EWR-Abkommen vereinbar ist.

⁽⁶⁸⁾ Dies entspricht ungefähr der durchschnittlichen Zeitspanne, die für den Ausbau eines NGA-Netzes in einer Stadt oder einem Ballungsgebiet notwendig ist. Ein Betreiber muss in diesem Zusammenhang nachweisen, dass er innerhalb der kommenden drei Jahre die erforderlichen Investitionen in die Infrastruktur vorgenommen haben wird, um einen wesentlichen Teil des betreffenden Gebiets zu erschließen oder einem wesentlichen Teil der Bevölkerung den Anschluss an das NGA-Netz zu ermöglichen.

⁽⁶⁹⁾ Als „graue NGA-Flecken“ können a) Gebiete angesehen werden, in denen neben dem NGA-Netz keine andere, herkömmliche Breitbandinfrastruktur vorhanden ist, aber b) auch Gebiete, in denen neben dem NGA-Netz auch ein oder mehrere Breitbandanbieter tätig sind (herkömmliche „graue“ oder „schwarze Flecken“). Wie unter Abschnitt 3.4 ausgeführt, müssen in diesem Fall andere Voraussetzungen erfüllt sein, damit eine staatliche Beihilfe mit dem EWR-Abkommen vereinbar ist.

⁽⁷⁰⁾ Ein „schwarzer NGA-Fleck“ kann ebenfalls ein Gebiet mit einem Breitbandanbieter (herkömmlicher „grauer Fleck“) oder mehreren Breitbandanbietern (herkömmlicher „schwarzer Fleck“) sein. Wie im Weiteren ausgeführt, müssen in diesem Fall andere Voraussetzungen erfüllt sein, damit eine staatliche Beihilfe mit dem EWR-Abkommen vereinbar ist.

bestehender Infrastruktur, Verpflichtung zur Zugangsgewährung auf Vorleistungsebene, Benchmarking und Rückforderungsmechanismus). Die im Folgenden dargelegten Aspekte sind im Zusammenhang mit der Beurteilung von NGA-Netzen besonders relevant.

3.4.1. Weiße NGA-Flecken: Unterstützung für den Ausbau von NGA-Netzen in unterversorgten Gebieten

- (70) Vorbehaltlich der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen durch die EFTA-Staaten (siehe Randnummern 49 und 69), wird die Überwachungsbehörde — wie bei den Netzen der Breitbandgrundversorgung — Maßnahmen als mit den Beihilfavorschriften des EWR-Abkommens vereinbar erklären, die der Förderung des Aufbaus von NGA-Netzen in Gebieten dienen, in denen bislang keine Breitbandinfrastruktur existierte, bzw. die Gebieten zugute kommen, in denen die vorhandenen Breitbandbetreiber den Ausbau solcher Netze für nicht rentabel halten.
- (71) Bei „weißen NGA-Flecken“, in denen bereits ein Netz für die Breitbandgrundversorgung existiert („graue Flecken“ der Breitbandgrundversorgung), muss der betreffende EFTA-Staat für die Gewährung einer Beihilfe für NGA-Netze nachweisen, i) dass die über das fragliche Netz angebotenen Breitbanddienste (auch unter der Berücksichtigung einer eventuellen künftigen Modernisierung) in dem betreffenden Gebiet nicht zur Deckung des Bedarfs von Bürgern und Unternehmen ausreichen, und ii) dass dieselben Ziele nicht mit weniger wettbewerbsverzerrenden Mitteln (einschließlich Vorabregulierung) erreicht werden können.

3.4.2. Graue NGA-Flecken: Notwendigkeit einer detaillierteren Analyse

- (72) In Gebieten, in denen ein privater Investor bereits ein NGA-Netz aufgebaut hat oder möglicherweise in den nächsten drei Jahren aufbauen wird (siehe auch Randnummer 66), und kein privater Investor in den nächsten drei Jahren den Aufbau eines zweiten NGA-Netzes plant, muss die Überwachungsbehörde eine detailliertere Analyse durchführen, um zu überprüfen, ob staatliche Maßnahmen in diesen Gebieten als mit den Beihilferegeln vereinbar betrachtet werden können. Das Eingreifen des Staates in solchen Gebieten droht vorhandene Investoren zu verdrängen und den Wettbewerb zu verzerren.
- (73) Damit die Überwachungsbehörde in solchen Fällen feststellen kann, ob eine staatliche Beihilfe mit dem EWR-Abkommen vereinbar ist, sollte der betreffende EFTA-Staat erstens nachweisen können, dass das bestehende oder geplante NGA-Netz nicht zur Deckung des Bedarfs der Bürger und Unternehmen in den betreffenden Gebieten ausreicht bzw. ausreichen würde, und zweitens, dass die angestrebten Ziele nicht mit weniger wettbewerbsverzerrenden Mitteln (einschließlich Vorabregulierung) erreicht werden können. Im Rahmen der detaillierten Prüfung beurteilt die Überwachungsbehörde insbesondere, ob die folgenden Sachverhalte gegeben sind:
- a) Die allgemeinen Marktbedingungen sind unter Berücksichtigung u. a. der folgenden Aspekte unzulänglich: Höhe der aktuellen Preise für den NGA-Breitbandzugang, Art und Konditionen der Dienstleistungsangebote für private und gewerbliche Nutzer, Bestehen oder voraussichtliches Aufkommen einer Nachfrage nach neuen Dienstleistungen, die von dem vorhandenen NGA-Netz nicht gedeckt werden kann;
 - b) angesichts fehlender Vorabregulierung durch die nationale Regulierungsbehörde wird Dritten kein tatsächlicher Netzzugang gewährt, oder die Zugangsbedingungen (regulierter und unregulierter Zugang) sind einem wirksamen Wettbewerb nicht förderlich;
 - c) die allgemeinen Marktzutrittschranken verhindern potenziell den Zutritt anderer NGA-Netzinvestoren;
 - d) das bestehende NGA-Netz wurde auf der Grundlage der privilegierten Nutzung von/des privilegierten Zugangs zu Leerrohren aufgebaut, die anderen Netzbetreibern nicht zugänglich sind bzw. von diesen nicht mitgenutzt werden können;
 - e) die bestehenden Probleme konnten nicht durch Maßnahmen der zuständigen nationalen Regulierungs- oder Wettbewerbsbehörde oder dem vorhandenen Netzbetreiber durch diese Behörden auferlegte Abhilfemaßnahmen behoben werden.

3.4.3. Schwarze NGA-Flecken: staatliches Handeln nicht erforderlich

- (74) In Gebieten, in denen bereits mehr als ein NGA-Netz vorhanden ist oder private Investoren möglicherweise derzeit konkurrierende NGA-Netze ausbauen, erachtet die Überwachungsbehörde staatliche Unterstützung für ein weiteres, öffentlich gefördertes, konkurrierendes NGA-Netz als erhebliche Wettbewerbsverzerrung und damit als mit den Beihilfavorschriften unvereinbar.

3.4.4. Sonderfall: bestehende schwarze Flecken (Breitbandgrundversorgung) — weitere Bestimmungen

- (75) Nach Auffassung der Überwachungsbehörde bestehen in Gebieten, in denen Breitbanddienste von konkurrierenden Breitbandinfrastrukturen (xDSL und Kabelnetze) angeboten werden („schwarze Flecken“ der Breitbandgrundversorgung) für die bestehenden Netzbetreiber genügend Anreize, ihre vorhandenen herkömmlichen Breitbandnetze zu hochleistungsfähigen NGA-Netzen auszubauen, auf die ihre bestehenden Kunden migrieren können. In solchen Gebieten dürfte grundsätzlich kein weiteres staatliches Handeln erforderlich sein.

- (76) Die EFTA-Staaten können dieses Argument jedoch widerlegen, indem sie nachweisen, dass die vorhandenen Betreiber der herkömmlichen Breitbandnetze in den kommenden drei Jahren keine Investitionen in NGA-Netze planen, und indem sie zum Beispiel belegen, dass die bisherigen Investitionen, die die vorhandenen Netzinvestoren in den vorangegangenen Jahren zur Modernisierung ihrer Breitbandinfrastruktur und zur Erhöhung der Übertragungsgeschwindigkeit unternommen haben, um die diesbezügliche Nutzernachfrage zu decken, keine zufrieden stellenden Ergebnisse erbracht haben. In solchen Fällen wäre bei staatlichen Fördermaßnahmen für den Ausbau von NGA-Netzen die in Randnummer 73 erläuterte detaillierte Analyse durchzuführen, und es müssten die in Abschnitt 3.4.5 im Einzelnen dargelegten Bedingungen erfüllt sein.

3.4.5. Ausgestaltung der Maßnahmen und Notwendigkeit einer Begrenzung etwaiger Wettbewerbsverzerrungen

- (77) Wie bei der Strategie für den Ausbau herkömmlicher Breitbandnetze können staatliche Beihilfen für den Ausbau von NGA-Netzen ein geeignetes und gerechtfertigtes Instrument sein, sofern eine Reihe grundlegender Bedingungen erfüllt sind. Die Überwachungsbehörde ist der Auffassung, dass außer in „weißen NGA-Flecken“, in denen auch keine ausreichende Breitbandgrundversorgung gegeben ist (und in denen keine weiteren Bedingungen zu erfüllen sind), zusätzlich zu den in Abschnitt 2.3.3 und insbesondere unter Randnummer 49 erläuterten Vorgaben (Erstellung einer detaillierten Breitbandkarte und Analyse der Breitbandabdeckung, offenes Ausschreibungsverfahren, wirtschaftlich günstigstes Angebot, Technologieneutralität, Nutzung bestehender Infrastruktur, Verpflichtung zur Zugangsgewährung auf Vorleistungsebene, Benchmarking und Rückforderungsmechanismus) auch die folgenden Bedingungen erfüllt sein müssen:

- Als Gegenleistung für die staatliche Unterstützung sollte der Begünstigte verpflichtet werden, Dritten in einem Zeitraum von mindestens sieben Jahren tatsächlichen Zugang auf Vorleistungsebene zu gewähren. Insbesondere sollte die auferlegte Verpflichtung zur Zugangsgewährung auch die Berechtigung zur Nutzung von Leerrohren oder Straßenverteilerkästen beinhalten, damit Dritte nicht nur Zugang zur passiven, sondern auch zur aktiven Infrastruktur erhalten. Dies gilt unbeschadet aller vergleichbaren Verpflichtungen, die die nationale Regulierungsbehörde zusätzlich dazu in dem betreffenden Markt auferlegen kann, um den wirksamen Wettbewerb zu fördern, und der Maßnahmen, die nach Ablauf des genannten Zeitraums ergriffen werden⁽⁷¹⁾. Eine Verpflichtung zur Gewährung des „offenen Zugangs“ ist umso wichtiger, da die Frage der zeitweiligen Substituierbarkeit der von den Betreibern der vorhandenen ADSL-Netze und den Betreibern der künftigen NGA-Netze angebotenen Dienste gelöst werden muss. Durch die Zugangsverpflichtung wird sichergestellt, dass die ADSL-Betreiber ihre Kunden auf ein NGA-Netz migrieren können, sobald ein gefördertes Netz errichtet wurde, so dass sie ihre eigenen künftigen Investitionen planen können und keinen Wettbewerbsnachteil hinnehmen müssen.
- Zudem sollten die EFTA-Staaten bei der Festlegung der Bedingungen für den Netzzugang auf Vorleistungsebene die zuständige nationale Regulierungsbehörde konsultieren. Von den Regulierungsbehörden wird erwartet, dass sie künftig weiterhin entweder für eine Vorabregulierung sorgen oder die Wettbewerbsbedingungen im gesamten Breitbandmarkt sehr aufmerksam verfolgen und im Bedarfsfall die erforderlichen Abhilfemaßnahmen gemäß dem geltenden Regelungsrahmen auferlegen. Indem die EFTA-Staaten vorgeben, dass die Zugangsbedingungen von der nationalen Regulierungsbehörde im Einklang mit den geltenden EWR-Vorschriften genehmigt oder festgelegt werden müssen, stellen sie sicher, dass in allen von der betreffenden nationalen Regulierungsbehörde ermittelten Breitbandmärkten wenn auch nicht völlig einheitliche, so doch zumindest sehr ähnliche Zugangsbedingungen gelten werden.
- Ungeachtet der jeweiligen NGA-Netzarchitektur, für die staatliche Beihilfen gewährt werden, sollte die betreffende Netzarchitektur eine tatsächliche und vollständige Entbündelung erlauben und alle verschiedenen Arten von Netzzugängen, die die Betreiber nachfragen könnten, bieten (einschließlich, aber nicht nur Leerrohr-, Glasfaser- und Bitstream-Zugang). In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass mit einer „Multiple Fibre“-Architektur mehrere Zugangsinteressenten völlig unabhängig voneinander hochleistungsfähige Breitbanddienste anbieten können, so dass diese Architektur einem langfristig nachhaltigen Wettbewerb förderlich ist. Zudem unterstützt der Aufbau von NGA-Netzen mit „Multiple-Fibre“-Leitungen sowohl „Point-to-Point“- als auch „Point-to-Multipoint“-Lösungen und ist daher technologieneutral.

4. SCHLUSSBESTIMMUNGEN

- (78) Das vorliegende Kapitel gilt ab dem Tag nach seiner Annahme.
- (79) Die Überwachungsbehörde wird das vorliegende Kapitel unter Berücksichtigung künftiger Anpassungen der entsprechenden Mitteilung der Kommission über die Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau durch die Kommission überprüfen.

⁽⁷¹⁾ Hierbei sollte berücksichtigt werden, inwieweit die spezifischen Marktbedingungen, die die Gewährung einer Beihilfe für die betreffende Infrastruktur ursprünglich gerechtfertigt haben, fortbestehen.