
Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EuZW 10/2002

24. Mai · 13. Jahrgang 2002 · Seite 289 – 320

Schriftleitung: Rechtsanwältin *Dr. Monika Tacke*, Frankfurt a. M.

Gastkommentar

Wider wettbewerbswidrige Quersubventionen in vertikal integrierten Unternehmen!

Ein Gespenst geht um in Europas privatisierten Verbundunternehmen – das Gespenst der EG-Wettbewerbskontrolle von Quersubventionen in vertikal integrierten Unternehmen. Alle ehemaligen Monopolmächte des alten Europas, des Energie-, Bahn-, Post- und Telekommunikationssektors haben sich gegen den unheiligen Geist aus Brüssel verbündet. So oder ähnlich hätte ein kritisches europäisches Manifest zur Daseinsvorsorge vor über 150 Jahren lauten können. Unbeirrt von den Manifesten des modernen Wirtschafts- und Sektorenlobbyismus beobachtet die EG-Kommission verstärkt das Problem der Quersubventionierung, insbesondere in privatisierten und vertikal integrierten Verbundunternehmen. Dass Quersubventionierungen grundsätzlich wettbewerbsrechtlich bedenklich sind, birgt bei nüchterner Betrachtung jedoch nichts Gespenstisches in sich. Nach einer Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor liegt eine Quersubventionierung vor, wenn „ein Unternehmen die in einem räumlichen oder sachlichen Markt anfallenden Kosten ganz oder teilweise auf einen anderen räumlichen oder sachlichen Markt abwälzt“. Besonders prekär wird die Wettbewerbssituation für Newcomer auf liberalisierten Märkten, wenn die meistens subtil kaschierte Quersubventionierung auch noch aus ehemaligen Monopolrenten gespeist wird. So liegt es im Fall des im Jahre 2007 endenden Briefmonopols in Deutschland. Danach wird der Briefpostbereich des Ex-Monopolisten mit den Angeboten anderer Wettbewerber konkurrieren. Bis zum Ende des Briefmonopols erwirtschaftet dieser Bereich Monopolrenten, welche über Jahre hinweg insbesondere in Form von Netzwerkinvestitionen angelegt werden, um dann zu Lasten der Newcomer im liberalisierten Markt eingesetzt zu werden. Bei dieser *intertemporären Quersubventionierung* gehen die ohne Wettbewerbsdruck – und bei einer nur bedingt greifenden Entgeltregulierung – erwirtschafteten Ertragsvorteile von einem Monopolunternehmen auf das nach der Liberalisierung in den Wettbewerb entlassene funktionale Briefbereichs-Unternehmen über. Der Transfer von aus Monopolrenten gespeisten Netzwerkvorteilen in das funktional neue Wettbewerbsunternehmen verbessert erheblich dessen Kostenlage (Rationalisierungseffekte) und Innovationsfähigkeit gegenüber Newcomern. Deshalb sollte die eingangs zitierte Kommissionsdefinition der Quersubventionierung um den Tatbestand der intertemporären Vorteilsüberlassung, also um die zeitlich relevante Marktbetrachtung von Monopolrenten- und Kostentransfers erweitert werden.

Neben der intertemporären Quersubventionierung bedarf auch die *vertikale Quersubventionierung* in marktbeherrschenden Verbundunternehmen einer angemessenen wettbewerbsrechtlichen Reaktion. Dazu müssen die vertikalen Verbundsynergien innerhalb eines Konzerns auch auf Quersubventionierungen durch Sachmittel (Softwareüberlassung, nicht berechnete Dienstleistungen etc.) ausgeleuchtet werden. Der neue EG-Telekommunikations-Rechtsrahmen hat die wettbewerbsrechtlichen Herausforderungen durch das Phänomen der vertikalen Integration klar er-

kannt: So heißt es in Art. 11 I Unterabs. 2 der noch nicht in Kraft getretenen Zugangsrichtlinie, dass die nationalen Regulierungsbehörden von einem marktbeherrschenden, vertikal integrierten Telekommunikationsunternehmen mit Blick auf dessen Beziehungen zu seinen Tochtergesellschaften verlangen können, „seine Großkundenpreise und internen Kostentransfers transparent zu gestalten, unter anderem, um sicherzustellen, dass eine etwaige Gleichbehandlungsverpflichtung gem. Art. 10 [Zugangsrichtlinie] befolgt wird, oder um gegebenenfalls eine unlautere Quersubventionierung zu verhindern“. Die Vorschrift stellt klar, dass die Gefahr der Quersubventionierung besonders bei marktbeherrschenden, vertikal integrierten Unternehmen besteht. Sie weist zugleich den Lösungsweg: Diesen Unternehmen kann eine getrennte Buchführung vorgeschrieben werden, so dass die internen Kostentransfers transparent gemacht werden.

Die erst jüngst um Separierungspflichten verschärfte Transparenzrichtlinie 2000/52/EG, die in Deutschland bereits im Transparenzrichtlinien-Gesetz umgesetzt worden ist, bleibt in diesem Zusammenhang *ratione personae* unzureichend. Die Pflicht zur getrennten Buchführung trifft nach Art. 1 II Transparenzrichtlinie nur öffentliche und mit Sonderrechten ausgestattete Unternehmen, nicht aber in den vollständigen Wettbewerb entlassene und/oder vertikal integrierte marktbeherrschende Verbundunternehmen als solche.

Dabei ist der Ansatz der neuen Transparenzrichtlinie *ratione materiae* richtig: Die Pflicht zur getrennten Buchführung ergänzt die Offenlegungspflicht, die nach Art. 1 I Transparenzrichtlinie in dreifacher Hinsicht greift: erstens hinsichtlich der Bereitstellung von Mitteln an öffentliche Unternehmen (lit. a), zweitens umgekehrt in Bezug auf die Bereitstellung von Mitteln durch öffentliche Unternehmen (lit. b) und drittens im Hinblick auf die tatsächliche Verwendung dieser Mittel (lit. c). Während die Offenlegungspflicht der Kontrolle von Beihilfen an und durch öffentliche Unternehmen dient, soll die Separierungspflicht die Kontrolle unzulässiger Quersubventionierungen von Wettbewerbsbereichen aus Sonderbereichen erleichtern.

Wenn man den Weg der sekundärrechtlichen Erweiterung der Transparenz- und Separierungspflichten scheut, wäre es umso wichtiger, dass der *EuGH* den in den Rs. Corbeau (EuZW 1993, 422) und TNT Traco (EuZW 2001, 408) extensiv angewandten Ausnahmeverbehalt des Art. 86 II EG im Hinblick auf die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen Geschäftsbereichen und den nicht rentablen Universaldiensten angesichts der Missbrauchsmöglichkeiten wieder einzäunt.

Was für den Ex-Monopolisten ein Kontrollgespenst sein mag, erweist sich zunehmend für Newcomer als eine Grundbedingung für fairen und funktionierenden, d. h. sich langfristig selbst tragenden – nicht regulierungsbedingten – Wettbewerb.

Professor Dr. Christian Koenig, Universität Bonn