

Hinweise zur Gestaltung der Zugangsverpflichtungen nach AGVO

Am 01.07.2014 ist die Verordnung Nr. 651/2014 der EU-Kommission zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung – AGVO) in Kraft getreten. Sie stellt bestimmte staatliche Beihilfemaßnahmen, die einen spürbaren Beitrag zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit in Europa leisten, von der umfassend geltenden Anmeldungs- und Genehmigungspflicht der EU-Kommission nach Art. 108 Abs. 1 AEUV frei. Die Verordnung ist in all ihren Teilen verbindlich und gilt in jedem Mitgliedstaat unmittelbar (Art. 59 AGVO).

Regelungen zu Investitionsbeihilfen für den Ausbau der Breitbandversorgung finden sich in Art. 52 AGVO. Beihilfefähigen Kosten sind demnach Investitionskosten für den Ausbau passiver Breitbandinfrastruktur, Investitionskosten für Baumaßnahmen im Breitbandbereich, Investitionskosten für den Ausbau der Netze für die Breitbandgrundversorgung und Investitionskosten für den Ausbau von Zugangsnetzen der nächsten Generation (Next Generation Access; NGA).

Nach Art. 52 Nr. 6 AGVO ist die Bundesnetzagentur zu den Zugangsbedingungen (einschließlich Preisen) zu konsultieren. Die Stellungnahme der Bundesnetzagentur erfolgt vor Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung zwischen der beihilfegewährenden Stelle und dem geförderten Netzbetreiber bzw. vor der endgültigen Festlegung von Zugangsbedingungen durch einen Zuwendungsbescheid. Dafür ist von der beihilfegewährenden Stelle der jeweilige Entwurf in seiner endgültigen Fassung vorzulegen. Prüfkriterien und Beurteilungsmaßstab für die Vertragsgestaltung beruhen insbesondere auf Art. 52 i.V.m. Art. 2 Nr. 139 AGVO. Daneben finden die Anforderungen der EU-Beihilfenleitlinien¹, insbesondere Rn. 42, 78 lit. g und lit. h, 80 sowie Anhang 2, Anwendung.

Anträge auf Stellungnahme der Bundesnetzagentur nach Art. 52 Nr. 6 AGVO sind schriftlich zu stellen bei der

Bundesnetzagentur
– Referat 114 –
Postfach 8001
53105 Bonn.

Zusätzlich können Fragen und Antragsunterlagen vorab gerichtet werden an das Postfach breitbandbeihilfen@bundesnetzagentur.de.

Die Stellungnahme ergeht lediglich zu den Zugangsbedingungen einschließlich Preisen und erfolgt unter der Prämisse, dass die Förderfähigkeit gemäß AGVO gegeben ist. Dies ist vom Zuwendungsgeber selbst sicherzustellen und wird von der Bundesnetzagentur weder geprüft noch bestätigt.

Die Stellungnahme ist nicht fristgebunden, üblicherweise dürfte aber mit einer Bearbeitungszeit von maximal 8 Wochen zu rechnen sein. Sollte die Prüfung der Zugangsbedingungen darüber hinaus weitere Zeit in Anspruch nehmen, wird die Bundesnetzagentur der beihilfegewährenden Stelle dies unverzüglich anzeigen.

¹ Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (EU-Beihilfenleitlinien), Mitt. der Komm. 2013/C 25/01 v. 26.01.2013

Die nachfolgenden Hinweise dienen dazu, den Prüfraumen der Bundesnetzagentur zu erläutern. Sie sollen den Vertragsparteien Hilfestellungen bei der Ausgestaltung der Vereinbarungen geben.

1) Gestaltung der Zugangsverpflichtungen

Nach Art. 52 Nr. 5 AGVO muss der geförderte Netzbetreiber zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen einen möglichst umfassenden Zugang zu den aktiven und passiven Infrastrukturen auf Vorleistungsebene im Sinne des Artikels 2 Nummer 139, einschließlich einer physischen Entbündelung im Falle von NGA-Netzen, gewähren. Im Falle staatlicher Beihilfen für die Finanzierung der Verlegung von Leerrohren müssen diese groß genug für mehrere Kabelnetze und auf verschiedene Netztopologien ausgelegt sein.

a) Zugangsvarianten

Aufgrund Art. 52 Nr. 5 i.V.m. Art. 2 Nr. 139 AGVO müssen – abhängig von der jeweils geförderten Infrastruktur – mindestens die Zugangsvarianten angeboten werden:

	aktiv	passiv
FTTH/FTTB-Netze	<ul style="list-style-type: none">• Bitstromzugang	<ul style="list-style-type: none">• entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss*• Zugang zu unbeschalteten Glasfaserleitungen• Zugang zu Leerrohren
FTTC-Netze	<ul style="list-style-type: none">• Bitstromzugang	<ul style="list-style-type: none">• Zugang zu Straßenverteilerkästen, insbesondere zum KVz• Zugang zu unbeschalteten Glasfaserleitungen• Zugang zu Leerrohren
Kabelnetze	<ul style="list-style-type: none">• Bitstromzugang	<ul style="list-style-type: none">• Zugang zu unbeschalteten Glasfaserleitungen• Zugang zu Leerrohren

* soweit technisch möglich

Die konkrete Ausgestaltung des Zugangs ist dem Verhältnis zwischen Betreiber und Wettbewerber vorbehalten. In diesem Rahmen können ggf. die Spezifikationen und Leistungsbeschreibungen des NGA-Forums ergänzend herangezogen werden.² Nach Auffassung der Bundesnetzagentur umfasst ein nachfragegerechter Bitstromzugang einen Zugang sowohl auf Layer-2- als auch auf Layer-3-Ebene. Ein Layer-2-Bitstromprodukt, das diesen Anforderungen genügt, wurde bereits im Rahmen des NGA-Forums spezifiziert.

² www.bundesnetzagentur.de/ngaforum

b) Umfang der Zugangsverpflichtung

Der Zugang auf Vorleistungsebene ist für mindestens sieben Jahre zu gewähren, während das Recht auf Zugang zu Leerrohren und Masten unbefristet bestehen muss (Art. 52 Nr. 5 Satz 2 AGVO).

Die EU-Breitbandleitlinien geben in Rn. 78 lit. g zudem vor, dass dieselben Zugangsbedingungen im ganzen geförderten Netz – und damit auch in den Teilen des Netzes, in denen bestehende Infrastruktur des Netzbetreibers genutzt wurde – gelten sollen.

c) Möglichkeit des Ausschlusses einzelner Zugangsvarianten

Es ist denkbar, dass es dem Netzbetreiber in Einzelfällen unmöglich ist, eine der Zugangsvarianten anzubieten.

Ein Ausschluss einer der Zugangsvarianten kommt nur im Einzelfall in Frage, wenn die Zugangsgewährung (nach dem jeweiligen Stand der Technik) technisch unmöglich ist. Der Betreiber muss dies gegenüber der Kommune glaubhaft nachweisen.

Nach AGVO ist ein vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss zu gewähren, denn die AGVO sieht zwingend eine physische Entbündelung des Teilnehmeranschlusses in Kupfer- oder Glasfaserleitungsnetzen vor. Damit ist die ausschließliche Bereitstellung virtueller Zugangsprodukte, wie Layer-2-Bitstrom beim Einsatz von Vectoring, durch die AGVO nicht von einer Einzelfallprüfung durch die EU-Kommission freigestellt. Hintergrund sind die fehlenden Erfahrungen mit virtueller Entbündelung. Daher soll eine Entscheidung über eine rein virtuelle Entbündelung weiterhin einer Einzelfallprüfung vorbehalten sein (Erwägungsgrund 71 AGVO).

Im Rahmen der NGA-RR³ hat die EU-Kommission den Einsatz von Vectoring als zulässig erachtet. Voraussetzung ist jedoch, dass der geförderte Netzbetreiber ein gleichwertiges virtuelles Zugangsprodukt (virtual unbundled local access – VULA) als Ersatz für den bei Vectoring derzeit eingeschränkten physischen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) bereitstellt. Das VULA-Produkt muss die Kriterien, die im Erläuternden Memorandum der Empfehlung für relevante Märkte aufgeführt und erörtert sind⁴, erfüllen. Dies wird durch eine separate Anmeldung des virtuellen Zugangsprodukts bei der EU-Kommission geprüft.

Im September 2016 hatte Deutschland bei der EU-Kommission drei VULA-Produkte angemeldet, die von der DNS:NET Internet Service GmbH, der NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH und der Telekom Deutschland GmbH vorgeschlagen wurden. Am 11. August 2017 hat die EU-Kommission die drei VULA-Produkte der genannten Unternehmen für den Einsatz von Vectoring in Fördergebieten nach der NGA-RR genehmigt (VULA-Entscheidung⁵). Die Produktverträge sind auf den Internetseiten der drei genannten Unternehmen abrufbar.

³ Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung.

⁴ Erläuterungen der Kommission (SWD(2014) 298) zur Empfehlung vom 9. Oktober 2014 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (2014/710/EU) unter Punkt 4.2.2.1

⁵ State Aid SA.46805 - C(2017) 5572 final

Ergänzend hierzu hat die EU-Kommission klargestellt, dass die genehmigten VULA-Produkte auch über die NGA-RR hinaus im Rahmen anderer Breitbandfördermaßnahmen in Deutschland, welche genehmigte Beihilferegulungen, Ad-hoc-Beihilfen, Maßnahmen unter der AGVO und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse („DAWI“) einschließen, unter den Bedingungen der Genehmigung der NGA-RR (SA.38348, Entscheidung vom 15. Juni 2015; NGA-Deutschland-Entscheidung) und der VULA-Entscheidung als hinsichtlich ihrer Funktionen der physischen Entbündelung gleichwertig angesehen werden können. Die DNS:NET Internet Service GmbH, die NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH und die Telekom Deutschland GmbH dürfen als Beihilfeempfänger Vectoring auch im Rahmen anderer Maßnahmen in Deutschland als der NGA-RR (einschließlich solchen unter der AGVO) einsetzen, sofern sie Zugangsnachfragern die genehmigten VULA-Produkte anbieten. Zu diesem Zweck ist keine gesonderte Anmeldung bei der EU-Kommission notwendig.

Auch andere Beihilfeempfänger können Vectoring im Rahmen der NGA-RR oder unter einer anderen Breitbandbeihilfenmaßnahme (einschließlich Maßnahmen unter der AGVO) unter den Bedingungen der NGA-Deutschland-Entscheidung und der VULA-Entscheidung einsetzen, sofern sie Zugangsnachfragern ein VULA-Produkt anbieten, dessen Eigenschaften einen effektiven virtuellen Ersatz für die physische Entbündelung in identischer Weise wie eines der drei genehmigten VULA-Produkte erlauben. Zu diesem Zweck ist ebenfalls keine gesonderte Anmeldung bei der EU-Kommission notwendig.

Vor dem Einsatz eines VULA-Produktes ist in jedem Fall jedoch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur zu informieren.

Jedes weitere neue VULA-Produkt, dessen Eigenschaften jedenfalls nicht in identischer Weise wie eines der drei genehmigten VULA-Produkte einen effektiven virtuellen Ersatz für die physische Entbündelung erlauben, ist durch Deutschland bei der EU-Kommission anzumelden und muss die Kriterien, die in der VULA-Entscheidung spezifiziert wurden, erfüllen. Die Bundesnetzagentur sollte über das Ergebnis der Prüfung informiert werden.

d) Effektive Nutzbarkeit des Netzzugangsanspruchs

Damit ein Wettbewerber den für seine Nachfrage passenden Netzzugang wählen und auch effektiv nutzen kann, dürften zudem weitere Zugangsrechte im Rahmen eines offenen Netzzugangs erforderlich sein. Dies umfasst insbesondere die folgenden Aspekte:

- Kollokation an den Übergabestandorten sowie ergänzend ein Zutrittsrecht zu den Kollokationsräumen und den Einrichtungen, zu denen Zugang gewährt worden ist;
- Bereitstellung aller Informationen die für die entsprechende Zugangsleistung erforderlich sind, insbesondere Informationen zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie über die zu zahlenden Entgelte;
- zeitnahe Bearbeitung von Zugangsnachfragen.

e) Diskriminierungsverbot

Art. 52 Nr. 5 AGVO sieht vor, dass der geförderte Netzbetreiber einen möglichst umfassenden Zugang zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen gewähren muss. Dadurch soll verhindert werden, dass das geförderte Unternehmen externe Nachfrager untereinander oder zu sich selbst ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt.

Vor diesem Hintergrund sollten Zugangsvereinbarungen auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit genügen.

f) Formerfordernis

Da die Zugangsvereinbarungen nicht nur zwischen Betreiber und Wettbewerber relevant sind, sondern zugleich die Erfüllung einer vertraglichen Leistung gegenüber der Kommune darstellen, dürfte es zweckmäßig sein, hierfür ein Schriftformerfordernis vorzusehen.

2) Vorleistungspreise

Die Vorleistungspreise für den Zugang zum geförderten Netz müssen sich nach Art. 52 Nr. 6 AGVO auf die Preisfestsetzungsgrundsätze der Bundesnetzagentur und auf Benchmarks stützen, die in vergleichbaren, wettbewerbsintensiveren Gebieten gelten, wobei die dem Netzbetreiber gewährten Beihilfen zu berücksichtigen sind.

Nach Auffassung der Bundesnetzagentur sollte auch bei Fördermaßnahmen der AGVO sichergestellt sein, dass die Vorleistungsentgelte im Einklang mit den Grundsätzen der Kostenorientierung stehen und daher die Kosten abbilden, die bei effizienter Leistungsbereitstellung unter Berücksichtigung der Gegebenheiten vor Ort entstehen.

Für Unternehmen, die aufgrund einer Festlegung der Bundesnetzagentur über beträchtliche Marktmacht verfügen, gilt im Übrigen, dass sie für Zugangsleistungen auf Vorleistungsebene, die aus Teil 2 TKG einer Entgeltgenehmigungspflicht unterworfen sind, keine anderen als die von der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte verlangen dürfen.

Die vereinbarten Vorleistungspreise sind der Bundesnetzagentur unverzüglich anzuzeigen. Sofern die vereinbarten Vorleistungspreise offenkundig nicht den oben skizzierten Maßstäben gerecht werden, wird die Bundesnetzagentur dies im Rahmen einer Stellungnahme mitteilen.

Kann keine Einigung zwischen dem Netzbetreiber und dem Zugangsnachfrager über die Vorleistungsentgelte erzielt werden, kann es sich anbieten, dass im Streitfall ein von der beihilfengewährenden Stelle zu bestimmender Gutachter ein Kostengutachten erstellt. Für diesen Fall sollte ein entsprechender Vorbehalt im Fördervertrag integriert werden. Die Anbieter sollten zuvor eine angemessene Frist zur Einigung erhalten haben und bezüglich der Bestimmung des Gutachters angehört werden.

3) Dokumentationspflicht gegenüber der Bundesnetzagentur

Der Netzbetreiber muss nach § 77a Telekommunikationsgesetz (TKG) die Dokumentation der geförderten Infrastruktur an die Bundesnetzagentur übermitteln. Die Dokumentation sollte der Bundesnetzagentur zwecks Aktualisierung und Pflege des Infrastrukturatlas nach Fertigstellung der Arbeiten zur Verfügung gestellt werden. Die Daten sollten zweckmäßig im Format shape übermittelt werden.

4) Schlichtung

Art. 52 Nr. 6 AGVO sieht vor, dass die Bundesnetzagentur als nationale Regulierungsbehörde bei Streitigkeiten zwischen Zugangsinteressenten und dem Betreiber der geförderten Infrastruktur konsultiert werden soll.

Die Parteien können die Bundesnetzagentur zudem als nationale Streitbeilegungsstelle nach Maßgabe des TKG anrufen.