

Prof. Dr. Christian Koenig und Carl Prior*

Zu den EU-beihilferechtlichen Anforderungen an Eigenausbauansagen im Markterkundungsverfahren bei der Förderung des Breitbandausbaus

Neben haushaltsrechtlichen Anforderungen definieren EU-beihilferechtliche Kompatibilitätsanforderungen die Zulässigkeit von Förderungen des Breitbandausbaus durch Telekommunikationsunternehmen. Denn staatliche Fördermaßnahmen können EU-beihilferechtlich grundsätzlich nur dann zulässig sein, wenn eine Erschließung unterversorgter Gebiete („weiße Flecken“) nicht durch den Markt selbst erfolgt. Die geplante privatwirtschaftliche Investitionstätigkeit ist vorab in einem Markterkundungsverfahren zu ermitteln. Genügen die im

Rahmen des Markterkundungsverfahrens getätigten Eigenausbauansagen nicht den formalen und inhaltlichen Verfahrensvorgaben, ist die Ermittlung der geplanten privatwirtschaftlichen Investitionstätigkeit erschwert. Werden formal oder inhaltlich mangelbehaftete Eigenausbauansagen tatsächlich umgesetzt, kann die Ex-post-Versorgungslage von der Ex-ante-Einschätzung der Bewilligungsbehörde abweichen. Dieser

* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten.

Beitrag behandelt die EU-beihilferechtlichen Maßgaben für eine Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen einer Ex-ante- und Ex-post-Perspektive zur Berücksichtigung von Eigenausbauansagen privater Investoren im Markterkundungsverfahren.

I. Ausgangslage bei der Bund-Länder-Koförderung

Bisweilen stellt sich bei formal oder inhaltlich mangelbehafteten Eigenausbauansagen die Frage, ob diese nach detaillierter Auswertung des Markterkundungsverfahrens im Zuge der Projektgebietsdefinition unberücksichtigt gelassen werden können.

Einzelne Telekommunikationsunternehmen verweisen in ihren Rückantworten auf die individuelle Aufforderung zur Stellungnahme zu Eigenausbauplanungen in Förderzielgebieten hinsichtlich der bestehenden Versorgungslage (Ist-Versorgung) lediglich auf den Infrastrukturatlas des Bundes, anstatt etwa adressengau die Lage der aufzurüstenden Hauptverteiler (HVt) mitzuteilen. Abgesehen davon wird zwar ein eigenwirtschaftlicher Breitbandausbau in Projektgebieten in Aussicht gestellt. Auch werden Meilensteinpläne vorgelegt, welche die Ausbauplanung für den Zeitraum von einem Jahr festsetzen und für diesen Zeitraum Planung, technische Realisierung und Inbetriebnahme eines Netzes pauschaliert in drei zeitlich unterteilten Projektschritten darstellen. Diese Angaben enthalten jedoch keine konkreteren Daten, insbesondere Terminangaben für einzelne Bauabschnitte und die vertragliche Darlegung im Meilensteinplan, dass Investitionen innerhalb von 12 Monaten auch tatsächlich anlaufen werden. Auf Nachfrage hin ergänzen die Telekommunikationsunternehmen dann ihre Eigenausbauansagen teilweise, etwa durch Erklärungen, dass Kabelverzweiger (KVz) in den nächsten drei Jahren bzw. binnen eines Jahres mit Glasfaser angebunden und mit VDSL- oder „Vectoring“-Technik ausgebaut bzw. ertüchtigt werden sollen. Unterlegt wird dies durch Tabellen, die adressgenaue, georeferenzierte Daten mit Mindestbandbreiten zu den Kabelverzweigern und Hausanschlüssen (Abschlusspunkt Linientechnik, APL) ausweisen. Konkretere Daten wie spezielle Einzelgeschäftspläne und bestimmte Finanzierungszusagen werden nicht vorgelegt. Bleiben deswegen bei der weiteren Planung des Fördervorhabens, bei den dazu gebotenen Ausschreibungen zur Auswahl des Letztzuwendungsempfängers durch die kommunale Gebietskörperschaft und bei den Anträgen gegenüber den Zuwendungsgebern Bund und Land diese Eigenausbauansagen unberücksichtigt – auch wenn der Eigenausbau tatsächlich erfolgt –, stellt sich die Frage, inwieweit die Nichtberücksichtigung mangelbehafteter Eigenausbauansagen EU-beihilferechtlich zulässig ist.

II. Verlauf der Bewilligungsverfahren im Rahmen der Breitbandförderung

Das (Bundes-) Bewilligungsverfahren zur Förderung des Breitbandausbaus in weißen Flecken verläuft nach den Vorgaben der Richtlinie zur flächendeckenden Versorgung mit Anschlüssen der nächsten Generation („Next Generation Access“, NGA), der sog. NGA-Richtlinie,¹ in einem Zusammenspiel zwischen der atene KOM GmbH als beliehener Bewilligungsbehörde auf Bundesebene, den jeweiligen zuständigen Landesbewilligungsbehörden und den kommunalen Gebietskörperschaften als Ausbauträger auf operativer Ebene.²

Regelmäßig nach erfolgter Markterkundung – spätestens jedoch vor Durchführung des Auswahlverfahrens – richtet die kommunale Gebietskörperschaft einen Förderantrag an die Bundesbewilligungsbehörde.³ Dem Förderantrag wird bei Förderfähigkeit zunächst dem Grunde nach verbindlich

stattgegeben.⁴ Da die Bundesförderung eine Anteilsfinanzierung mit einem fünfzigprozentigem Basisfördersatz ist,⁵ ist die Kernentscheidung hierbei insbesondere die Festlegung des Fördersatzes. Die konkrete Förderhöhe der zuwendungsfähigen Ausgaben hingegen wird lediglich vorläufig beschieden (Erstbescheid). Dem Land kommt dabei die Funktion als notwendiger Kofinanzierer zu. Denn Zuwendungen dürfen nur gewährt werden, wenn die Gesamtfinanzierung des Vorhabens gesichert ist und die kommunale Gebietskörperschaft als Zuwendungsempfänger schon bei der Antragstellung erklärt hat, ob und inwieweit weitere Fördermittel, also des Landes, in Frage kommen und/oder beantragt werden.⁶

Bei Beantragung des endgültigen Bewilligungsbescheides (Zweitbescheid) durch die kommunalen Gebietskörperschaften nach Durchführung und auf Basis des Auswahlverfahrens zur Ermittlung des zu fördernden Telekommunikationsunternehmens⁷ und der Konkretisierung der Förderhöhe⁸ ist der Bundesbewilligungsbehörde ein Finanzierungsplan vorzulegen, welcher dann konkret die gesicherte Gesamtfinanzierung des Vorhabens ausweist.⁹

Die kommunalen Gebietskörperschaften erlassen ihrerseits (als Telekommunikationsunternehmensbewilligungsbehörden) nach Erhalt des endgültigen Zweitbescheides der Bundesbewilligungsbehörde und des Landesfördermittelbescheides den an das zu fördernde Telekommunikationsunternehmen zu richtenden Bewilligungsbescheid zur Förderung in der endgültigen Höhe (Telekommunikationsunternehmensbewilligungsbescheid). Dabei handelt es sich um ein zweites Zuwendungsrechtsverhältnis als eigenständiges Verwaltungsverfahren i. S. v. § 9 VwVfG mit einer eigenständigen, weiteren Zuwendungsentscheidung.¹⁰ Zwar ließe sich nach dem Wortlaut von Ziff. 4.3 der NGA-Richtlinie auch annehmen, dass die Kommunen als Zuwendungsempfänger der Bundesförderung die Zuwendung an Dritte weitergeben, die Telekommunikationsunternehmen also bereits in das Zuwendungsverfahren Bund – Kommune einbezogen sind. Auch wäre dies haushaltsrechtlich unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Die Kommunen geben jedoch die Zuwendungen nicht einfach weiter, sondern müssen sie mit eigenen Haushaltsmitteln ergänzen.¹¹ Ohne eine eigenständige Zuwendungsentscheidung wäre die haushaltsrechtliche Grundlage der Auszahlung kommunaler Mittel unklar. Die Kommunen sind daher Zuwendungsempfänger der Landes- und Bundesförderung und zugleich Zuwendungsgeber gegenüber den Telekommunikationsunternehmen als eigentlichen EU-beihilferechtlich Begünstigten.¹² Durch diese vom Bund vorgegebene Zwischenschaltung der Kommunen entsteht eine Zuwendungskaskade, wobei beide Zuwendungsebenen EU-beihilferechtlich relevant sind. Ebenso wie Bund und Land dürfen auch die Kommunen

1 Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI), Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland“ v. 15.11.2018, im Folgenden: „NGA-Richtlinie“.

2 BMVI, NGA-Richtlinie (Fn. 1), Ziff. 8 sowie Präambel, S. 4. Es handelt sich grundsätzlich um eine Förderung von Gigabitnetzen, vgl. BMVI, NGA-Richtlinie (Fn. 1), Ziff. 5.1; zum Bundesförderprogramm generell siehe auch Knapp, N&R 2017, 199.

3 BMVI, NGA-Richtlinie (Fn. 1), Ziff. 8. B 1.

4 BMVI, NGA-Richtlinie (Fn. 1), Ziff. 8. C 4.

5 BMVI, NGA-Richtlinie (Fn. 1), Ziff. 6.

6 BMVI, NGA-Richtlinie (Fn. 1), Ziff. 5.3.

7 Zur Förderung eines Betreibermodells siehe BMVI, NGA-Richtlinie (Fn. 1), Ziff. 8. C 4.

8 Zu beachten ist, dass sich die exakte Höhe der Wirtschaftlichkeitslücke erst nach siebenjährigem Betrieb der Anlage feststellen lässt, vgl. hierzu etwa BMVI, NGA-Richtlinie (Fn. 1), Ziff. 8. G.

9 BMVI, NGA-Richtlinie (Fn. 1), Ziff. 7.1.

10 Insofern nicht eindeutig dazu: Knapp, N&R 2017, 199, 201.

11 Eigenmittelbeitrag, vgl. BMVI, NGA-Richtlinie (Fn. 1), Ziff. 6.6.

12 BMVI, NGA-Richtlinie (Fn. 1), Ziff. 4.2.

eine Zuwendung nur dann gewähren, wenn als wesentliche EU-beihilferechtliche Kompatibilitätsvoraussetzung ein weißer Fleck vorliegt.

III. Das Primat eines unverzögerten Ausbaus in weißen NGA-Flecken aufgrund effektiver Markterkundungsverfahren

1. Zur Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen einer Ex-ante- und Ex-post-Perspektive nach Maßgabe der Breitbandleitlinien

Vorgaben zur Ermittlung der geplanten privatwirtschaftlichen Investitionstätigkeit und damit zur Feststellung eines weißen Fleckes als wesentlicher Fördervoraussetzung im Rahmen des Markterkundungsverfahrens trifft die Kommission in Rn. 63 bis 65 bzw. Fußnote 80 ihrer Breitbandleitlinien.¹³ Im Hinblick auf den normativen Stellenwert der Breitbandleitlinien gilt Folgendes: Leitlinien und Gemeinschaftsrahmen haben zwar nicht den Charakter von Rechtsvorschriften i. S. v. Art. 288 AEUV (wie Verordnungen oder Richtlinien), sie entfalten aber in der Praxis des EU-Beihilferechts aufgrund der Selbstbindung der Kommission bei ihrer Ermessensausübung im Rahmen der Vereinbarkeitskontrolle nach Art. 107 Abs. 3 AEUV eine Quasiverbindlichkeit.¹⁴

Nach den Vorgaben der Breitbandleitlinien ist zu überprüfen, ob private Investoren konkret planen, Breitbandinfrastruktur in einem Zeitraum von drei Jahren auszubauen (Rn. 63). Dazu sollte die Bewilligungsbehörde eine Zusammenfassung des Beihilfevorhabens veröffentlichen und potentiell ausbauwillige Marktteilnehmer zur Stellungnahme auffordern (Rn. 64). Um der Gefahr der Verzögerung privatwirtschaftlich erbrachter Ausbaumaßnahmen entgegenzuwirken, sehen die Breitbandleitlinien die Möglichkeit für die Bewilligungsbehörde vor, „bestimmte Zusagen“ – bloße „Interessensbekundungen“ reichen nicht aus – von ausbauwilligen Privatinvestoren zu verlangen (Rn. 65). Des Weiteren ist die Bewilligungsbehörde ermächtigt, mit dem Breitbandausbau verbundene Verpflichtungen vertraglich innerhalb eines Meilensteinplanes niederzulegen.

Aus diesen Vorgaben der Breitbandleitlinien ergibt sich zunächst in einem ersten Schritt, dass die Breitbandleitlinien – den allgemeinen EU-beihilferechtlichen Bewertungsgrundsätzen folgend – auf die Ex-ante-Perspektive¹⁵ abstellen. Denn durch die Vorabfestlegung eines Meilensteinplanes werden maßgeblich die danach zu erreichenden privatwirtschaftlichen Ausbaumaßnahmen berücksichtigt. Der Meilensteinplan sichert daher die Erwartung an eine privatwirtschaftliche Erschließung ab. Werden Meilensteine nicht erreicht oder kommt es erst gar nicht zur Festlegung eines Meilensteinplanes und entsprechenden verpflichtenden Zusagen – etwa weil das betreffende Unternehmen eine geringe Kooperationsbereitschaft zeigt –, können Fördermaßnahmen trotz genereller privatwirtschaftlicher Investitionsbereitschaft ergriffen werden. Aus der Ex-ante-Perspektive ist die Erreichung des Ausbaus dann nämlich nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten. Der Maßstab einer an Sicherheit grenzenden Ausbauwahrscheinlichkeit wird in Rn. 65 der Breitbandleitlinien bestätigt („Mit diesen Zusagen sollte gewährleistet sein“).

Da potentiellen privaten Investoren keine Ausbaupflichtungen auferlegt werden, trifft diese aber eine Obliegenheit, der Bewilligungsbehörde im Markterkundungsverfahren ihren Eigenausbau glaubhaft zu machen, um staatliche Fördermaßnahmen abzuwenden. Die Erfüllung der Nachweisobliegenheiten liegt also im eigenen Interesse des privaten Investors, da

er so die (für ihn unerwünschte) staatliche Förderung von Wettbewerbern abwenden kann.

Da transparenten Förderplanungen im Hinblick auf einen schnellen und unverzögerten Breitbandausbau in weißen Flecken unionsrechtlich eine hohe Priorität zukommt (Rn. 66 der Breitbandleitlinien), privaten Investoren aber durch den Einwand ihrer Eigenausbauabsicht eine Verhinderungsoption dieser prioritären staatlichen Ausbauförderung in die Hand gelegt wird, sind im Rahmen des Markterkundungsverfahrens an die Nachweisobliegenheiten zur Glaubhaftmachung des Eigenausbaus durch diese Unternehmen hohe Transparenzanforderungen zu stellen. Private Investoren haben diesen Transparenzanforderungen (auch auf zusätzliches Verlangen der Bewilligungsbehörde) durch formalisierte und standardisierte Erklärungen und Zusagen zur Glaubhaftmachung, Konkretisierung oder Berichtigung der Eigenausbauansage *ratione temporis et materiae* präzise nachzukommen. Die Nichterfüllung dieser Obliegenheiten erlaubt dann grundsätzlich eine Umsetzung der geplanten staatlichen Fördermaßnahmen ungeachtet bestehender privatwirtschaftlicher Ausbaubestrebungen. Die Nachweisobliegenheiten für private Investoren entfalten im Markterkundungsverfahren insofern eine Anreizfunktion, als ihre Nichterfüllung Wettbewerbsnachteile durch staatliche Fördermaßnahmen zur Folge haben kann.

Eine drohende staatliche Förderung von Wettbewerbern diszipliniert grundsätzlich eigenausbauwillige Investoren zur Einhaltung der formellen und materiellen Anforderungen an Eigenausbauansagen nach Rn. 65 der Breitbandleitlinien praktisch wirksam jedoch nur, wenn die Rechtsordnung im Markterkundungsverfahren eine Nichtberücksichtigung unzureichender Eigenausbauansagen wegen Verletzung von Konkretisierungs- oder Berichtigungsobliegenheiten auch dann erlaubt, wenn sich *ex post* (also nach erfolgter Markterkundung und Projektplanung) herausstellt, dass sich die (unberücksichtigt gebliebenen) Eigenausbauansagen privater Investoren tatsächlich in beginnenden Ausbaumaßnahmen manifestieren.

Demgegenüber gilt nach allgemeinen EU-beihilferechtlichen Grundsätzen, die sich auch explizit in den ermessensausgestaltenden Breitbandleitlinien auf Kompatibilitätsebene wiederfinden, der Vorrang privatwirtschaftlichen Ausbaus zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch einen staatlich geförderten Überbau privater Infrastrukturinvestitionen. So betont insbesondere die einleitende Rn. 4 der Breitbandleitlinien die eine *ex ante* und *ex post* anmahnde Ausgleichsperspektive zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch einen staatlich geförderten Überbau privater Infrastrukturinvestitionen. Mithin darf der Rechtsfigur der Obliegenheit mit ihrer Anreizfunktion keine absolute, vielmehr lediglich eine relative Geltung im Rahmen einer sorgfältigen Einzelfallabwägung zwischen dem Leitlinientelos des schnellen (nicht durch unzureichende Eigenausbauansagen verzögerten) Breitbandausbaus einerseits und dem Vorrang privatwirtschaftlicher Investitionen andererseits eingeräumt werden. Hierzu ist das innerstaatliche Bewilligungsverfahren

13 Kommission, Mitteilung „Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau“, ABL EU 2013 C 25 1, im Folgenden: „Breitbandleitlinien“.

14 Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2. A., 2005, Rn. 6; Lübbig/Martin-Ehlers, Beihilfenrecht der EU, 2. A., 2009, Rn. 38 ff.; Rusche, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 5. A., 2016, Art. 107 Abs. 3 AEUV Rn. 9 ff.

15 In Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung von Art. 107 Abs. 1 AEUV siehe etwa: EuGH, ECLI:EU:C:2002:294, Rn. 71 f. (Urt. v. 16.5.2002 – Rs. C-482/99) – Frankreich/Kommission; ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 85, 105 (Urt. v. 5.6.2012 – Rs. C-124/10) – Kommission/EDF.

so zu gestalten, dass die Abwägung im Einzelfall beiden Positionen aus einer Ex-ante- und Ex-post-Ausgleichsperspektive praktisch wirksam gerecht wird. Die Vorgaben zur Ermittlung der privatwirtschaftlichen Investitionstätigkeit der Rn. 63 bis 65 der Breitbandleitlinien beziehen sich somit auf die Ex-ante-Perspektive und nehmen durch das in einem ersten Schritt zugunsten der Ex-ante-Beurteilung aufgelöste Spannungsverhältnis zwischen der Ex-ante- und Ex-post-Perspektive hinsichtlich der Anforderungen an Eigenausbauansagen im Markterkundungsverfahren Wettbewerbsverzerrungen bei Obliegenheitsverletzungen durch eigenausbauwillige Investoren grundsätzlich ex post in Kauf. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die drohende staatliche Förderung von Wettbewerbern eigenausbauwillige Investoren zur Einhaltung der formellen und materiellen Anforderungen an Eigenausbauansagen diszipliniert und damit Verzögerungen im Breitbandausbau aufgrund der gebotenen Transparenz im Markterkundungsverfahren verhindert.

Auffällig ist hingegen, dass die Breitbandleitlinien keine ausdrücklichen Vorgaben zu dem problematischen Ex-post-Befund treffen, wenn nämlich vor der Umsetzung des Fördervorhabens der Eigenausbau trotz fehlender bzw. entsprechend einer unzureichenden, insbesondere der Rn. 65 sowie der Fußnote 80 der Breitbandleitlinien nicht genügenden Eigenausbauansage tatsächlich erfolgt. Allerdings statten die Breitbandleitlinien die Entscheidungen der Bewilligungsbehörden über die Berücksichtigung von Eigenausbauansagen sowohl im Markterkundungsverfahren als auch danach bis zur abschließenden Umsetzungsentscheidung des Fördervorhabens zwecks Auflösung dieses Spannungsverhältnisses im konkreten Fördervorhaben mit Ermessen aus: So „kann“ die Bewilligungsbehörde bestimmte Zusagen vom privaten Investor verlangen, bevor sie öffentliche Maßnahmen verschiebt. Auch „kann“ sie die Aufstellung eines Meilensteinplanes verlangen, bei dessen Nichteinhaltung sie dann mit der Umsetzung der geplanten Maßnahme beginnen „kann“.

Durch diese ermessensabhängigen Zwischenentscheidungen und Entscheidungen der Bewilligungsbehörde in den Phasen vom Markterkundungsverfahren bis zur abschließenden Umsetzungsentscheidung des Fördervorhabens verlagern die Breitbandleitlinien die Auflösung des bestehenden Spannungsverhältnisses zwischen Ex-post- und Ex-ante-Betrachtung für den konkreten Förderfall auf die mitgliedstaatliche Ebene und eröffnen damit dem Vorrang privatwirtschaftlicher Investition in einem zweiten Schritt auch aus einer Ex-post-Perspektive die Berücksichtigung im Rahmen einer Ermessensentscheidung. Danach ist das EU-beihilferechtlich gestreckte Bewilligungsverfahren aus einer Ex-ante- und Ex-post-Ausgleichsperspektive innerstaatlich so zu gestalten, dass auch manifeste, erst ex post eintretende Änderungen im Hinblick auf die Klassifizierung von Förderzielgebieten in die Ermessensentscheidung der Bewilligungsbehörde und zwar auch noch zum Zeitpunkt der abschließenden Umsetzungsentscheidung des Fördervorhabens einzubeziehen sind. Eine sich erst ex post verfestigende Gebietsmutation in graue oder gar schwarze Flecken nach den Rn. 69 bis 71 der Breitbandleitlinien kann also in diese Ermessenserwägungen noch eingestellt werden.

Freilich ist dieser Ermessensspielraum durch den auf Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV bezogenen elementaren, jeder Beihilfenkontrolle inhärenten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz¹⁶ begrenzt. Von einer Unverhältnismäßigkeit ist zumindest dann auszugehen, wenn die (zwar unzureichenden und damit obliegenheitsverletzenden) Eigenausbauansagen ex post in einer manifesten Weise tatsächlich schrittweise so realisiert worden sind, dass ein massiver Förderüberbau des (begonnenen) Eigenausbaus angesichts der bereits tatsächlich geleisteten privaten Infrastrukturinvestitionen im Hinblick auf das

Finanzvolumen und die eingesetzte Technik mit derart erheblichen Wettbewerbsverzerrungen verbunden wäre, dass die Obliegenheitsverletzungen in Bezug auf (formale bzw. inhaltliche) Verfahrensvorgaben im Rahmen einer Gesamtabwägung letztlich nicht überwiegen können. Nur in solchen exponierten Ausnahmefällen, in denen der Ausbau zwischenzeitlich in einer Weise stattgefunden hat, dass die Versorgungsziele dadurch vollständig erreicht worden sind und damit der geförderte Überbau die Wirtschaftlichkeitslücke in einer unverhältnismäßigen Weise vergrößern würde, entfällt die EU-beihilferechtliche Rechtfertigung der Zuwendungsgewährung.

2. Umsetzung in der deutschen Rahmenregelung, der Richtlinie und dem Leitfaden zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland

§ 4 der sog. NGA-Rahmenregelung¹⁷ regelt zur Ermittlung der privatwirtschaftlichen Investitionstätigkeit in Förderzielgebieten das Markterkundungsverfahren und differenziert die Vorgaben der Breitbandleitlinien zum Markterkundungsverfahren (Rn. 63 bis 65) weiter aus. § 4 Abs. 10 der NGA-Rahmenregelung formuliert gleichlautend zu Rn. 65 der Breitbandleitlinien die formalen Anforderungen an die Eigenausbauansagen im Rahmen der Stellungnahmen und die möglichen Folgen der Nichtbeachtung durch die beteiligten Unternehmen.

Das Markterkundungsverfahren erfolgt nach der NGA-Rahmenregelung in zwei Schritten: Ist in einem ersten Schritt das Erschließungsvorhaben mit generellen Angaben – ggf. unter Rückgriff auf vorhandene Informationen nach dem Breitband- sowie Infrastrukturatlas des Bundes – auf dem Online-Portal zu veröffentlichen, sind sodann in einem zweiten Schritt diese Angaben durch Stellungnahmen von Telekommunikationsunternehmen (insbesondere durch Eigenausbauansagen) in einem auf mindestens vier Wochen befristeten Zeitraum zu präzisieren. Ergibt das Markterkundungsverfahren (aus Ex-ante-Perspektive), dass im betreffenden Gebiet keine privatwirtschaftliche Erschließung durch Ausbau in den nächsten drei Jahren zu erwarten ist (weiße Flecken), kann spätestens 12 Monate nach Beendigung des Markterkundungsverfahrens durch das Auswahlverfahren der Förderempfänger nach dem wirtschaftlichsten Angebot ermittelt werden.

Die auf der NGA-Rahmenregelung basierende NGA-Richtlinie verweist hinsichtlich der Durchführung des Markterkundungsverfahrens zur Ermittlung von förderfähigen weißen Flecken auf § 4 der NGA-Rahmenregelung.¹⁸

Der Leitfaden zur Umsetzung der NGA-Richtlinie¹⁹ enthält Erklärungen, Präzisierungen und Auslegungen des Richtlinientextes²⁰ und präzisiert vor allem die formalen und inhaltlichen Anforderungen an die Stellungnahmen der Unternehmen im Markterkundungsverfahren. Hinsichtlich der Mindestnachweisobliegenheiten im Rahmen des Markterkundungsverfahrens, die für die Darstellung konkreter Ausbau- und Modernisierungspläne in den nächsten drei Jahren ausreichend sind, verweist er auf Nr. 3.5 des Leitfadens zum

16 Siehe etwa: EuGH, ECLI:EU:C:2008:224, Rn. 68 f. (Urt. v. 15.4.2008 – Rs. C-390/06) – *Nuova Agricast; Rusche* (Fn. 14), Art. 107 Abs. 3 AEUV Rn. 24 m. w. N.

17 BMVI, Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung v. 15.6.2015, im Folgenden: „NGA-Rahmenregelung“.

18 BMVI, NGA-Richtlinie (Fn. 1), Ziff. 5.2.

19 Atene KOM GmbH, Leitfaden zur Umsetzung der Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland“ (Förderrichtlinie) des BMVI in der letzten aktualisierten Fassung vom 15.11.2018, Leitfaden-Version 7 v. 15.11.2018, im Folgenden: „NGA-Leitfaden“.

20 Atene KOM GmbH, NGA-Leitfaden (Fn. 19), S. 1.

Breitbandausbau des Breitbandbüros des Bundes (inhaltlich-substantielle Mängel).²¹ Liegen Daten aufgrund der Verletzung dieser Nachweisobliegenheiten in nicht ausreichender Detailtiefe vor, so sollen die beteiligten Unternehmen – für ein hinreichend genaues Bild über den Zuschnitt weißer Flecken – nachträglich hinreichend plausibel darlegen, dass der Abschluss der Ausbauarbeiten in drei Jahren erfolgt sein wird.²² Jedoch bedeutet etwa eine fehlende vertragliche Bindung der ausbauwilligen Unternehmen noch nicht, dass deren Eigenausbauansagen im Markterkundungsverfahren nicht zu berücksichtigen sind und ein Förderantrag gestellt werden kann.²³ Vielmehr ist bei einer Verletzung der Nachweisobliegenheiten „immer eine Gesamtschau vorzunehmen und die Ernsthaftigkeit des Ausbauwillens ausführlich vor dem Hintergrund des Vorrangs privater Investitionen zu erkunden und das Ergebnis der Abwägung zu dokumentieren“.²⁴ Die ermessensgeleitete Entscheidung, Eigenausbauansagen im Markterkundungsverfahren aufgrund von Verletzungen der Nachweisobliegenheiten nicht zu berücksichtigen, kann also erst nach Vornahme einer Abwägung aller Gesamtumstände getroffen werden. In die Ermessensausübung der Bewilligungsbehörde muss daher auch ein möglicherweise sich bereits manifestierender Ausbau – ungeachtet inhaltlich-substantieller Mängel bei der Eigenausbauansage – einfließen. Anhand des Fortschrittes solcher Ausbaumaßnahmen kann ermittelt werden, inwieweit eine Gewährung der Zuwendung an ein anderes Telekommunikationsunternehmen noch den EU-beihilferechtlichen Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügt. Das Ergebnis der Abwägungsentscheidung muss für eine Förderfähigkeit ein aus Ex-ante-Perspektive förderbarer weißer Fleck sein. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der EU-beihilferechtlichen Zuschussfähigkeit – sowohl im Zuwendungsrechtsverhältnis Bund/Land zur Kommune als auch im Zuwendungsrechtsverhältnis Kommune zum Telekommunikationsunternehmen – ist daher der Abschluss des Markterkundungsverfahrens. Mit Abschluss des Markterkundungsverfahrens gilt die EU-beihilferechtliche Fiktion des Bestehens eines weißen Fleckes, selbst wenn der Ausbau zwischenzeitlich voranschreitet.

3. Bestätigung durch Kommissionspraxis

Dass für die ausbauwilligen Unternehmen im Markterkundungsverfahren starke Nachweisobliegenheiten bestehen, deren Verletzung grundsätzlich zu einer Förderbewilligung berechtigt, bestätigt die Kommissionspraxis in der Entscheidung „Italy – Strategia Banda Ultralarga“²⁵ zur Förderung des Ausbaus von NGA-Netzen in weißen NGA-Flecken. Im Rahmen des Markterkundungsverfahrens glaubhaft bekundete Eigenausbauansagen führten zu einer Gebietsumstufung zu grauen Flecken, welche aus den Förderzielgebieten exkludiert wurden.²⁶ Um der Gefahr eines verzögerten Ausbaus durch bloße Interessensbekundungen entgegenzuwirken, konnten die italienischen Behörden – wie in Rn. 65 der Breitbandleitlinien aufgeführt – von den potentiellen Investoren Nachweise zur Glaubhaftmachung der in Aussicht gestellten Investitionen verlangen. Hierzu zählten Finanzpläne, relevante Entscheidungen der Geschäftsführung zum Vorhaben und Meilensteinpläne. Diese Nachweise unterlagen dann einer Gesamtwürdigung der zuständigen Behörde.²⁷ Darüber hinaus – und erst nach Feststellung einer unzureichenden Glaubhaftmachung durch die bereits vorgelegten Nachweise – konnte eine vertragliche Verpflichtung zum Ausbau verlangt werden.²⁸

In Fällen, in denen der private Investor das Erreichen der zuvor vereinbarten Meilensteine nicht nachweisen konnte, war eine staatliche Förderung in den betreffenden (weiterhin als weiße Flecken geltenden Gebieten) zulässig („Falls der private Investor das Erreichen der zuvor vereinbarten Meilensteine

nicht nachweist, hat die Regierung die Möglichkeit, in diesem Gebiet tätig zu werden.“²⁹). Im Unterschied dazu stellen die Breitbandleitlinien in Rn. 65 lediglich auf die tatsächliche Erreichung der Meilensteine ab („Wird ein Meilenstein nicht erreicht, kann die Bewilligungsbehörde mit der Umsetzung der geplanten staatlichen Maßnahmen beginnen.“). Entsprechend konnten die italienischen Bewilligungsbehörden von den potentiellen Privatinvestoren Folgendes verlangen: „Businesspläne und Unterlagen, welche die Verfügbarkeit angemessener Mittel belegen, Adressen, auf die sich die geplanten zukünftigen Investitionen beziehen, Investitionszeitpunkt“.³⁰ Insofern bezieht sich die Kommission eindeutig auf Verletzungen von Nachweisobliegenheiten.

In diesem Zusammenhang bestimmt auch Fußnote 94 der Breitbandleitlinien bei der Erfassung der bestehenden Infrastruktur zur „farblichen“ Einordnung der Förderzielgebiete, dass die Behörden allein auf die ihnen von Unternehmen zur Verfügung gestellten Informationen zurückgreifen müssen, auch wenn diese nicht aussagekräftig sind. Im Umkehrschluss können dann nicht zur Verfügung gestellte Informationen unberücksichtigt bleiben, auch wenn dies den Unternehmen aus Ex-post-Perspektive zum Nachteil in Form von Wettbewerbsverzerrungen gereicht. Keine andere Beurteilung kann dann bei Eigenausbauansagen zu künftig zu errichtender Infrastruktur gelten. Die mitgeteilten Eigenausbauansagen stellen die maßgebliche Entscheidungsgrundlage aus Ex-ante-Perspektive dar. Wenn gar keine Informationen im Rahmen des Markterkundungsverfahrens eingehen, ist hinsichtlich der privatwirtschaftlichen Erschließung von einem negativen Befund und damit von einer Förderfähigkeit in einem weißen Fleck auszugehen.³¹ Auch in der Entscheidung „The Netherlands – Broadband Rivierenland Region“ wird klargestellt, dass konkrete, sichere bzw. garantierte Eigenausbauansagen zur Berücksichtigung im Markterkundungsverfahren erforderlich sind.³²

21 Atene KOM GmbH, NGA-Leitfaden (Fn. 19), S. 16 f.

22 Atene KOM GmbH, NGA-Leitfaden (Fn. 19), S. 17.

23 Atene KOM GmbH, NGA-Leitfaden (Fn. 19), S. 17.

24 Atene KOM GmbH, NGA-Leitfaden (Fn. 19), S. 17.

25 Kommission, Entscheidung v. 30.6.2016 – Beihilfe SA.41647 (2016/N) – C (2016) 3931 final – Italy – Strategia Banda Ultralarga.

26 Kommission, Entscheidung v. 30.6.2016 – Beihilfe SA.41647 (2016/N) – C (2016) 3931 final, Rn. 57 – Italy – Strategia Banda Ultralarga.

27 Kommission, Entscheidung v. 30.6.2016 – Beihilfe SA.41647 (2016/N) – C (2016) 3931 final, Rn. 57 – Italy – Strategia Banda Ultralarga: „Die tatsächliche Durchführbarkeit der vorgelegten Pläne wird von der Bewilligungsbehörde bewertet, gegebenenfalls auch in Zusammenarbeit mit unabhängigen externen Gutachtern.“ (Übersetzung durch die Verfasser; im englischen Original: „The actual feasibility of the submitted plans will be subject to evaluation by the contracting authority possibly also in conjunction with independent external evaluators.“)

28 Kommission, Entscheidung v. 30.6.2016 – Beihilfe SA.41647 (2016/N) – C (2016) 3931 final, Rn. 57 – Italy – Strategia Banda Ultralarga.

29 Kommission, Entscheidung v. 30.6.2016 – Beihilfe SA.41647 (2016/N) – C (2016) 3931 final, Rn. 57 – Italy – Strategia Banda Ultralarga (Übersetzung durch die Verfasser; im englischen Original: „In case the private investor fails to prove the achievement of any of the previously agreed milestones the government will have the possibility to intervene in this area.“)

30 Kommission, Entscheidung v. 30.6.2016 – Beihilfe SA.41647 (2016/N) – C (2016) 3931 final, Rn. 40 – Italy – Strategia Banda Ultralarga (Übersetzung durch die Verfasser; im englischen Original: „business plans and documentation proving the availability of adequate level of funds; addresses covered by the planned future investments; investment timing“).

31 Kommission, Entscheidung v. 8.11.2018 – Beihilfe SA.50844 – C (2018) 7311, Rn. 26 – Austria – Broadband Styria.

32 Kommission, Entscheidung v. 10.4.2018 – Beihilfe SA.46613 (2017/N) – C (2018) 2211 final, Rn. 15 – The Netherlands – Broadband Rivierenland Region.

Die Entscheidung „National Broadband Scheme for the UK for 2016-2020“³³ bekräftigt die Bedeutung der Nachweisobliegenheiten im Markterkundungsverfahren („falls der Investitionsplan glaubhaft ist“³⁴). Als Nachweismittel genügen dazu nur solche Angaben, die geeignet sind, die Plausibilität der geplanten Investition darzulegen: „Die Bewilligungsbehörde wird die Anbieter um Nachweise bitten, um ihre Aussagen zu untermauern, dass die Investitionen innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren getätigt werden. Der Nachweis könnte einen Geschäftsplan, einen detaillierten Ausbauplan, den Nachweis einer angemessenen Finanzierung oder andere Nachweise umfassen, die belegen, dass die geplanten Investitionen der privaten Netzbetreiber glaubhaft und plausibel sind.“³⁵ Die Beurteilung der Eignung der Nachweismittel liegt dann bei der jeweiligen Bewilligungsbehörde. Die in Rn. 65 bzw. Fußnote 80 der Breitbandleitlinien aufgeführten Nachweismittel sind insofern nicht abschließend. Den mitgliedstaatlichen Bewilligungsbehörden steht es daher im Rahmen des ihnen eingeräumten Ermessens frei, die Nachweismittel zu erweitern und festzulegen.³⁶ Wenn diese Nachweise nicht erbracht werden, erlaubt dies der Bewilligungsbehörde den Schluss, dass der in Aussicht gestellte Ausbau nicht zu erwarten ist („Werden diese Nachweise nicht erbracht, kann eine Bewilligungsbehörde vernünftigerweise zu dem Schluss kommen, dass solche Investitionspläne wahrscheinlich nicht umgesetzt werden.“³⁷). Im Einklang mit Rn. 66 der Breitbandleitlinien zur Definition weißer Flecken liegt dann aus Ex-ante-Perspektive ein förderfähiger weißer Fleck vor.

Schließlich betont die Kommission die Bedeutung eines transparenten Vorgehens im Markterkundungsverfahren.³⁸ Die vorstehenden Maßgaben sind deswegen insbesondere den beteiligten Unternehmen zu kommunizieren, so dass diese Kenntnis von den möglichen Folgen der Verletzung ihrer Nachweisobliegenheiten haben.³⁹

4. Differenzierung nach Art der Nachweismängel

Bei den Mängeln von Eigenausbauansagen ist nach Art der Mängel zu differenzieren: Unerheblich mangelbehaftet und mithin im Markterkundungsverfahren zu berücksichtigen sind Eigenausbauansagen, die triviale Mängel wie etwa fehlende Unterschriften aufweisen. Triviale Mängel rein formaler Art müssen zu einer Berücksichtigung im Markterkundungsverfahren führen. Dies bestätigen die Ausführungen im NGA-Leitfaden, wonach selbst fehlende vertragliche Bindungen alleine nicht dazu berechtigen, die betreffende Eigenausbauansage unberücksichtigt zu lassen.⁴⁰

Daneben können Eigenausbauansagen Fristvorgaben verletzen, indem sie entweder nach abgeschlossenem Markterkundungsverfahren erstmalig (und damit nicht fristgerecht) eingehen oder aber noch im Markterkundungsverfahren nicht hinreichend glaubhafte Eigenausbauansagen nicht rechtzeitig nachträglich berichtigt werden. Nach dem NGA-Leitfaden sind nach abgeschlossenem Markterkundungsverfahren erstmalig eingehende Eigenausbauansagen⁴¹ zwingend nur dann noch nachträglich zu berücksichtigen, wenn sich das Unternehmen zu seinem Ausbauplan vertraglich verpflichtet und der Antrag auf Bundesförderung noch nicht gestellt wurde.⁴² In allen anderen Fällen entscheidet die Bewilligungsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen.

Die Kommission geht in der Entscheidung „National Broadband Scheme for the UK for 2016-2020“ sogar darüber hinaus und ermöglicht ohne weitere Voraussetzungen die Nichtberücksichtigung von Eigenausbauansagen, wenn sie nach Abschluss des Markterkundungsverfahrens und der anschließenden Abwägungsentscheidung eingehen („Die Bewilligungsbehörden sind nicht verpflichtet, Investitionspläne zu berücksichtigen, die von den Netzbetreibern im Anschluss an die

Schlussfolgerungen aus der öffentlichen Konsultation angekündigt wurden, es sei denn, die Behörden möchten dies.“⁴³). Diese Vorgaben zu fristbezogenen Mängeln müssen auch gerade dann gelten, wenn ein Unternehmen zwar fristgerecht im Markterkundungsverfahren den Ausbau in Aussicht gestellt hat, diese Mitteilung jedoch inhaltlich-substantielle Nachweisobliegenheiten verletzt, welche dann nicht bis zum Abschluss der nachfolgenden Abwägungsentscheidung nachträglich berichtigt erfüllt werden. Würde man diese Vorgaben nicht auf die ihre Konkretisierungsobliegenheiten im Markterkundungsverfahren verletzenden Investoren anwenden, ginge davon ein anreizdysfunktionales Signal aus, sich im Nachhinein unter erleichterten Umständen die Eigenausbauschritte zeitlich, technisch und finanziell noch für später vorbehalten zu können, um staatliche Fördermaßnahmen zu verhindern. Gleichermaßen im Markterkundungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden müssen somit die Nachweisobliegenheiten verletzende Eigenausbauansagen innerhalb des Markterkundungsverfahrens, die nicht bis zum Abschluss der Abwägungsentscheidung berichtigt wurden, und solche, die erstmalig nach Abschluss der Abwägungsentscheidung eingehen.

IV. Nichtberücksichtigung der Eigenausbauansagen in der Ausgangslage

Vorstehende Maßgaben sind schließlich auf das Vorgehen in der Ausgangslage anzuwenden. Inhaltlich-substantiell belastbar sind Eigenausbauansagen in Bezug auf die unzureichend bestehende Versorgungslage nur, wenn der Investor insbesondere eine adressgenaue Lage der aufzurüstenden Hauptverteiler mitteilt, in deren Nahbereich Anschlüsse gemäß

- 33 Kommission, Entscheidung v. 26.5.2016 – Beihilfe SA.40720 (2016/N) – C (2016) 3208 final – *National Broadband Scheme for the UK for 2016-2020*; siehe hierzu auch: Kommission, Entscheidung v. 26.7.2018 – Beihilfe SA.48325 (2018/N) – C (2018) 4840 final, Rn. 43 – *Austria – Breitbandausbau in Oberösterreich*; Entscheidung v. 13.12.2013 – Beihilfe SA.36601 (2013/N) – C (2013) 9343 final, Rn. 14 – *Deutschland – NGA Sachsen-Anhalt*.
- 34 Kommission, Entscheidung v. 26.5.2016 – Beihilfe SA.40720 (2016/N) – C (2016) 3208 final, Rn. 56 – *National Broadband Scheme for the UK for 2016-2020* (Übersetzung durch die Verfasser; im englischen Original: „if the investment plan is credible“).
- 35 Kommission, Entscheidung v. 26.5.2016 – Beihilfe SA.40720 (2016/N) – C (2016) 3208 final, Rn. 56 – *National Broadband Scheme for the UK for 2016-2020* (Übersetzung durch die Verfasser; im englischen Original: „The implementing body will seek evidence from providers to support their statements that investment will take place within a three-year period. Evidence could include a business plan, a detailed calendar deployment plan, proof of adequate financing or any other type of evidence that would demonstrate the credible and plausible character of the planned investment by private sector network providers.“).
- 36 Siehe hierzu atene KOM GmbH, NGA-Leitfaden (Fn. 19), S. 16 f.
- 37 Übersetzung durch die Verfasser; im englischen Original: „If such evidence is not forthcoming, an implementing body may reasonably conclude that such investment plans are unlikely to take place.“
- 38 Kommission, Entscheidung v. 30.6.2016 – Beihilfe SA.41647 (2016/N) – C (2016) 3931 final, Rn. 55 – *Italy – Strategia Banda Ultralarga*.
- 39 Kommission, Entscheidung v. 26.5.2016 – Beihilfe SA.40720 (2016/N) – C (2016) 3208 final, Rn. 56 – *National Broadband Scheme for the UK for 2016-2020*.
- 40 Atene KOM GmbH, NGA-Leitfaden (Fn. 19), S. 17.
- 41 Die Frist zur Stellungnahme beträgt nach der NGA-Rahmenregelung mindestens vier Wochen, die der NGA-Leitfaden auf acht Wochen erweitert, atene KOM GmbH, NGA-Leitfaden (Fn. 19), S. 16.
- 42 Atene KOM GmbH, NGA-Leitfaden (Fn. 19), S. 17.
- 43 Kommission, Entscheidung v. 26.5.2016 – Beihilfe SA.40720 (2016/N) – C (2016) 3208 final, Rn. 56 – *National Broadband Scheme for the UK for 2016-2020* (Übersetzung durch die Verfasser; im englischen Original: „Implementing bodies are not required to take into account any investment plans announced by network providers following the conclusions of the public consultation, save where the implementing body wishes to do so.“).

Ziff. 5.2 der NGA-Richtlinie nicht förderfähig sind, wenn sie aufgrund einer Eigenausbauzusage mit mindestens 30 Megabit pro Sekunde (Mbit/s) erschlossen werden. Ein bloßer Hinweis auf den Infrastrukturatlas des Bundes ist unzureichend. Ebenso wenig i. S. d. EU-Breitbandleitlinien belastbar im Hinblick auf die zu erwartende Versorgungslage ist die Vorlage eines abstrakten Meilensteinplanes, der zwar die technische Ausbauplanung in einem bestimmten Zeitraum und eine Netzbetriebnahme in zeitlich unterteilten Projektschritten pauschaliert angibt, aber keine konkreten Termin- und Technikdaten für den Investitionsbeginn innerhalb von 12 Monaten und für einzelne Bauabschnitte enthält.⁴⁴ Vielmehr muss die Eigenausbauzusage durch konkrete Termin- und Technikdaten zum Investitionsbeginn sowie zu den einzelnen Bauabschnitten jeweils mit präzisen Angaben von georeferenzierten Daten mit Mindestbandbreiten zu den (etwa mit VDSL- oder „Vectoring“-Technik ertüchtigten) Kabelverzweigern und den Abschlusspunktdaten unterlegt werden.

Die Eigenausbauansagen in der Ausgangslage stellen daher unzureichend die Ist-Versorgung dar und können wegen Nichterfüllung der Mindestnachweisobliegenheiten nicht hinreichend glaubhaft – an den Mindestnachweismitteln gemessen – einen privatwirtschaftlichen Ausbau darlegen. Die sodann vorzunehmende Abwägung kann vor dem Hintergrund der erheblichen Verletzung der Nachweisobliegenheiten nachvollziehbar („reasonably“ bzw. vernünftigerweise⁴⁵) zu dem Ergebnis kommen, dass der Eigenausbau aus Ex-ante-Perspektive nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Legen die betreffenden Unternehmen nicht nachträglich hinreichend plausibel die Eigenausbaupläne dar (bzw. verweisen sie lediglich auf die bereits vorgelegten Informationen), kann das Ergebnis der Gesamtabwägung eines nicht glaubhaft belegten Eigenausbaus bestehen bleiben. Aus Ex-ante-Perspektive ist dann in EU-beihilferechtskonformer Weise in Bezug auf die privatwirtschaftliche Erschließung von einem negativen Befund auszugehen, so dass durch die Fiktion des Bestehens eines weißen Fleckes staatliche Förderungen grundsätzlich möglich sind.

V. EU-beihilferechtskonforme Koordinaten der Verfahrensgestaltung

Damit der Abschluss des Markterkundungsverfahrens im Falle fehlender belastbarer Eigenausbauansagen die EU-beihilferechtliche Fiktion des Bestehens eines weißen Fleckes und damit der Erforderlichkeit der Förderung rechtssicher herbeiführt, sollten die folgenden Dokumentations- und Aufforderungsschritte eingehalten werden:

Die Bewilligungsbehörde stellt zunächst in einem Vermerk zum vorläufigen Stand des Markterkundungsverfahrens die (fehlende) Belastbarkeit der abgegebenen Eigenausbauansagen fest. Insbesondere hat die Bewilligungsbehörde in diesem Vermerk ihr Verlangen nach zusätzlichen Erklärungen und Zusagen dezidiert auf die Insuffizienz der bisherigen inhaltlich-substantiellen Angaben in der Eigenausbauansage eines grundsätzlich eigenausbauwilligen, seine Nachweisobliegenheiten im Markterkundungsverfahren aber verletzenden Unternehmens zu stützen und dies gegenüber bloß formalen Mängeln klar abzugrenzen. Dieser Vermerk zum vorläufigen Stand ist dem betreffenden Unternehmen mit einer Fristsetzung von 14 Werktagen mit einer letzten Aufforderung zu übermitteln, die verlangten zusätzlichen Erklärungen und Zusagen einzureichen.

In einem weiteren, das Markterkundungsverfahren abschließenden Vermerk wird sodann ggf. die Nichterfüllung der Nachweisobliegenheiten nach der letzten Aufforderung mit dem expliziten Hinweis auf die vorläufige Rechtsfolge

festgestellt, die Eigenausbauansagen im Markterkundungsverfahren nicht zu berücksichtigen, da mit Abschluss des Markterkundungsverfahrens die EU-beihilferechtliche Fiktion des Bestehens eines weißen Fleckes gilt, selbst wenn der Ausbau zwischenzeitlich voranschreitet.

Sind die Erst- und Zweitbescheidung sowie die Bewilligungsbescheidung zugunsten des Telekommunikationsunternehmens bereits erfolgt, obwohl der Ausbau zwischenzeitlich in einer Weise stattgefunden hat, dass die Versorgungsziele vollständig erreicht werden und der geförderte Überbau die Wirtschaftlichkeitslücke in einer unverhältnismäßigen Weise vergrößern würde, so eröffnet sich eine Kaskade ermessensgeleiteter Widerrufsbefugnisse (§ 49 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG).⁴⁶ Diese Widerrufsbefugnisse sollten aufgrund von entsprechend zu formulierenden Widerrufsvorbehalten (§ 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG)⁴⁷ als Haltepunkte auf den drei Bewilligungsebenen in die Zuwendungsbescheide für Fälle einer sich erst ex post verfestigenden Gebietsmutation in graue oder gar schwarze Flecken und damit einhergehenden unverhältnismäßigen Wirtschaftlichkeitslücken eingebaut werden, um unverhältnismäßige Wettbewerbsverzerrungen durch einen Förderüberbau zu vermeiden.

Im Rahmen der Ermessensausübung aufgrund der Widerrufsbefugnis nach § 49 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG in Bezug auf die Erstbescheide, die Zweitbescheide sowie die Bewilligungsbescheide gegenüber den Telekommunikationsunternehmen ist neben den sich abzeichnenden Wirtschaftlichkeitslücken auch zu berücksichtigen, ob das grundsätzlich eigenausbauwillige Unternehmen seinen erst nach abgeschlossenem Markterkundungsverfahren ausreichend belastbar bekundeten Ausbauwillen inzwischen durch vertragliche Verpflichtungen nachgewiesen hat. Die zwei nach Abschluss des Markterkundungsverfahrens anzusetzenden Ermessensmaßgaben des NGA-Leitfadens, nämlich zum einen eine vertragliche Eigenausbauverpflichtung und zum anderen eine noch nicht erfolgte Antragstellung auf Bundesförderung,⁴⁸ entfalten für Investoren, deren mangelhafte Eigenausbauansagen bisher als nicht belastbar unberücksichtigt geblieben sind, einen starken Anreiz, bereits unmittelbar nach Abschluss des Markterkundungsverfahrens, aber noch vor Antragstellung im Bewilligungsverfahren zügig belastbare, nunmehr vertragliche Eigenausbauverpflichtungen als „eine letzte Chance“ einzugehen, um eine staatliche Förderung ihrer Wettbewerber doch noch abzuwenden.

Zur praktischen Wirksamkeit dieser Anreizfunktion im Sinne des Haushalts- und EU-Beihilferechts sollte in einer Koordinierungsstelle der diesbezügliche Informations- und Verfahrensaustausch zwischen der atene KOM GmbH, den Landesbehörden und den kommunalen Gebietskörperschaften intensiviert werden.⁴⁹ Die Koordinationsstelle sollte eine intensive Beratung und (aufsichtsrechtliche) Verfahrensbegleitung der kommunalen Gebietskörperschaften anbieten, insbesondere im Hinblick auf einen Erlass/Nichterlass des endgültigen Bewilligungsbescheides gegenüber dem Telekommunikationsunternehmen bzw. in Bezug auf die Widerrufsbefugnis nach

44 Vgl. Kommission, Breitbandleitlinien (Fn. 13), Rn. 65 und Fn. 80, sowie BMVI, NGA-Rahmenregelung (Fn. 17), § 4 Abs. 3.

45 Kommission, Entscheidung v. 26.5.2016 – Beihilfe SA.40720 (2016/N) – C (2016) 3208 final, Rn. 56 – *National Broadband Scheme for the UK for 2016-2020*.

46 Vgl. etwa Abel, in: Bader/Ronellenfisch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 41. Ed. (10/2018), § 49 Rn. 33.

47 Ein Anspruch auf Zuwendung besteht nämlich nicht, vgl. BMVI, NGA-Richtlinie (Fn. 1), Ziff. 2.2.

48 Atene KOM GmbH, NGA-Leitfaden (Fn. 19), S. 17.

49 So auch im Ansatz Knapp, N&R 2017, 199, 207.

§ 49 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG und die Ultima Ratio der Rückgewähr- und Erstattungsmechanismen nach § 49a VwVfG.

VI. Fazit

Eigenausbauwillige Investoren haben im Rahmen des Markterkundungsverfahrens ihre Eigenausbaubestrebungen durch Erfüllung von Nachweisobliegenheiten nach hohen Transparenzanforderungen glaubhaft darzulegen. Dies gilt vor dem Hintergrund, dass transparenten und zügigen Förderplanungen in weißen Flecken unionsrechtlich nach den EU-Breitbandleitlinien eine hohe Priorität zukommt, eigenausbauwilligen Unternehmen aber durch den Einwand ihrer Eigenausbauabsicht eine Verhinderungsoption gegenüber der staatlichen Ausbauförderung in die Hand gelegt wird.

Die nationalen Bewilligungsbehörden sind in EU-beihilferechtskonformer Weise grundsätzlich zu einer Förderbewilligung dann berechtigt, wenn Privatinvestoren bis zur

Vornahme der das Markterkundungsverfahren abschließenden Abwägungsentscheidung den Eigenausbau nicht hinreichend belastbar nachgewiesen haben. EU-beihilferechtlich gilt damit nach Abschluss des Markterkundungsverfahrens die rechtliche Fiktion des Bestehens eines weißen Fleckes, auch wenn der Eigenausbau zwischenzeitlich voranschreitet und daher die Förderung Wettbewerbsverzerrungen zur Folge haben kann.

In exponierten Ausnahmefällen sollten die nationalen Bewilligungsbehörden jedoch auch noch ex post eintretende Gebietsmutationen in graue oder gar schwarze Flecken bis zur Bewilligungsbescheidung gegenüber dem Telekommunikationsunternehmen berücksichtigen und die beantragte Förderung versagen bzw. bereits erlassene Bewilligungsbescheide im Rahmen der Widerrufsbefugnisse aufgrund von entsprechend zu formulierenden Widerrufsvorbehalten (§ 49 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG) widerrufen, um unverhältnismäßige Wettbewerbsverzerrungen durch einen Förderüberbau zu vermeiden.