

Stellungnahme

27. März 2024

Konsultation der Gigabit-Rahmenregelung

Bitkom bedankt sich für die Übersendung des Entwurfs der neuen Gigabit-Rahmenregelung und nimmt wie folgt Stellung.

Voranstellen möchten wir einige grundsätzliche Bemerkungen. Völlig überraschend ist der ganzen Branche am 20. Februar 2024 am Rande eines Termins des BMDV zu Optimierungsmaßnahmen der Gigabitförderung mitgeteilt worden, dass die eigentlich noch bis Ende 2025 gültige Rahmenregelung kurzfristig an die neuen EU-Breitbandleitlinien angepasst wird und die geänderte Rahmenregelung bereits für den diesjährigen Förderaufruf (geplanter Start April 2024) greifen soll. Erst am 6. März 2024 sind die Änderungsvorschläge in die Branchen- und Länderkonsultation gegangen. Entgegen der ursprünglichen Aussage, dass es sich um wenige, formelle Änderungen handle, finden sich nun zahlreiche gravierende Änderungen im Entwurf der Rahmenregelung wieder.

Diese für alle Beteiligten sehr überraschenden Änderungen führen zudem zu neuer, überschießender Bürokratie, obwohl es klares Ziel sein sollte, die bürokratischen Lasten auf ein notwendiges Minimum zu reduzieren. Dies kann nicht im Interesse des BMDV sein. Zudem würde die zukünftige staatliche Festlegung von Zugangsbedingungen beim offenen Netzzugang zu geförderter Infrastruktur einen **weitgehenden Eingriff in den Markt** darstellen. Dieser ist abzulehnen.

Sollte eine solche Quasi-Regulierung der Zugangsbedingungen unumgänglich sein, so wäre dies ein hoch komplexes und aufwendiges Vorhaben, das bis Herbst 2024 (so BMDV auf Nachfrage) nicht realisierbar sein kann.

Vor allem **muss es zu einem solchen Systemwechsel einen adäquaten Austausch mit den Verbänden und Unternehmen geben**, damit eine Festlegung der Zugangsbedingungen realitätsnahe ist. Der geförderte FTTH-Ausbau als solcher wird sonst ernsthaft gefährdet.

Insofern sollten die hier vorgeschlagenen Änderungen ausreichend geprüft und mit der Branche auf Sinnhaftigkeit und Machbarkeit erörtert werden. Dies ist aber angesichts der weitreichenden Änderungen in der vorgeschlagenen kurzen Frist bis April nicht möglich. Bei Festhalten an dem Vorhaben, die geänderte Rahmenregelung ab Mitte April 2024 zur Anwendung zu bringen, droht eine überstürzte Fixierung wenig bis gar nicht praktikabler Vorgaben bis Ende 2028, was auch nicht im Interesse des BMDV sein kann.

Die EU-Beihilferechtsverordnung und der Grundsatz des Vertrauensschutzes bilden einen wichtigen Rahmen für die Überprüfung von Beihilfemaßnahmen durch die Europäische Kommission. Eine Verbindlichkeit der Umsetzung von Vorschlägen zu zweckdienlichen Maßnahmen liegt nur vor, wenn Mitgliedsstaaten diesen explizit zustimmen (Art. 23 EU-Beihilferechtsverordnung). Hier bedarf es einer größeren Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit für bereits genehmigte Beihilfemaßnahmen.

Das BMDV sollte jeglichen zeitlichen und inhaltlichen Spielraum nutzen, um erforderliche Änderungsbedarfe intensiver zu prüfen, sowie insbesondere eng mit der Branche abstimmen, und damit auch mehr Vorlauf für etwaige, zwingend erforderliche Prozessanpassungen zu gewähren.

Wir bitten Sie daher dringend, insbes. folgende Änderungen vorzunehmen:

1. Die **neue Rahmenregelung sollte frühestens für Förderverfahren greifen, die 2025, beginnend mit Branchendialogen, starten**. Für Förderprojekte, für die bereits finale Förderbescheide vorliegen, dürfen die neuen Regelungen aus Gründen der Planungssicherheit und des Vertrauensschutzes auf keinen Fall greifen. Für Förderverfahren, für die 2023 vorläufige Förderbescheide auf Basis der „alten“ Rahmenregelung ausgestellt wurden, und die 2024 in die Ausschreibung gehen, sollte aus Gründen der Konsistenz und Planungssicherheit entsprechend auch noch die „alte“ Rahmenregelung greifen. Dies ist vor dem Hintergrund von Art. 4 EU-Durchführungsverordnung 794/2004 sowie Art. 23 der EU-Beihilferechtsverordnung aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit auch gerade möglich und geboten.
2. Das BMDV muss den **Gestaltungsspielraum, den es selbst mit Blick auf die neuen EU-Beihilfeleitlinien von 2023 hat, nutzen** und gegenüber der EU-Kommission durchsetzen, so dass nur praktikable und sinnvolle Vorgaben der neuen Leitlinien (Bsp. Anpassung MEV-Abfragehorizont) umgesetzt werden, die Rahmenregelung ansonsten aber möglichst unverändert bleibt. Dieser Gestaltungsspielraum wird im vorliegenden Entwurf bei weitem noch nicht ausgeschöpft. Dies gilt insbesondere für die Bandbreitenvorgaben in § 1, die angedachte Preisfestsetzung durch den Bund, sowie die neuen, zu unbestimmten Vorgaben in § 10 und § 8 (3).

Zu den Änderungsvorschlägen im Einzelnen, in chronologischer Reihenfolge:

3. Die Forderung nach einer symmetrischen **Bandbreite** von mindestens 1 Gbit/s **für jeden Endnutzer "zu jeder Zeit" (§ 1 (1))** ist praxisfern und stellt Telekommunikationsunternehmen vor unlösbare Herausforderungen. Es ist technisch und wirtschaftlich nicht möglich, ein Netz so zu dimensionieren, dass „zu jeder Zeit“ eine symmetrische Bandbreite von 1 Gbit/s für jeden Endkunden zur Verfügung steht. Telekommunikationsunternehmen können unter diesen Bedingungen keine kalkulierbaren Angebote erstellen, da sie das Risiko eines Verstoßes gegen die Anforderung und die damit verbundenen Konsequenzen (z. B. Rückzahlung der Fördermittel) tragen.

Die Forderung nach einer **jederzeitigen** Verfügbarkeit von 1 Gbit/s sym. ist **nicht durch die Leitlinien gedeckt** und widerspricht den im Telekommunikationsbereich üblichen Standards:

- **EU-Konnektivitätsziele:** Auch die **Konnektivitätsziele der EU**, die die Grundlage der Breitbandbeihilfeleitlinien 2023 bilden, sehen **keine dauerhafte** Bereitstellung von 1 Gbit/s vor (vgl. Rnr. 3 und Rnr. 5 der Leitlinien).
- **Keine permanente Verfügbarkeit:** Die **Beihilfeleitlinien** für den Breitbandausbau **fordern keine permanente Verfügbarkeit** des geförderten Netzes (vgl. Rnr. 97).
- **Telekommunikationsrecht:** Selbst im **Telekommunikationsrecht** wird keine 100%ige Verfügbarkeit von TK-Diensten verlangt. So muss in Produktinformationsblättern gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 5 TK-Transparenzverordnung lediglich die **minimale, normalerweise verfügbare und maximale Datenübertragungsrate** angegeben werden. Diese Differenzierung zwischen minimaler, normalerweise verfügbarer und maximaler Datenübertragungsrate in den TK-rechtlichen Vorgaben macht deutlich, dass auch der Rechtsrahmen anerkennt, dass die **Bandbreiten Schwankungen unterliegen**.

Auch der Gesetzgeber selbst räumt ein, dass Beeinträchtigungen der Internetgeschwindigkeit nur dann eine Minderung rechtfertigen, wenn sie erheblich, kontinuierlich oder regelmäßig wiederkehrend auftreten (§ 55 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 TKG). Daran zeigt sich: Angemessen ist eine im Markt übliche Verfügbarkeit, die mit vertretbaren Investitionen erreichbar ist.

Die Bundesregierung sollte **von der Umsetzung der neuen Formulierung absehen** und stattdessen eine **praxisnahe Bandbreitenanforderung formulieren, die auch vom TK-Rechtsrahmen gedeckt ist**. Rnr. 74 der Beihilfeleitlinien 2023 erlaubt den Mitgliedstaaten ausdrücklich, den Anhang 1 der Leitlinien, auf den Fußnote 11 verweist, nicht umzusetzen.

4. Die aktuelle Formulierung des **§ 1 (3)** führt durch die Vorgabe, „jedem Endnutzer zu jeder Zeit“ eine Bandbreite zu garantieren, zu einem unbeabsichtigten Ergebnis: **Ganz Deutschland würde praktisch förderfähig**, unabhängig davon, welche Art von Netzen, und wie viele in einem Gebiet verfügbar sind. Dies ist nach unserer Auffassung aber weder intendiert noch sinnvoll. Daher sollte sich die Bandbreitenanforderung weiterhin an der alten Rahmenregelung orientieren.
5. Die **Widerspruchsoption in § 1 (6)** der aktuell gültigen Rahmenregelung ist zwingend notwendig, um die Investitionssicherheit von FTTC-Netzbetreibern zu gewährleisten. Es ist nicht verhältnismäßig, FTTC-Netzbetreiber einer 7-jährigen Zweckbindungsfrist zu unterwerfen, während gleichzeitig ein gefördertes FTTH-Netz vor Ablauf dieser Frist in Betrieb gehen kann.
6. Die Konkretisierung des **MEV-Abfragehorizonts auf 3-5 Jahre** in der Rahmenregelung ist notwendig, um eine effiziente und zielgerichtete

Gigabitförderung zu gewährleisten. Die Festlegung des Abfragehorizonts sollte **nur innerhalb dieses Rahmens im Ermessen der Kommune** liegen. Die vorgeschlagene Flexibilisierung des MEV-Abfragehorizonts in § 4 Abs. 3 ist hingegen zu offen und droht wirkungslos zu bleiben.

7. Künftig soll lt. **§ 4 Absatz 4** in Abkehr von den bisherigen Vorgaben der Betreiber eines geförderten Netzes einer asymmetrischen Beschränkung dahingehend unterliegen, dass er nach Fertigstellung des geförderten Netzes 2 Jahre lang nicht dieses nutzen darf, um auch in benachbarten Gebieten, die bereits gigabitfähig sind, ein Netz auszurollen. Dritte hingegen sollen dieser Beschränkung offenbar nicht unterliegen, d. h. sie dürfen sofort unter Rückgriff auf Open Access zum geförderten Netz auch benachbarte Gebiete erschließen. Diese Ungleichbehandlung ist neu, und nicht nachvollziehbar. Bisher gab es im Gegenteil Regelungen, die eine Nutzung des geförderten Netzes auch für solche Zwecke unterstützt haben, und zwar zu gleichen Bedingungen für das geförderte Unternehmen und für Dritte. Schließlich müssen Fördermittelempfänger i. R. ihrer Deckungslückenkalkulation sich selbst Mitnutzungsentgelte in Rechnung stellen, wenn sie über das geförderte Netz in Nachbargebiete ausbauen wollen.

Diese neue Regelung ist auch nicht vereinbar mit dem strengen Beihilferecht, und insbes. den Open-Access-Auflagen: Das EU-Recht basiert auf der Prämisse, dass staatliche **Beihilfen grundsätzlich den Wettbewerb verzerren**. Daher werden sie von der EU-Kommission nur genehmigt, wenn offener Zugang zum geförderten Netz auf verschiedenen Netzebenen gewährt wird. (Auch das i. R. d. Gigabitförderung anzuwendende **Materialkonzept** ist so ausgelegt, dass das geförderte Netz möglichst umfassende und vielseitige Synergien ermöglicht.) Dies soll gewährleisten, dass die **Förderung auch zu einer „wesentlichen Verbesserung“ der Intensität des Wettbewerbs führt**. Eine Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten des Open Access mit dem Zweck, den Wettbewerb einzuschränken, noch dazu in diskriminierender Weise, ist mit den Grundpfeilern des Beihilferechts nicht vereinbar.

8. Der **neue Abs. 9 in § 4** birgt unverhältnismäßige Risiken für TK-Unternehmen als auch Gebietskörperschaften, die sich an Förderprogramm beteiligen möchten. Wie bereits im Branchentermin am 20.03. geschildert, bedeutet die Regelung, dass ein neues MEV gemacht werden muss – selbst in Fällen, in denen das geförderte Unternehmen eine Fristüberschreitung z. B. gar nicht zu verantworten hat, oder wenn die Inbetriebnahme sich nur unwesentlich verzögert. Welche Auswirkung eine Eigenausbaumeldung eines Dritten in dem neuen MEV dann hat, ist zudem völlig unklar, und stellt somit ein unkalkulierbares Risiko für das Förderprojekt dar. Hier müssen in jedem Fall Anpassungen vorgenommen werden, die den genannten Aspekten Rechnung tragen.

Dies ist auch ausweislich der Rnr. 80 der Leitlinien geboten: Das Erfordernis eines neuen MEV bei Fristüberschreitung der Inbetriebnahme des geförderten Netzes geht in Rnr. 80 explizit einher mit detaillierten Vorgaben dahingehend, dass der dem ersten MEV zugrundeliegende relevante Zeithorizont ausreichend kalkuliert war. Dies spricht zum einen dafür, dass die seitens BMDV vorgesehene Formulierung von „mind. 3 Jahren“ bei § 4 (3) nicht ausreicht. Zum anderen

sprechen die Vorgaben von Rnr. 80 aber insbes. dafür, dass bei Fristüberschreitung des Realisierungstermins nicht automatisch, d. h. ungeachtet der Verzögerungsgründe oder der Erfüllung der Sorgfaltspflichten der Gebietskörperschaft bei der Festsetzung des relevanten Zeitraums mit ausreichend zeitlichem Puffer für Unwägbarkeiten oder Verzögerungen, ein neues MEV starten muss.

9. Der neue Satz 2 in **§ 8 (3)** ist in der vorliegenden Form zu unbestimmt. Er lässt völlig offen, **in welchem Umfang „Komponenten des Netzes“, die nicht staatlich gefördert werden, auch dem offenen und diskriminierungsfreien Zugang unterliegen**. Es muss daher zwingend klargestellt werden, dass Netzkomponenten, die nicht mit Fördermitteln errichtet wurden, nur insoweit dem offenen und diskriminierungsfreien Zugang unterliegen, wie sie unmittelbar in die Realisierung des geförderten Netzes eingebracht worden sind.

Eine Ausdehnung auf Infrastruktur, die nicht mit Fördermitteln errichtet wurde, ist nur dann vertretbar, wenn diese zwingend erforderlich ist, um:

- a) effektiven Zugang ("Open Access") im geförderten Bereich zu gewährleisten oder
- b) gleichwertige Bedingungen im gesamten geförderten Netz zu schaffen.

Die Erstreckung des Open Access auch auf Netzkomponenten, die keine Förderung erhalten haben und nicht in das geförderte Netz integriert werden, würde hingegen einen erheblichen Eingriff in die Eigentumsrechte der Netzbetreiber darstellen, und wird daher abgelehnt.

10. **Die geplante Festlegung von Preisen und Bedingungen für den Open Access durch den Bund in § 8 Absatz 4 ist abzulehnen.**

- a) Zum einen sollte der Bund nicht die Preise festsetzen. Die LL2023 sehen eine Festlegung durch den Mitgliedstaat gar nicht vor. So gibt Rnr. 131 lediglich vor, dass die Mitgliedstaaten „Bedingungen und Preise für Vorleistungszugangsprodukte“ in den Unterlagen für das wettbewerbliche Auswahlverfahren „angeben“ und „diese Informationen auf einer umfassenden nationalen oder regionalen Website veröffentlichen“ müssen. Dieser Anforderung wird bereits dann Rechnung getragen, wenn der Mitgliedstaat die bei der Festlegung von Preisen zu beachtenden Preisgestaltungsgrundsätze festlegt. Dies ergibt sich auch aus Rnr. 151, nach dem der Mitgliedstaat nur *sicherstellen* muss, dass die Preisfestsetzung für Vorleistungszugangsprodukte auf einem von drei Benchmarks bzw. Preisgestaltungsgrundsätzen (Rnr. 151 lit a) bis c)) beruht. Dies ist durch die bestehende Gigabit-Rahmenregelung im Zusammenspiel mit dem TKG gegeben. Eine abstrakt generelle Festlegung der konkreten Preise für jeden Einzelfall wird den Mitgliedstaaten durch die LL 2023 nicht aufgegeben. Dies wäre in Anbetracht der heterogenen Markt- und Wettbewerbsstrukturen auch äußerst dysfunktional und vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip auch rechtlich bedenklich. Denn die Kostenstrukturen hängen stark vom Einzelfall ab, sodass auch die Zahlungsmodalitäten, inkl. der Entgeltstruktur (wiederkehrende oder einmalige

Entgelte) oder die Zahlungsintervalle, im Einzelfall betrachtet und festgelegt werden müssen. Dies sollte weiterhin durch die Bundesnetzagentur als marktnahe Behörde im Streitbeilegungsverfahren erfolgen.

- b) Eine solche Festlegung von Zugangsbedingungen ist zudem nur auf der Basis einer gesetzlichen Grundlage möglich, die im TKG verankert werden müsste. Die Breitbandleitlinien 2023 allein als EU-rechtliche Grundlage sind nicht ausreichend für einen solchen Eingriff in den Markt.
- c) Zum anderen wird **ein wesentliches Preisgestaltungskriterium der Leitlinien (Rnr. 151 lit b: regulierte Preise)** nicht aufgegriffen, welches jedoch zwingend bei der Preisgestaltung mit zu berücksichtigen ist. Zwischen den drei Kriterien besteht außerdem nach den Breitbandleitlinien 2023 (anders als nach den Breitbandleitlinien 2013) **keine** Rangfolge mehr, an der die Bundesnetzagentur sich orientieren müsste. Auch deswegen wäre daher eine differenzierte Betrachtung bei der Festlegung von Zugangsbedingungen notwendig.
- d) Soweit ein solches Vorhaben entgegen fehlender unionsrechtlicher Vorgaben und in Anbetracht der aufgezeigten rechtlichen Bedenken umgesetzt würde, ginge mit dem neuen Regelungsvorschlag die Verantwortung für den Bund einher, für ein konsistentes Preissystem im gesamten Markt zu sorgen. Das BMDV wäre daher in Konsultation mit der Bundesnetzagentur gehalten, höchst ausdifferenzierte Zugangsbedingungen mit Preiskategorien zu erarbeiten und zu veröffentlichen.

Insbesondere müsste **eine Differenzierung mindestens nach folgenden Parametern** erfolgen:

- Nach regionalen Unterschieden: z. B. bei tatsächlichen Ausbaurkosten
- Nach Leistungen: z. B. Art des Produktes, Einmalentgelte und Überlassungsentgelte
- Nach Geschäftsmodellen: z. B. Einzelabnahme oder Commitment-Modell
- Anpassungen: z. B. innerhalb einer Förderlaufzeit von sieben oder zehn Jahren; Korrektur-, Sicherheits- oder Erheblichkeitszuschläge

Dabei müssten vor allem die Anreize für den eigenwirtschaftlichen Ausbau berücksichtigt werden.

- e) Bei dieser umfangreichen **Thematik müsste unbedingt Transparenz hergestellt werden**. Eine Festlegung von Zugangsbedingungen könnte nicht fernab von der wirtschaftlichen Realität, sondern nur in Zusammenarbeit mit der Branche herbeigeführt werden. Das BMDV bzw. die Bundesnetzagentur müsste daher einen Entwurf der Grundsätze und Methoden zu den Zugangsbedingungen veröffentlichen und Stellungnahmen dazu einholen.

11. Die **Einführung einer getrennten Buchführung gemäß § 10 Abs. 2** verursacht einen unverhältnismäßigen unternehmensinternen Verwaltungsaufwand. Wie bereits im Branchentermin am 20.3. erläutert, nutzen die TKUs, die sich bislang an Förderverfahren beteiligen, keine getrennte Buchführung i. S. v. getrennten

Buchungskreisen. Sie sind auch nicht kurzfristig in der Lage, diese einzuführen, und aller Voraussicht nach auch nicht bereit, diese mittelfristig für Förderzwecke einzuführen. Dennoch erfüllen sie die Auflagen im Zusammenhang mit dem Mechanismus zur Vermeidung übermäßiger Wettbewerbsvorteile. Sinn und Zweck von Rnr 160 der Leitlinien wird auch ohne die Einführung einer getrennten Buchführung Genüge getan. Neben den bisherigen Vorgaben zur Abführung von „Übergewinnen“ sorgt insbes. bereits das wettbewerbliche Ausschreibungsverfahren dafür, dass „die Beihilfe verhältnismäßig bleibt und nicht zu einer Überkompensierung oder zu einer Quersubventionierung nicht geförderter Tätigkeiten führt“, wie in Rnr. 160 gefordert. Die EU-KOM kann daher auch in diesem Aspekt nicht auf der Übernahme der Formulierung bestehen, solange dem Sinn und Zweck der Rnr. 160 Rechnung getragen wird. Die aktuell i. R. d. Gigabitförderung implementierten Regelungen tragen dem schon hinreichend Rechnung, und sollten insbesondere nicht verschärft werden.

12. Die geplante **Ausweitung des Mechanismus zur Vermeidung übermäßiger Wettbewerbsvorteile** bei größeren Vorhaben in § 10 Absatz 2 ist problematisch: Der Begriff "**Gewinne aus anderen Transaktionen** im Zusammenhang mit dem staatlich geförderten Netz" ist zu unklar definiert. Es fehlt an einer Konkretisierung, welche Transaktionen genau unter diese Regelung fallen sollen. Dies führt zu Rechtsunsicherheit für Unternehmen, die sich an dem Förderprogramm beteiligen wollen. Um Planungssicherheit zu schaffen, bedarf es klarer und eindeutiger Vorgaben. Die Vorgaben sollten gleichzeitig dem Gedanken Rechnung tragen, dass die Hebung von Synergien auch politisch und beihilferechtlich gerade gewollt ist. Insoweit sollten bürokratische Anforderungen i. R. d. Rückforderungsmechanismus vermieden werden, die die Hebung von Synergien eher hemmen.

Bitkom vertritt mehr als 2.200 Mitgliedsunternehmen aus der digitalen Wirtschaft. Sie generieren in Deutschland gut 200 Milliarden Euro Umsatz mit digitalen Technologien und Lösungen und beschäftigen mehr als 2 Millionen Menschen. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 500 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig, kreieren Content, bieten Plattformen an oder sind in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 82 Prozent der im Bitkom engagierten Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, weitere 8 Prozent kommen aus dem restlichen Europa und 7 Prozent aus den USA. 3 Prozent stammen aus anderen Regionen der Welt. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem leistungsfähigen und souveränen Digitalstandort zu machen.

Herausgeber

Bitkom e.V.

Albrechtstr. 10 | 10117 Berlin

Ansprechpartnerin

Janine Welsch | Bereichsleiterin Telekommunikationspolitik

T 030 27576-234 | j.welsch@bitkom.org

Verantwortliches Bitkom-Gremium

AK Telekommunikationspolitik

Copyright

Bitkom 2024

Diese Publikation stellt eine allgemeine unverbindliche Information dar. Die Inhalte spiegeln die Auffassung im Bitkom zum Zeitpunkt der Veröffentlichung wider. Obwohl die Informationen mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurden, besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität, insbesondere kann diese Publikation nicht den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen. Eine Verwendung liegt daher in der eigenen Verantwortung des Lesers. Jegliche Haftung wird ausgeschlossen. Alle Rechte, auch der auszugsweisen Vervielfältigung, liegen beim Bitkom oder den jeweiligen Rechteinhabern.