

Breitbandinfrastruktur

Auf dem Weg zur flächendeckenden Versorgung in Städten und Gemeinden

11. Februar 2010

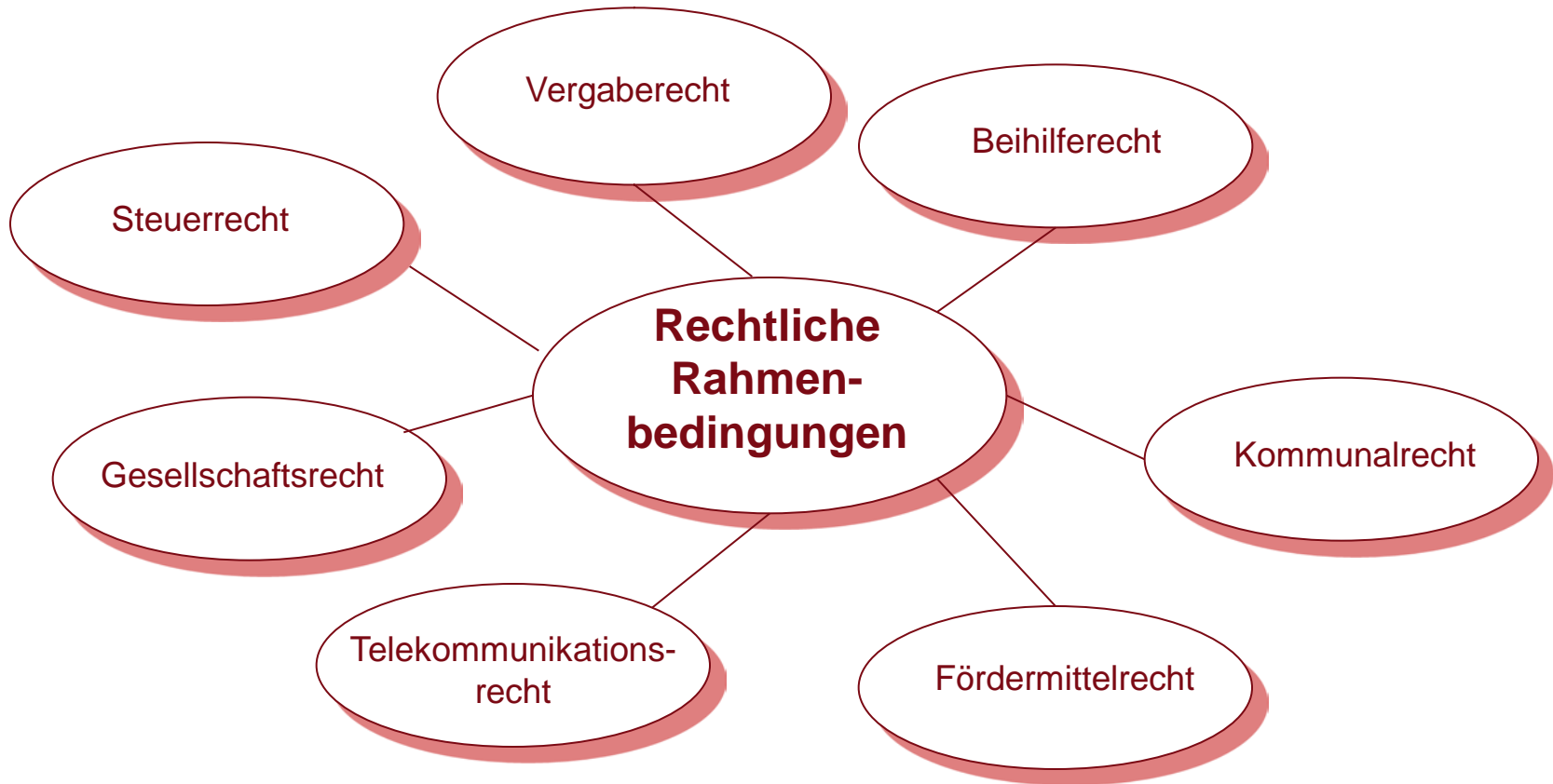
Südwestfälische Industrie- und Handelskammer zu Hagen

Agenda

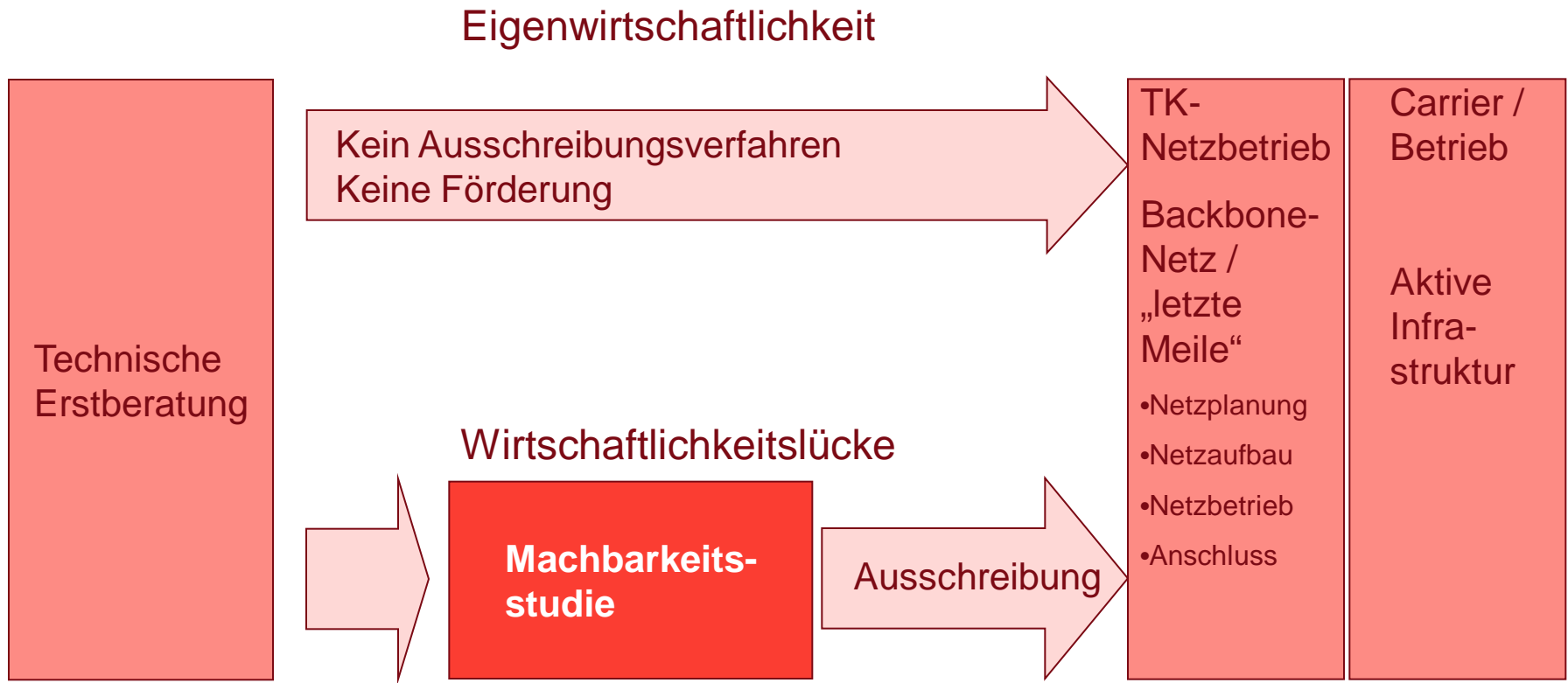
Zu beachtende Rechtsbereiche auf dem Weg zur flächendeckenden Versorgung:

- Organisationsmodelle aus steuerlicher und rechtlicher Sicht
- Förderprogramme
- Ausschreibungsverfahren
- EU-beihilferechtliche Aspekte

Rechtliche Rahmenbedingungen



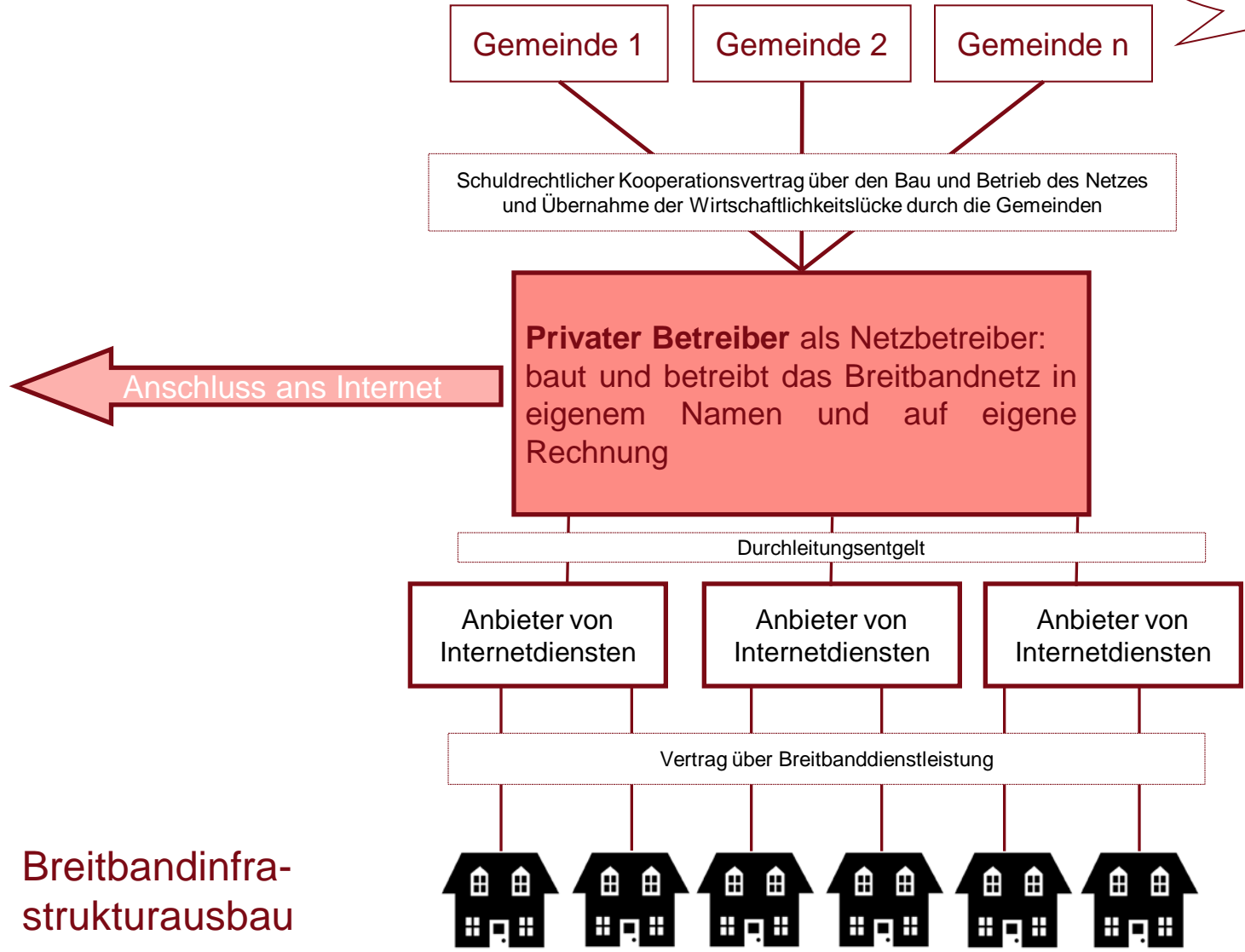
Organisationsmodelle



Organisationsmodelle

Privatwirtschaftliches Modell

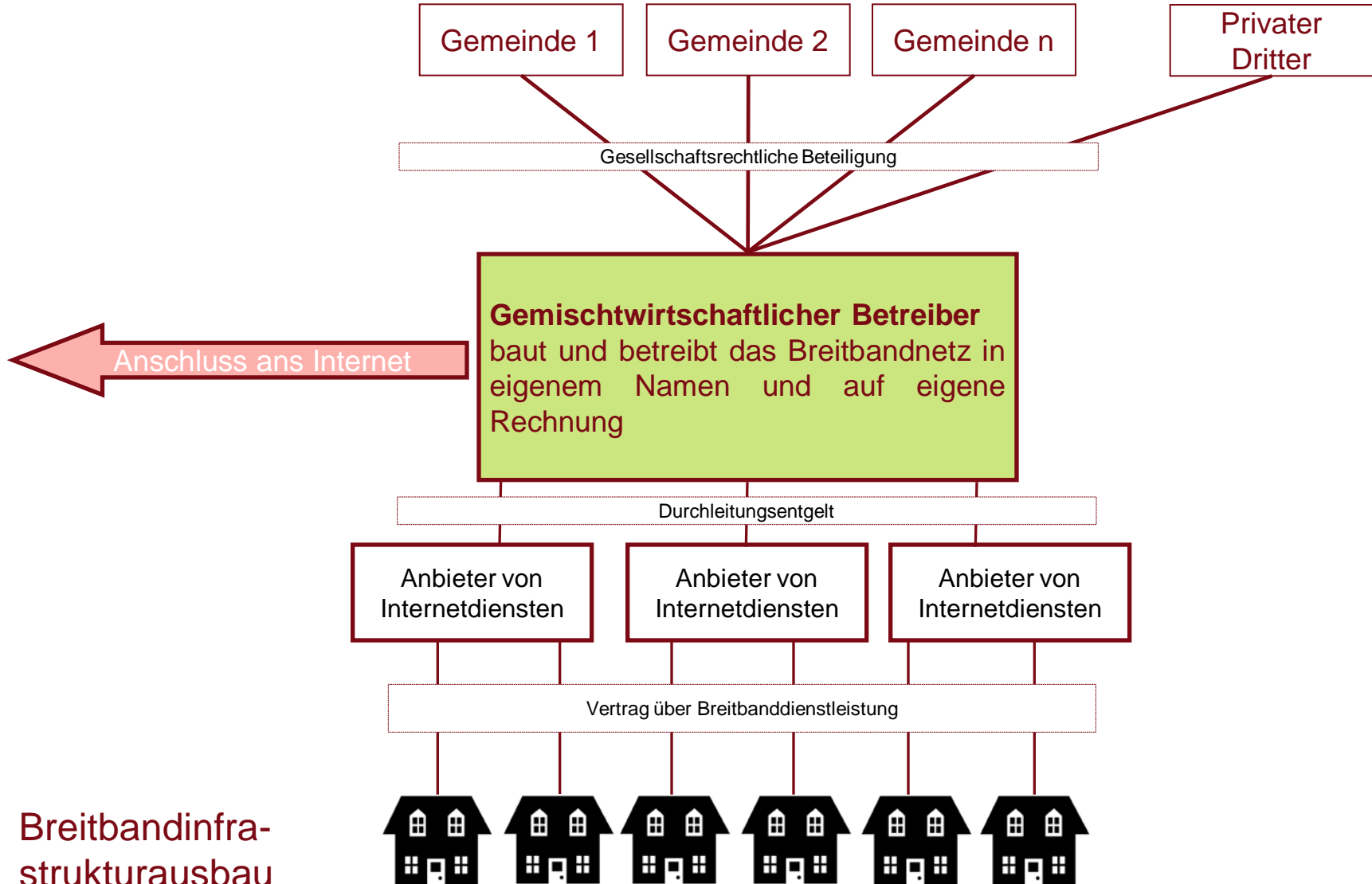
In welcher Rechts-/ Organisationsform?



Breitbandinfrastrukturausbau

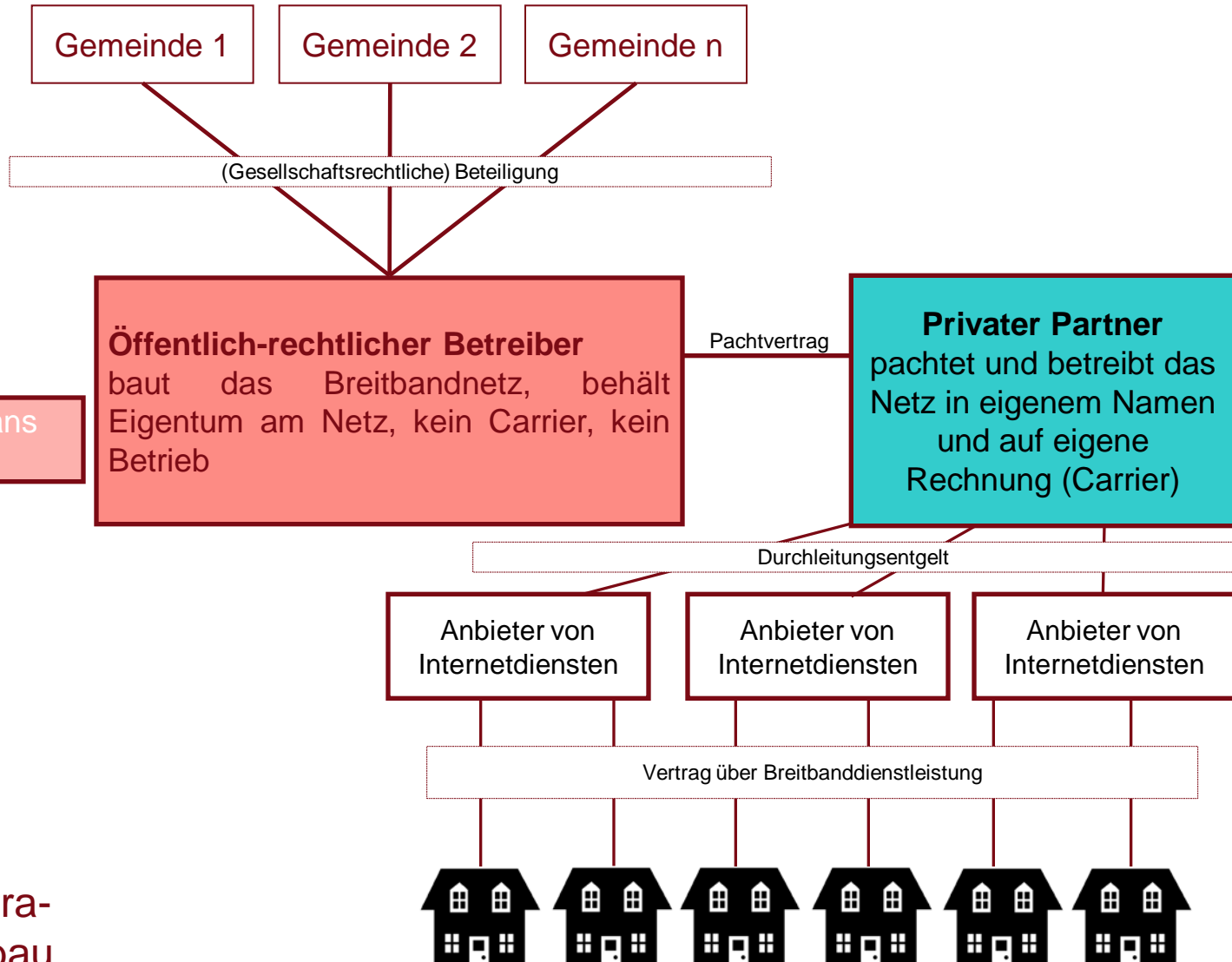
Organisationsmodelle

Gemischtwirtschaftliches Modell



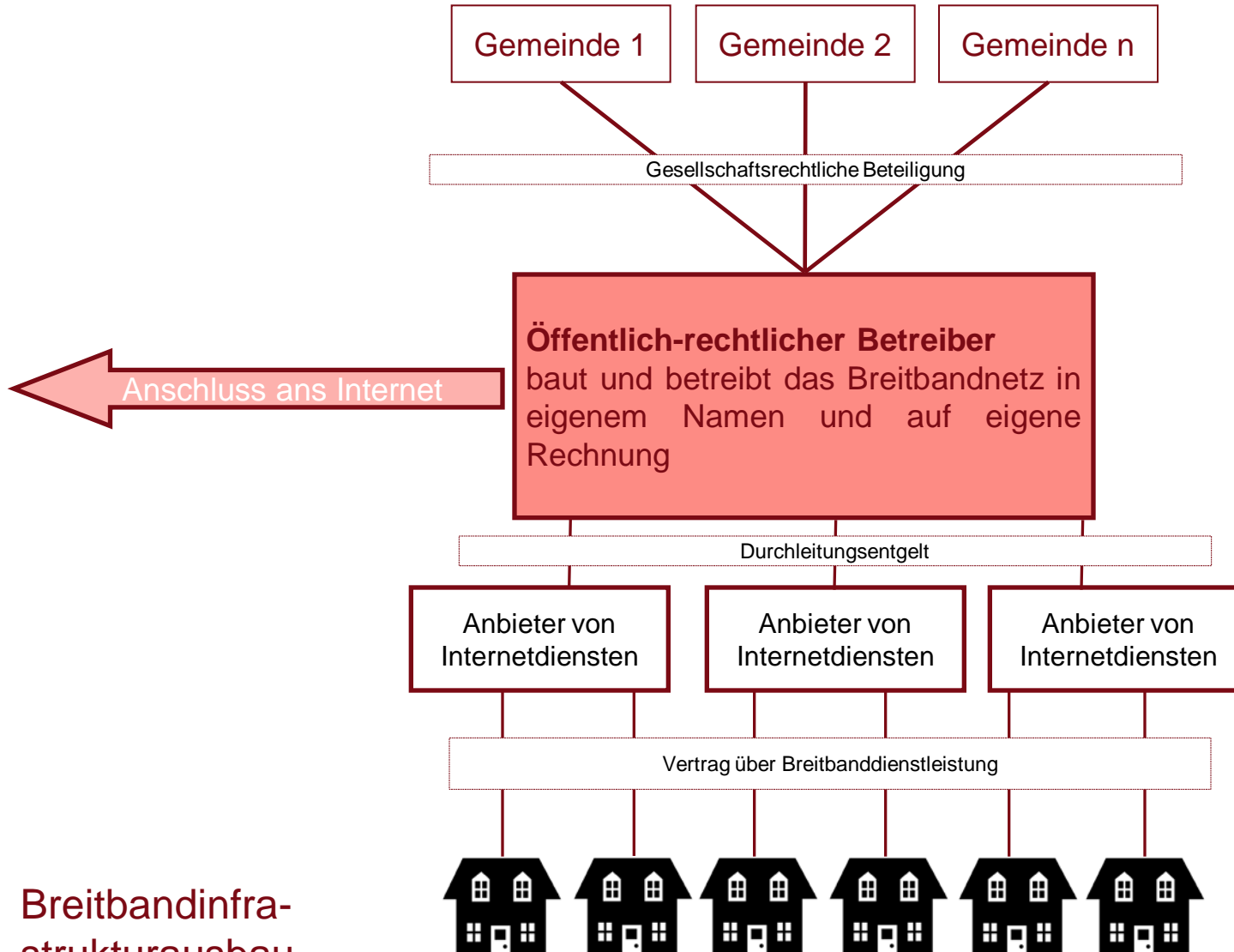
Organisationsmodelle

Öffentlich-rechtliches Modell (1)



Organisationsmodelle

Öffentlich-rechtliches Modell (2)



Breitbandinfra-
strukturausbau

Kommunalrecht:

- Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung sind anzuwenden (§§ 107 ff. GO NW)
- Besondere Vorgaben für die Gründung oder Beteiligung an einer Gesellschaft bzw. an einem Unternehmen in Privatrechtsform zu beachten, insb.
 - Beschränkung der Haftung der Gemeinde
 - Sicherstellung eines angemessenen Einflusses
- Anzeigepflicht bzgl. wirtschaftlicher Betätigungen der Kommunen gegenüber der Kommunalaufsichtsbehörde

Vertragsgestaltung zwischen Gemeinden und Dienstleister

Vertragsstruktur ist abhängig vom gewählten Organisationsmodell:

Stets:

Vertrag über die Erbringung von Breitbanddienstleistungen,
der u.a. enthalten muss: Ausbaugebiet, Nutzungsbandbreite, Netzqualität,
Festschreibung der maximalen monatlichen Gebühren für Telefon- und Internetflat
von z.B. maximal 50 € brutto pro Monat für Privathaushalte, Leistungen der
Kommune etc.

Privatwirtschaftliches Modell:

schuldrechtlicher
Kooperationsvertrag

Gemischtwirtschaft- liches Modell:

Gesellschaftsvertrag

Öffentlich-rechtliches Modell:

Gesellschaftsvertrag
Ggf.: Pacht- und
Betreibervertrag

Agenda

Zu beachtende Rechtsbereiche auf dem Weg zur flächendeckenden Versorgung:

- Organisationsmodelle aus steuerlicher und rechtlicher Sicht
- Förderprogramme
- Ausschreibungsverfahren
- EU-beihilferechtliche Aspekte

Nationale und europäische Förderinstrumente zur flächendeckenden Versorgung mit Breitbandzugängen in Deutschland

❖ Grundsatz aller öffentlichen Förderprogramme:

Der Markt kann selbst keine Versorgung mit Breitbandzugang zu marktkonformen Entgelten herstellen

❖ Grundsätzliche Basis der Förderung:

sogenannte „Wirtschaftlichkeitslücke“ => jene Investitionskosten für Breitbandanschlüsse, die sich in der Wirtschaftlichkeitsberechnung der Netzbetreiber bei marktkonformen Endkundenpreisen für die Nutzer nicht decken lassen

Nationale und europäische Förderinstrumente zur flächendeckenden Versorgung mit Breitbandzugängen in Deutschland

Typischer Ablauf für Erlangung der Breitbandförderung:

- Nachweis der unzureichenden Breitbandversorgung unter Berücksichtigung der Ausbauabsichten der Netzbetreiber
- Bedarfsermittlung, aufgeschlüsselt nach beruflicher und privater Nutzung
- Nachweis, dass kein potentieller Netzbetreiber Breitbanddienste ohne Zuschuss anbietet (Marktversagen)
- Nachweis der Veröffentlichung des offenen Verfahrens zur Auswahl eines geeigneten Netzbetreibers (Amtsblatt oder Website)
- Ergebnis des Auswahlverfahrens mit plausibler Begründung des Zuschussbedarfs durch den ausgewählten Netzbetreiber
- Vergabevermerk, in dem die Endkundepreise dargestellt sind => angestrebt werden Endnutzerpreise ähnlich wie in nicht geförderten Gebieten

Nationale und europäische Förderinstrumente zur flächendeckenden Versorgung mit Breitbandzugängen in Deutschland

❖ Mittel aus der Gemeinschaftsaufgabe (Art. 91a Abs. 1 Nr. 2 GG) „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ (GAK)

- besteht seit 2008
- agrarstrukturellen Bezug
- richtet sich an ländliche Gebiete, die bisher nicht mit Breitbandinternet bzw. mit < 2 Mbit/s versorgt sind
- Bezuschussung von Investitionskosten in den Breitbandzugang
- Förderart: Zuschuss
- Förderhöhe: insgesamt beschränkt auf 500.000 € pro Einzelvorhaben
- Antragsteller: Gemeinde/Gemeindeverbände

Die Förderung der allgemeinen ländlichen Entwicklung ist – befristet - von der Kommission beihilferechtlich genehmigt worden (EU-Kommission, Staatliche Beihilfe N 115/2008 -- Deutschland, Breitbandversorgung ländlicher Räume in Deutschland, E. v. 2.7.2008, K(2008)3157 endg.).

Nationale und europäische Förderinstrumente zur flächendeckenden Versorgung mit Breitbandzugängen in Deutschland

❖ Förderung von Breitbandanschlüssen für Gewerbebetriebe im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe (Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG) „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ (GWR)

- gerichtet auf die Anbindung von Gewerbegebieten und Unternehmen ans Netz bzw. an den nächsten Knotenpunkt; förderfähig sind Anschlusskosten
- Förderung beträgt in der Regel bis zu 60 % der Wirtschaftlichkeitslücke, bei besonderen Voraussetzungen bis zu 90 %
- Möglich auch im Rahmen der gewerblichen Investitionsförderung der Breitbandzugang einzelner Unternehmen, wenn er im Zusammenhang mit einer Investition erfolgt, die neue Arbeitsplätze schafft bzw. vorhandene sichert.
- Förderung auf strukturschwache Regionen begrenzt und erfolgt nur im GWR-Fördergebiet => Hagen (Fördergebietskategorie D)
- Antragsteller: Gemeinden und Gemeindeverbände (Infrastrukturförderung), gewerbliche Unternehmen (gewerbliche Investitionsförderung)

Nationale und europäische Förderinstrumente zur flächendeckenden Versorgung mit Breitbandzugängen in Deutschland

❖ EU-Projekt „ESTIIC“ im Programm INTERREG IIC

- Förderung von Vorhaben zur Bewerbung innovativer Breitbandanwendungen sowie Projekte zur Weiterentwicklung regionaler Breitband-Strategien (Initiative Breitband NRW)

❖ Europäischer Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER) – Förderperiode 2007 - 2013

- bieten den Gemeinden unterschiedliche Fördermöglichkeiten für Breitbandtechnologien im ländlichen Raum
- Gemeinden können die ELER-Mittel auch zur Kofinanzierung der GAK-Maßnahmen nutzen

❖ Förderung aus dem Europäischen Fonds für Regionale Entwicklung (EFRE)

- Gefördert werden Maßnahmen im Unternehmensbereich und zur Schaffung von Beschäftigung
- Förderperiode 2007 - 2013

Fördergrundlagen für Breitbandlösungen in Nordrhein-Westfalen

- NRW hat im Rahmen des GAK eine besondere Breitbandrichtlinie erlassen (Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung der Breitbandversorgung ländlicher Räume, RdErl. II-6-0288.22900 v. 15.8.2008 in der Fassung der Änderung vom 22.5.2009, veröffentlicht im MBl. S. 357).
- Zuwendungsempfänger der Programme sind Kommunen und Kreise.
- Förderfähig sind kommunale Zuschüsse – keine Vollförderung - an private oder u.U. auch kommunale Netzbetreiber, die Verlegung leitungsgebundener Infrastruktur bzw. die Errichtung funkbasierter Netzinfrastrukturelemente sowie vorbereitende Aufwendungen.
- Förderziel der Zuwendungen über die o.g. Richtlinie ist nicht die Breitbandversorgung von Gewerbegebieten => hierfür ist der Erlass des MWME NRW vom 08.01.2009, in der Fassung vom 28.08.2009 – Infrastrukturrichtlinie – einschlägig.
- Leitfaden zur Umsetzung der Breitbandförderung aufgrund der RWP-*Infrastrukturrichtlinie* vom 17.09.2009 - konzipiert als Orientierungshilfe und Handreichung für die Antragssteller und Bewilligungsstellen

Breitbandförderung mit dem Zukunftsinvestitionsgesetz

- Erweiterung durch **Konjunkturpaket II** (Zukunftsinvestitionsgesetz)
 - Fördervolumen des Bundes: insgesamt 10 Milliarden Euro
 - Gesamtmittel von Bund und Land für NRW: 2. 844 586 666 Euro
 - Aufschlüsselung: 65 % Bildung / 35 % Infrastruktur
 - In NRW stellt das Land den Kommunen für den Investitionsschwerpunkt Infrastruktur - 995 Mio. pauschal zur Verfügung (Gemeinsame Erklärung von Ministerpräsident Dr. Jürgen Rüttgers u.a. v. 30.1.2009, Bündnis zur Umsetzung des Zukunftsinvestitionsgesetzes, Nr. 3, 5). Die Mittel werden den Kommunen dort in Anlehnung an die üblichen Schlüssel zugewiesen, sodass die Breitbandförderung in den örtlichen Willensbildungsprozessen mit anderen Infrastrukturprojekten konkurrieren muss.

Übergreifender Lösungsansatz: Breitbandversorgung als Universaldienstleistung

- Vorbild: Universaldienstleistungskonzeption des TKG
- Telekommunikationsdienstleistungen, die flächendeckend bereitgestellt werden müssen, sind in § 78 Abs. 2 TKG als Universaldienstleistungen definiert.
- Der Zugang zum breitbandigen Internet ist derzeit nicht Teil dieser Universaldienstleistungsverpflichtung. Seine Aufnahme in den Pflichtenkanon bedürfte eines Gesetzgebungsverfahrens.
- Als Finanzierungsmodus sehen die §§ 78 ff. TKG die Möglichkeit der Anordnung eines Umlageverfahrens unter den Telekommunikationsunternehmen vor.
- Von dieser Regelung ist bisher in der Bundesrepublik kein Gebrauch gemacht worden.

Agenda

Zu beachtende Rechtsbereiche auf dem Weg zur flächendeckenden Versorgung:

- Organisationsmodelle aus steuerlicher und rechtlicher Sicht
- Förderprogramme
- Ausschreibungsverfahren
- EU-beihilferechtliche Aspekte

Vorschriften des (Kartell-)Vergaberechts

- ❖ **§§ 97 ff. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 23.4.2009 - GWB 2009 - in Kraft getreten am 24.4.2009 – (BGBl. 2009, Teil I, S. 790)**
- ❖ **Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S.169), zuletzt geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 23. September 2009 (BGBl. I S. 3110)**
- ❖ **Schwellenwerte für EU-Vergaben:**
 - **Bauleistung:** 4,845 Mio. Euro (bis zum 31.12.2009: 5,150 Mio. Euro)
 - **für Dienstleistungs- und Lieferaufträge:** 193 000 Euro (bis zum 31.12.2009: 206 000 Euro)
 - **für Dienstleistungs- und Lieferaufträge im Sektorenbereich** (Energie-, Trinkwasserversorgung und Verkehr): 387 000 Euro (bis zum 31.12.2009: 412 000 Euro)

Einzelne Rechtsfragen im Rahmen des EU-Vergabeverfahrens

❖ **Auftragsgegenstand: Konzession oder Auftrag?**

- **Konzession:** (Dienstleistungs- oder Baukonzession)
 - Unternehmer trägt im Wesentlichen die mit der Bau-/Dienstleistung verbundenen Risiken
 - Als Gegenleistung erhält der Unternehmer das Recht seine eigene Leistung zu nutzen/ entgeltlich zu verwerten
- **Auftrag:** (Dienstleistungs- oder Bauauftrag)
 - Gemeinde übernimmt die gesamten Investitionskosten oder ggf. die Deckungslücken (ganz oder teilweise) Gemeinde trägt (zumindest teilweise) das wirtschaftliche Risiko

❖ **Auftragsgegenstand: Bauleistung oder Dienstleistung?**

- **Abzustellen auf den Schwerpunkt der Leistung**
- **Faustregel: Wenn Betrieb durch Bieter vorgenommen wird: Dienstleistung!**

Vorschriften des nationalen Vergaberechts

- ❖ Bei Unterschreitung der EU-Schwellenwerte gelten für öffentliche Auftraggeber die Vorschriften des nationalen Vergaberechts.
- ❖ Das Bundeskabinett hat am 27.01.2009 zur Beschleunigung von Investitionen beschlossen, die Vergabeverfahren des Bundes für die Jahre 2009 und 2010 zu vereinfachen.
- ❖ Dies soll bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte im Wesentlichen durch die vereinfachte Möglichkeit zur Durchführung Beschränkter Ausschreibungen und Freihändiger Vergaben erfolgen. Hierzu kann ohne weitere Begründung vom grundsätzlichen Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung, also nicht nur in den in den §§ 3 VOL/A, 3 VOB/A, 5 VOF genannten Fällen, abgewichen werden.

Vorschriften des nationalen Vergaberechts

- ❖ Folgende Wertgrenzen, bei denen es sich um Netto-Beträge handelt, wurden vom Bund vorgegeben:

Für Bauleistungen: beschränkte Ausschreibung 1 Million Euro;
freihändige Vergabe 100.000 Euro

Für Dienst- und Lieferleistungen: freihändige Vergabe und beschränkte Ausschreibung 100.000 Euro.

- ❖ Die Kostengrenzen für „kleine Baumaßnahmen“ des Bundes sowie Zuwendungsmaßnahmen, unterhalb derer ein vereinfachtes Verfahren möglich ist, werden für 2 Jahre von 1 Mio. Euro auf 5 Mio. Euro angehoben, VV Nr. 1.3 zu § 24 BHO

Vorschriften des nationalen Vergaberechts

- ❖ Das Landeskabinett Nordrhein-Westfalen hat bereits am 3.2.2009 die Vereinfachung des Vergaberechts entsprechend den Wertgrenzen des Bundes beschlossen.
- ❖ Der Erlass nimmt Bezug auf Ziffer 7 des Runderlasses des Innenministeriums vom 22.03.2006 – Kommunale Vergabegrundsätze -.
- ❖ Die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz sowie der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bleiben unberührt.
- ❖ Die Vereinfachungen im Vergaberecht gelten, befristet bis zum 31.12.2010, für sämtliche Auftragsvergaben der Kommunen.

Beachtung der vergaberechtlichen Vorgaben des Bewilligungsbescheides

Bewilligungsbescheid: Verweis auf Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest):

- Bewilligungsbescheid enthält aus haushaltsrechtlichen Gründen einen Verweis auf vergaberechtliche Bestimmungen
- Grund: haushaltsrechtlicher Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, nicht Teil des Vergaberechts
-
- Teil der Verwaltungsvorschriften zu § 44 Bundeshaushaltsordnung bzw. den § 44 Haushaltsordnungen der Länder (Zuwendungsrecht)
- Rechtliche Verbindlichkeit über Bewilligungsbescheid (als verwaltungsrechtliche Nebenbestimmung)

Was ist bei der Auswahl eines Breitbandanbieters nach den Vorschriften des Vergaberechts zu berücksichtigen?

Projektauswahl durch Vergabeverfahren (1. Stufe): Wesentliche Grundsätze

- Veröffentlichung der geplanten Fördermaßnahme durch die Kommune im Amtsblatt der EU bzw. Amtsblatt der Kommune
- Transparentes Vergabeverfahren
 - Sinnvoll: Verhandlungsverfahren mit (vorheriger) öffentlicher Vergabebekanntmachung und Teilnahmeantrag
 - technologie- und anbieterneutrale Ausschreibung
 - Dienstleistung: Bereitstellung eines Standardbreitbandanschlusses (Downstream - Übertragungsrate von mind. 1 MBit/s) für private/gewerbliche Nutzer
 - Technische Anforderungen werden in Projektbeschreibung ausführlich spezifiziert
 - Preisbildung: Endnutzerpreise werden i.R.d. Auswahlverfahrens festgelegt
 - Laufzeit: höchstens 5 Jahre

Was ist bei der Auswahl eines Breitbandanbieters nach den Vorschriften des Vergaberechts zu berücksichtigen?

- Die Angebote zur Realisierung des Modellprojektes sollten mindestens enthalten:
 - Angaben zur zukünftig verfügbaren Bandbreite
 - Endkundenkonditionen (monatliches/einmaliges Entgelt, Vertragslaufzeiten, Angaben zum Produkt)
 - Darstellung von Lösungen für Gewerbetreibende und ggf. Landwirte inkl. Konditionen
 - Angaben zur Projektrealisierung (Beginn, Dauer, Prioritäten und Reihenfolge des Ausbaus)
 - Bezifferung der Wirtschaftlichkeitslücke
 - Gewährt Bewerber offenen (d.h. diskriminierungsfreien) Zugang zu seiner (Netz-) Infrastruktur?
- Zuschlagserteilung auf „wirtschaftlichstes Angebot“, d. h. auf dasjenige, welches die geringste Wirtschaftlichkeitslücke aufweist
- Monitoring: Überprüfung des Projektes durch Bewilligungsbehörde, u. a. nach Maßgabe des nationalen Haushaltsrechtes

Agenda

Zu beachtende Rechtsbereiche auf dem Weg zur flächendeckenden Versorgung:

- Organisationsmodelle aus steuerlicher und rechtlicher Sicht
- Förderprogramme
- Ausschreibungsverfahren
- EU-beihilferechtliche Aspekte

Beihilferecht:

- ❖ Art. 107 AEUV: staatliche Beihilfen sind verboten
- ❖ Förderung bestimmter Unternehmen im Rahmen der Breitbandversorgung stellt grundsätzlich eine staatliche Beihilfe dar => Notifizierungspflicht!
- ❖ Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung der Breitbandversorgung ländlicher Räume, RdErl. des Ministeriums für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, II-6-0228.22900 vom 14.08.2008 -> Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ (durch die EU-Kommission notifiziert)
- ❖ Beihilfehöchstsatz nach Kommissions-Entscheidung K(2008) 3157 endgültig EUR 500.000,00 ab 2010

Beihilferecht:

- **Infrastrukturrichtlinie, RdErl. des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Energie, 312-31-01 vom 08.01.2009 -> Verweis auf EU-Regelungen und nationale Förderprogramme**
- **Leitlinien der EU-Kommission zur beihilferechtlichen Bewertung der Förderung des Breitbandausbaus (ABl. EU 2009 Nr. C 235, S. 7 ff.):**
 - **Beihilfefreie Szenarien (Altmark Trans-Kriterien)**
 - **Vereinbarkeit der staatlichen Beihilfe nach De-minimis-Verordnung bzw. durch Einordnung als Kleinbeihilfe im Rahmen der Konjunkturpakete**
 - **Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV**
 - **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**
 - **Unterteilung der Fördergebiete in weiße, graue und schwarze Flecken**
 - **Förderung Breitbandversorgung/Ausbau von NGA-Netzen**

Fragen?

Susanne Blask
Rechtsanwältin

Tel.: +49 211 / 981 – 47 47
susanne.blask@de.pwc.com

© 2009 PricewaterhouseCoopers. All rights reserved. PricewaterhouseCoopers refers to the German firm PricewaterhouseCoopers AG WPG and the other member firms of PricewaterhouseCoopers International Limited, each of which is a separate and independent legal entity.