

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M., Bonn / Martin Busch, Bonn*

Quersubventionierung im kommunalen Konzern – EU-beihilfenrechtliche Grenzen

I. Einleitung

Grundsätzlich sind Quersubventionierungen innerhalb von Konzernen und Unternehmen üblich und rechtlich zulässig. Eine Quersubvention liegt nach der Definition der Kommission vor, wenn ein Unternehmen die in einem räumlich und sachlich relevanten Produktmarkt anfallenden Kosten ganz oder teilweise auf Produkte anderer Märkte abwälzt¹. Dabei können Quersubventionen entweder innerhalb ein und desselben Unternehmens oder innerhalb eines Konzernverbunds zwischen Mutter- und Tochterunternehmen erfolgen². Rechtliche Grenzen werden Quersubventionierungspraktiken allerdings durch das Beihilfenverbot gezogen. Quersubventionen verstoßen gegen das Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV, wenn hierdurch unmittelbar oder mittelbar öffentliche Finanzressourcen in ein sich im Wettbewerb befindendes Tochterunternehmen des kommunalen Konzerns direkt überführt oder indirekt Kosten eines sich im Wettbewerb befindenden Tochterunternehmens den öffentlich dirigierten bzw. privilegierten Konzernsparten angelastet werden.

II. Das Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Die staatliche Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils zugunsten eines einzelnen oder mehrerer Unternehmen ist eine Beihilfe. Im EU-Wettbewerbsrecht sind Beihilfen grundsätzlich verboten, da sie den Wettbewerb und die Wettbewerbsgleichheit zwischen den Unternehmen beeinträchtigen. So können durch – den Mitgliedstaaten nach Art. 107 Abs. 1 AEUV zurechenbare – öffentliche oder aus öffentlichen Mitteln bewirkte Marktinterventionen zugunsten einzelner Unternehmen deren Belastungen vermindert und der Wettbewerb verfälscht werden.

1. Quersubvention als Begünstigung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV

Eine öffentliche Maßnahme ist – unabhängig von ihrer Form

* Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M., ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Martin Busch ist wissenschaftlicher Referent am ZEI.

¹ ABLEG 1998 C 39/2, Rn. 3.1.

² Kristin Spiekermann, Vermeidung von Quersubventionen durch sektorspezifische Regulierung am Beispiel der Deutschen Elektrizitätswirtschaft, 2010, S. 11.

und Ausgestaltung – dann als Begünstigung anzusehen, wenn ein Unternehmen eine Leistung ohne angemessene, d.h. marktübliche, Gegenleistung (Kompensation) erhält. Eine Leistung liegt in jedem geldwerten Vorteil für den Empfänger. Sie erfolgt regelmäßig entweder durch positive Handlung wie im Fall des klassischen Subventionsbegriffs durch Zuführung von Geldmitteln, durch Überkompensation zu Lasten der öffentlichen Hand oder durch eine Maßnahme, welche die Belastungen eines Unternehmens mindert³. Bei einer Quersubvention handelt es sich aus ökonomischer Sicht um eine Maßnahme zur Unterstützung eines anderen Unternehmens oder Unternehmensbereichs mittels eines Ressourcentransfers, dem keine äquivalente Gegenleistung gegenübersteht⁴. Somit stellt eine Quersubvention grundsätzlich eine Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar, wenn diese zu Lasten eines öffentlichen Zurechnungshaushalts erfolgt.

In der Abfallwirtschaft kann ein kommunaler Konzern eine Tochtergesellschaft mittels Quersubventionen beispielsweise dadurch begünstigen, dass das Tochterunternehmen seine Verluste u.a. dadurch deckt, dass es für Wertstoffverarbeitungsleistungen gegenüber der Muttergesellschaft ein überhöhtes Leistungsentgelt erhält. Ein beihilfenrelevanter Ressourcentransfer findet auch statt, soweit das Tochterunternehmen bei der Erfüllung seiner Entsorgungsaufträge kompensationslos – d.h. ohne entsprechende Kostenzuschlüsselung – auf die Infrastruktur und die Kapazitäten der Muttergesellschaft (sog. „Shared Services“)⁵ zugreifen kann, während letztere die Kosten für die genutzten Sach- und Personalmittel alleine trägt. Verstärkt kann dieser Begünstigungseffekt werden, wenn der kommunale Konzern als Gesellschafter des Tochterunternehmens nach Erstellung des Jahresabschlusses dessen Verluste ausgleicht (etwa durch Gesellschafterdarlehen, die den kommunalen Haushalt belasten).

Auch in anderen Wirtschaftssektoren können kommunale Konzerne ihren Tochtergesellschaften beihilfenrelevante Quersubventionen gewähren. Da kommunale Konzerne häufig Eigentümer der kommunalen Infrastrukturen sind, könnte beispielsweise die Durchführung von Tiefbauarbeiten zur Wartung der bestehenden Infrastrukturen, wie der Elektrizitäts- oder Gasverteilnetze, gleichzeitig dazu genutzt werden, um neue Breitbandinfrastrukturen zu errichten.

2. Der kommunale Konzern als beihilfentatbestandlicher öffentlicher Zurechnungshaushalt

Quersubventionen erhalten jedoch nur eine beihilfenrechtliche Relevanz, wenn hierdurch unmittelbar oder mittelbar öffentliche Finanzressourcen in ein sich im Wettbewerb befindendes Tochterunternehmen des kommunalen Konzerns direkt überführt oder indirekt Kosten eines sich im Wettbewerb befindenden Tochterunternehmens den öffentlich dirigierten bzw. privilegierten Konzernsparten angelastet werden. Letztlich muss dem Begünstigten der wirtschaftliche Vorteil aus öffentlichen („staatlichen“) Mitteln zufließen⁶. Die Zurechnung der Mittel an den Staat ist unproblematisch, soweit die Beihilfen von dem Mitgliedstaat selbst oder von – in die Mitgliedstaaten eingegliederten – juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere den Ländern und den Kommunen, gewährt werden. Durch das Merkmal „staatlich oder aus staatlichen Mitteln“ werden jedoch nicht nur Beihilfen der Mitgliedstaaten selbst erfasst. Einzubeziehen sind ebenfalls quersubventionierende Ressourcentransfers, die über eine dem Staat zuzurechnende öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden. Im Rahmen des Han-

delns nicht originär staatlicher Entitäten ist daher zu prüfen, ob die Mittelgewährung auch im konkreten Fall dem Mitgliedstaat zurechenbar ist⁷.

a) Zurechnungskriterien nach der *Stardust Marine* Rechtsprechung

In dem Urteil in der Rechtssache *Stardust Marine* vom 16.05.2002⁸ hat der EuGH diesbezüglich Kriterien aufgestellt. Hier ging es um die Frage, ob eine Mittelvergabe durch ein öffentliches Unternehmen für sich allein ausreichend ist, um die Vergabe der Mittel dem Mitgliedstaat zurechnen zu können. Der Gerichtshof verneinte eine solche pauschale Zurechenbarkeit. Ob eine Maßnahme eines öffentlichen Unternehmens dem Mitgliedstaat zurechenbar ist, könne lediglich aus einem Komplex von Indizien abgeleitet werden, innerhalb dessen unter anderem Folgendes zu prüfen ist: die Eingliederung des Unternehmens in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung, die Art der Tätigkeiten und deren Ausübung auf dem Markt unter normalen Bedingungen des Wettbewerbs mit privaten Wirtschaftsteilnehmern, die Intensität der behördlichen Aufsicht über die Unternehmensführung und jedes andere Indiz, das im konkreten Fall auf eine Beteiligung der Behörden am Erlass einer Maßnahme hinweist⁹. Abzustellen ist dabei auf den jeweiligen Einzelfall. Erst durch die Feststellung der staatlichen Zurechenbarkeit der konkreten und individuellen Transaktion des öffentlichen Unternehmens verwandeln sich die lediglich potenziell staatlichen Mittel in staatliche Mittel i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV.

b) Öffentlicher Zurechnungshaushalt nach *EARL Salvat*

In der Folgerechtsprechung wurde hingegen auf eine kumulative Prüfung der in der Rechtssache *Stardust Marine* aufgestellten formellen und materiellen Kriterien verzichtet und konzentriert darauf abgestellt, auf wessen Initiative die zu untersuchende Maßnahme zurückgeht. In dem Urteil in der Rechtssache *Pearle* vom 15.07.2004¹⁰ wurde das Kriterium der staatlichen Zurechenbarkeit verneint, da die Initiative für die Organisation und Durchführung der in Frage stehenden Werbekampagne nicht von dem öffentlich-rechtlichen Berufsverband, der die Abgaben erhoben hatte, ausging, sondern von einer privaten Vereinigung. Daher kam der EuGH zu dem Schluss, dass der öffentlich-rechtliche Zwangsverband lediglich „Instrument für die Erhebung und Verwendung der eingenommenen Mittel“ war und die Maßnahme „in keiner Weise Teil einer von den niederländischen Behörden definierten Politik“¹¹ gewesen ist. Konsequenz hat das EuG in Anwendung der *Stardust Marine*- und *Pearle*-Maßstäbe des Gerichtshofs in der Rechtssache *EARL Salvat* vom

³ Vgl. EuGH, Urte. v. 15.03.1994 – C-387/92 –, *Banco Exterior de España*, Slg. 1994, S. I-877, Rn. 13 f.; EuGH, Urte. v. 29.06.1999 – C-256/97 –, *DM Transport*, Slg. 1999, S. I-3913, Rn. 19; EuGH, Urte. v. 17.06.1999 – C-295/97 –, *Piaggio*, Slg. 1999, S. I-3735, Rn. 34; EuG, Urte. v. 16.03.2004 – T-157/01 –, *Danske Busvognmænd*, Slg. 2004, S. II-917.

⁴ *Spiekermann*, (Fn. 2), S. 11.

⁵ Hierzu gehören z.B. die gemeinsame Nutzung von Räumlichkeiten, Verwaltung und Büroorganisation, IT-Diensten, Rechnungsstellung, Personal und Fuhrpark.

⁶ Vgl. *Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl. 2004, § 43 Rn. 66.

⁷ EuG, Urte. v. 20.09.2007 – T-136/05 –, *EARL Salvat*, Slg. 2007, S. II-4063; siehe dazu ausführlich *Christoph Arhold*, *The 2007/2008 Case Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aid*, *ESTAL* 2008, 441, 444 f.

⁸ EuGH, Urte. v. 16.05.2003 – C-482/99 –, *Stardust Marine*, Slg. 2002, S. I-4397.

⁹ EuGH, Urte. v. 26.06.2008 – T-442/03 –, *Portugal/Kommission*, Slg. 2008, S. II-1161, Rn. 98 f.; EuGH, Urte. v. 16.05.2003 – C-482/99 –, *Stardust Marine*, Slg. 2002, S. I-4397, Rn. 52 ff.

¹⁰ EuGH, Urte. v. 15.07.2004 – C-345/02 –, *Pearle*, Slg. 2004, I-7139.

¹¹ EuGH, Urte. v. 15.07.2004 – C-345/02 –, *Pearle*, Slg. 2004, I-7139, Rn. 37 (Herüberhebungen durch die Verfasser).

20.09.2007¹² die staatliche Herkunft und deren Zurechenbarkeit zum Staat behauptet. Es „lässt sich anders als in der Rechtsache, in der das Urteil *Pearle* [...] ergangen ist, den Akten ebenso wenig entnehmen, dass die *Initiative* für die Organisation und Durchführung der Stilllegungprämie von irgendeiner privaten Vereinigung und nicht vom CIVDN ausgegangen wäre, das lediglich als Instrument für die Erhebung und Verwendung der eingenommenen Mittel [diente]“¹³. Vielmehr räumten die Kläger selbst ein, „dass die Stilllegungprämie *Teil einer staatlich unterstützten Politik war*“¹⁴.

Das EuG und der EuGH stellen in ihrer Rechtsprechung substantiell darauf ab, auf wessen *Initiative* die Erhebung und die daran anschließende Verteilung der Mittel zurückgeht¹⁵. Geht die entscheidende Initiative für die beihilfenrechtlich zu prüfende Maßnahme eines kommunalen Konzerns auf eine staatliche oder kommunale Körperschaft bzw. Behörde zurück, so wird der kommunale Konzern hinsichtlich dieser Maßnahme einheitlich zu einem beihilfentatbestandlichen Zurechnungshaushalt. Das erstmals im Urteil *Stardust Marine* verlangte *besondere*, über den öffentlichen Unternehmensstatus, also die beherrschenden staatlichen Stimmanteile am Unternehmen, qualifiziert hinausgehende staatliche Zurechenbarkeitsmoment ist damit in den nachfolgenden Urteilen *Pearle* (negativ) und *EARL Salvat* (positiv) als die Mittelvergabe tatsächlich beherrschende und lenkende Initiative einer staatlichen Stelle beschrieben worden.

Besondere Relevanz entfaltet diese Rechtsprechung vor dem Hintergrund der Förderung der Breitband- und Glasfaserschließung zur Beseitigung nachteiliger Standortfaktoren vieler Kommunen in Deutschland. Wird ein kommunales Unternehmen im Breitbandsektor aktiv und betreibt dieses den Aufbau und Ausbau breitbandfähiger Infrastrukturen – etwa durch unterstützende Tiefbauarbeiten anderer kommunaler Konzernsparten – und ist dieser Vorgang tatsächlich hinsichtlich der Initiative (*Pearle/EARL Salvat*) oder des Verfahrens durch kommunale Exekutivstellen – also nicht unternehmensautonom (*Stardust Marine*) durch die Geschäftsführung des kommunalen Konzerns beherrscht und gelenkt, so handelt es sich um eine kommunale, mithin dem Mitgliedstaat Deutschland insgesamt zuzurechnende Beihilfe. Dann ist nämlich die Breitbanderschließung Teil einer von der Kommune selbst – als im unionsrechtlichen Sinne „staatlichen“ Stelle – verfolgten Förderpolitik. Der kommunale Konzern ist dann lediglich ein „Transformationsriemen“, der diese mitgliedstaatliche Förderpolitik in den jeweils sachlich und örtlich relevanten Breitbandinfrastrukturmärkten umsetzt. Da der die kommunale Förderung marktmechanisch lediglich umsetzende kommunale Konzern hier nicht unternehmensautonom handelt, ist er als beihilfentatbestandlicher Zurechnungshaushalt zu qualifizieren.

3. Kommunale Konzerne und deren Tochtergesellschaften als beihilfenrechtliche Begünstigungssubjekte („Unternehmen“)

Bei kommunalen Konzernen und deren Tochtergesellschaften könnte es sich um begünstigte Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV handeln. Mit dem Binnenmarkt unvereinbar sind nur Maßnahmen, die *bestimmte* Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen. Der Begriff des „Unternehmens“ ist ein autonomer Begriff des Unionsrechts und umfasst jede wirtschaftlich tätig werdende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform oder ihrer Finanzierungsart, ohne dass diese bloß Verbraucher oder Arbeitnehmer ist. Das Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV bezieht sich

dabei sowohl auf Begünstigungen privater als auch öffentlicher Unternehmen als beihilfenrechtliche Zurechnungssubjekte. Dass ein kommunaler Konzern zuvor als beihilfentatbestandlicher öffentlicher Zurechnungshaushalt nach der *Stardust Marine*- oder der *EARL Salvat*-Rechtsprechung qualifiziert worden ist, steht seiner janusköpfigen Eigenschaft als beihilfenrechtliches Begünstigungssubjekt im Sinne des funktionalen Unternehmensbegriffs nicht entgegen. Mithin stellt eine wirtschaftliche Einheit der Kommune selbst ohne eine rechtlich eigenständige Korporation, etwa ein kommunaler Eigenbetrieb, auch ein Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar.

4. Wettbewerbsverzerrung und Handelsbeeinträchtigung

Weiterhin muss die Begünstigung den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Eine Wettbewerbsverfälschung ist gegeben, wenn die Beihilfe – tatsächlich oder potenziell – in ein bestehendes oder möglicherweise zur Entstehung kommendes Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen oder Produktionszweigen eingreift und damit den Ablauf des Wettbewerbs verändert¹⁶. Insbesondere können Quersubventionen zur Verzerrung des Wettbewerbs führen, wenn sie zur Refinanzierung von Unterkostenangeboten missbraucht werden¹⁷. So werden kommunale Konzerne aufgrund von Quersubventionspotentialen regelmäßig bei Ausschreibungen in der Lage sein, besonders günstige Gebote abzugeben. Der Wettbewerb *um* den Markt wird deshalb verzerrt. Investitionsbereiten private Unternehmen ohne diese Möglichkeiten droht hierdurch ein „crowding out“, insbesondere im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen.

Der wirtschaftliche Vorteil muss zu einer möglichen Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten führen. Eine solche Beeinträchtigung ist bereits dann gegeben, wenn der Vorteil eine *mögliche* Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel hat. Dieses grenzüberschreitende Element wird man in Anbetracht der immer dichter werdenden Handels-, Dienstleistungs- und Kapitalströme daher nur ausnahmsweise verneinen können.

III. Vermeidung von beihilfenrelevanten Quersubventionen mithilfe von Separate-Accounting

Beihilfenverbotswidrige Begünstigungen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV aufgrund von Quersubventionierungen kommunaler Konzerne können nur vermieden werden, wenn bestimmte beihilfenrechtliche Entflechtungsvorgaben, insbesondere zur getrennten Konten- und Buchführung, beachtet werden.

1. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Zur Vermeidung beihilfenrelevanter Quersubventionen verpflichtet die im Rahmen des sog. Monti-Pakets¹⁸ im Jahre 2005 geänderte und im Jahre 2006 neu gefasste Transparenzrichtlinie¹⁹ Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interes-

¹² EuG, Urt. v. 20.09.2007 – T-136/05 –, *EARL Salvat*, Slg. 2007, S. II-4063.

¹³ EuG, Urt. v. 20.09.2007 – T-136/05 –, *EARL Salvat*, Slg. 2007, S. II-4063, Rn. 163.

¹⁴ EuG, Urt. v. 20.09.2007 – T-136/05 –, *EARL Salvat*, Slg. 2007, S. II-4063, Rn. 164 (Hervorhebungen durch die Verfasser).

¹⁵ So auch *Andreas Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 2009, Art. 87 Abs. 1 EGV, Rn. 124.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 17.11.1980 – 730/79 –, *Philip Morris*, Slg. 1980, S. 2671 (2688 f.).

¹⁷ Vgl. ABL EG 1998 C 39/2, Rn. 3; *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 6), § 43 Rn. 35 ff.

¹⁸ Das Maßnahmenpaket besteht aus der sog. Freistellungsentscheidung (ABl EU 2005 L 312/67), einem Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen (ABl EU 2005 C 297/4) sowie einer Änderung zur Kommissionsrichtlinie über die Transparenz der finanziellen Beziehungen (ABl EU 2005 L 312/47).

¹⁹ Richtlinie 2006/111/EG, ABl EU 2006 L 318/17.

se (DAWI) betraut sind, zur Offenlegung aller beihilfenrelevanten Finanzströme, insbesondere zwischen betrauten (öffentlich kompensierten) Unternehmensbereichen und nicht betrauten Geschäftsbereichen (Art. 4 Abs. 1 lit. a) Transparenzrichtlinie). Da nur Kosten ausgeglichen werden dürfen, die im Rahmen einer betriebswirtschaftlich anerkannten Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung der DAWI zugeordnet werden können, bedarf es für eine belastbare Zuordnung einer nach Unternehmen und Geschäftsbereichen getrennten Buchführung und der Angabe der Parameter, nach denen die Einnahmen und Ausgaben den jeweiligen Bereichen zugewiesen werden (Art. 5 Abs. 5 der Freistellungsentscheidung). Dies gilt insbesondere für die sogenannten Gemeinkosten wie etwa die Miete für ein Gebäude, in welchem beide Tätigkeitsbereiche ihre Büros haben, oder für sog. „Shared Services“.

2. Vergleichbarkeitsprüfung im Rahmen des Market Economy Investor Principle

Selbst außerhalb der Erbringung von DAWI bedingen die Quersubventionspotentiale innerhalb kommunaler Konzerne eine streng nach Unternehmen sowie Geschäftsbereichen getrennte Kontenführung, ohne die nämlich keine beihilfenrechtskonforme Vergleichbarkeitsprüfung im Rahmen des „Market Economy Investor Principle“ (MEIP) durchgeführt werden kann. Der MEIP-Test dient der Bestimmung der Marktüblichkeit, also der Marktangemessenheit des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung, einer von der öffentlichen Hand getätigten Transaktion. Hierdurch kann das Begünstigungsmerkmal des Art. 107 Abs. 1 AEUV ausgeschlossen werden. Eine Durchführung dieses Tests ist jedoch nicht möglich, wenn schon die Vergleichbarkeitsbedingungen bezogen auf einen hypothetischen Privatinvestor nicht vorliegen, da sich die spezifischen Quersubventionspotentiale zur Reduzierung der Investitions- oder Betriebskosten gerade aus der kommunalspezifischen vertikalen Integration und den damit verbundenen Kostenzuordnungsmöglichkeiten kommunaler Konzerne ergeben, die dem privaten Vergleichsinvestor verschlossen bleiben. Nur eine getrennte Buchführung für die einzelnen Unternehmen sowie Geschäftsbereiche vermag die Vergleichbarkeitsbedingungen bezogen auf einen hypothetischen Privatinvestor zumindest auf einer „Als-ob-Grundlage“ darzustellen.

3. Grundlage für die Abwägungsprüfung auf Rechtfertigungsebene

Auch für eine Rechtfertigung von Beihilfen (vgl. Art. 106 Abs. 2, Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV) durch direkte Zuwendungen oder durch öffentlich zurechenbare quersubventionierte Betätigung eines kommunalen Konzerns ist eine nach Konzernunternehmen sowie Geschäftsbereichen getrennte Buchführung notwendig. Bei der im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung vorzunehmenden Abwägung müssen sowohl die positiven als auch die negativen Beihilfeneffekte ermittelt werden. Dies erfordert eine vorab durchgeführte Marktuntersuchung²⁰. Eine Ermittlung und Vermeidung möglicher negativer (Verdrängungs-)Effekte durch die quersubventionierte Betätigung eines kommunalen Konzerns ist nur möglich, wenn die Vollkosten des Vorhabens bestimmbar und als Vergleichsgrundlage in die Abwägungsprüfung einfließen können. Hieraus folgt, dass aus Sicht des Beihilfenrechts nur durch Separate-Accounting die Verhältnismäßigkeit im Sinne der Erforderlichkeit und der Minimierung der Wettbewerbsverzerrungseffekte gewahrt werden kann.

IV. Beihilfenrechtlich anerkannte Kostenrechnungsmethoden

Kommunale Konzerne können somit im Rahmen der Erfüllung von DAWI durch eine (missbräuchliche) Kostenzuschlüsselung oder Verlustzuweisung die ausgleichsfähigen Nettomehrkosten der Aufgabenerfüllung künstlich rechnerisch erhöhen, sodass es zu einer Überkompensation kommt, die als Quersubvention für das sich im Wettbewerb befindende Tochterunternehmen bzw. die sich im Wettbewerb befindende Unternehmenssparte genutzt wird. Auch außerhalb der Erfüllung von DAWI können kommunale Konzerne nicht produktspezifische Gemeinkosten durch eine (missbräuchliche) Kostenzuschlüsselung allein ihrer Monopolsparte anlasten und so künstlich die Kosten anderer Konzernunternehmen reduzieren. In jedem Fall setzt der die Quersubventionierung eröffnende buchhalterische Spielraum regelmäßig an der Zuschlüsselung der nicht produktspezifischen Gemeinkosten an. Dabei bedarf es einer Ermittlung der durch die spezifischen Verbundvorteile entstehenden Quersubventionierungsspielräume mithilfe einer betriebswirtschaftlich anerkannten Kostenrechnungsmethodik.

1. Die Vollkostenrechnung des EU-Beihilfenrechts

Zur Ermittlung des Vorliegens von Quersubventionen sind in den Wirtschaftswissenschaften verschiedene Kostenkonzepte ermittelt worden²¹. Die entscheidende Frage hierbei lautet: Welche Kosten muss der Preis des Produktes A mindestens enthalten, damit keine Quersubvention aus dem Produktmarkt B, durch den Unternehmensbereich C oder das verbundene Unternehmen D erforderlich wird. Die Kommission hat in ihrer Verwaltungspraxis auf die sog. Vollkostenrechnung („fully distributed cost method“) zurückgegriffen, nach der in den Preis alle in der Leistung tatsächlich enthaltenen Kosten einzubeziehen sind. Neben den leistungsbezogenen Zusatzkosten muss auch ein anteiliger Beitrag an den Gemeinkosten des Unternehmens berücksichtigt werden²². Bei dem Kostenrechnungssystem der Vollkostenrechnung werden zunächst sämtliche Kosten, also sowohl die variablen Kosten als auch die Gemeinkosten, im Rahmen der *Kostenartenrechnung* erfasst. Dann werden die Gemeinkosten bei der *Kostenstellenrechnung* mithilfe von Verrechnungssätzen verteilt und in der *Kostenträgerrechnung* den Kostenträgern (den jeweiligen Produkteinheiten) zugerechnet. Es findet also eine verursachungsgerechte Ermittlung und Zurechnung der Gemeinkosten auf der Basis einzelner Kostenträger statt.

Mit dem *Chronopost*-Urteil²³ wurde die Vollkostenrechnung als Standard für die beihilfenrechtliche Beurteilung von

²⁰ Diese Vorgehensweise entspricht dem ökonomischen Ansatz („more economic approach“) der Beihilfenkontrolle des „State Aid Action Plans 2005“ (KOM (2005) 107 endg.), der eine dreistufige Verhältnismäßigkeitsprüfung vorsieht: Die Maßnahme muss erstens zur Beseitigung eines Marktversagens oder zum Erreichen bestimmter, eng definierter sozialer oder regionaler Ziele erforderlich und zweitens geeignet sein, bevor in einem dritten Schritt die positiven und die negativen Effekte der Beihilfe auf den unverfälschten Wettbewerb und Handel abzuwägen sind („Balancing Test“). Vgl. *Ulf Böge*, Der „more economic approach“ und die deutsche Wettbewerbspolitik, *WuW* 2004, 726, 733; *Christian Koenig/Julia Paul/Tobias Traupel*, *European State Aid Law – Europäisches Beihilfenrecht*, 2009, S. 49, 58 ff.

²¹ Neben der hier dargestellten Vollkostenrechnung gibt es verschiedene andere Kostenkonzepte bei denen für die Beurteilung einer Quersubvention beispielsweise auf die leistungsspezifischen Zusatzkosten (incremental costs) oder die Alleinstellungskosten (stand alone costs) zurückgegriffen wird. Vgl. hierzu *Frank Montag/Christoph Liebenath*, in: Heidenhain (Hrsg.), *Handbuch des europäischen Beihilfenrechts*, 1. Aufl. 2003, § 27 Rn. 6; *Philipp Riesenkampff*, Quersubventionierung im Spannungsfeld des freien Wettbewerbs, *EWS* 2007, 492, 495.

²² *Montag/Liebenath* (Fn. 21), § 27 Rn. 6; *Leigh Hancher/José-Luis Buendía Sierra*, *Cross-Subsidization and EC Law*, *CMLR* 1998, 901, 906 ff.

²³ *EuGH*, *Urt. v. 03.07.2003 – C-83/01 – Chronopost*, *Slg.* 2003, S. I-6993.

Quersubventionen festgelegt²⁴. Demnach „kann eine staatliche Beihilfe [...] ausgeschlossen werden, wenn [...] festgestellt wird, dass die verlangte Gegenleistung vereinbarungsgemäß alle variablen Zusatzkosten, [...] einen angemessenen Beitrag zu den Festkosten [...] und eine angemessene Vergütung des Eigenkapitals [...] umfasst“²⁵. Konkretisiert und weiterentwickelt wurde dieser Ansatz durch das *Altmark Trans*-Urteil²⁶ und die im Rahmen des Monti-Pakets erlassene Freistellungsentscheidung²⁷ und den Gemeinschaftsrahmen²⁸, die detaillierte Anforderungen an die beihilfenrechtlich gebotene Kostenrechnungsmethodik stellen. Art. 5 Abs. 2 der Freistellungsentscheidung legt fest, dass die „Berechnung [...] anhand gemeinhin akzeptierter Rechnungslegungsgrundsätze“ zu erfolgen hat, wobei nur die „zurechenbaren Kosten berücksichtigt werden“ (lit. b) dürfen, welche „sämtliche durch die Erbringung der fraglichen Dienstleistung verursachten variablen Kosten, einen angemessenen Beitrag zu den sowohl dienstleistungsbezogenen als auch im Rahmen sonstiger Tätigkeiten anfallenden Fixkosten und eine angemessene Rendite“ (lit. c) umfassen²⁹. Diese im Rahmen von DAWI konsolidierten Grundsätze zur Bestimmung von beihilfenrelevanten Quersubventionen sind ebenso bei der Beurteilung von Quersubventionen innerhalb kommunaler Konzerne heranzuziehen.

2. Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung

Die Anwendung der betriebswirtschaftlich anerkannten Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung verhindert, dass es zu beihilfenrelevanten Quersubventionen zwischen öffentlichen und insbesondere wettbewerblichen Unternehmensparten kommt. Der auf die funktionale Unternehmenseigenschaft (auch einer Unternehmenssparte oder einer Tochtergesellschaft) ausgerichtete Begünstigungstatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV kann unter Beachtung der Vollkostenrechnung ausgeschlossen werden³⁰. Denn die Vollkostenrechnung stellt sicher, dass alle anfallenden Kosten den einzelnen Unternehmensparten oder Tochtergesellschaften eines öffentlichen Unternehmens nach Maßgabe ihres Verursachungsanteils ordnungsgemäß zugeschlüsselt werden.

a) Kostenartenrechnung

Die Kostenartenrechnung gibt Auskunft über die Art der angefallenen Kosten wie Gehälter, Instandhaltungskosten, Fremdleistungen und Abschreibungen. Die Kostenartenrechnung ist die Basis für alle Kostenrechnungssysteme. Ziel ist es, sämtliche angefallenen Kosten vollständig, eindeutig und überschneidungsfrei nach Kostenarten gegliedert zu erfassen³¹. An dieser Stelle ist zwischen leistungsspezifischen Einzelkosten und Gemeinkosten zu differenzieren. So handelt es sich beispielsweise bei der auf die „Shared Services“ (gemeinsame Nutzung z.B. von Räumlichkeiten, Verwaltung, IT-Diensten, Rechnungsstellung, Personal und Fuhrpark) bezogenen Kostenart um Gemeinkosten, die mithilfe der Kostenstellenrechnung auf einzelne Kostenstellen (den einzelnen Konzernunternehmen oder Unternehmensparten) verursachungsgerecht zu verteilen und schließlich im Rahmen der Kostenträgerrechnung bestimmten Produkten nach ihrem Verursachungsanteil zuzuordnen sind.

b) Kostenstellenrechnung

Die Kostenstellenrechnung spiegelt die Struktur des kommunalen Konzerns wider. Sie dokumentiert die Kosten dort, wo sie verursacht worden sind, getrennt nach den einzelnen Kostenarten. Mittels der Kostenstellenrechnung wird eine nach verschiedenen Aufgabenbereichen getrennte Buchführung realisiert. Die Kostenstellenrechnung untersucht, wel-

chen Betriebsbereichen die Kosten zuzuordnen sind³². Aus beihilfenrechtlicher Sicht ist hier eine genaue Zuordnung von besonderer Bedeutung, da gerade der Mittelfluss (die Mittelzuführung oder -verschöpfung) zwischen denjenigen Unternehmen sowie Unternehmensbereichen, die sich im Wettbewerb befinden, und denen, die – aufgrund der öffentlichen Betrauung mit DAWI oder natürlichen kommunalen Monopolen – dem Wettbewerbsdruck entzogen sind, eine Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen kann.

c) Kostenträgerrechnung

In einem letzten Schritt erfolgt auf Grundlage der Kostenarten- und Kostenstellenrechnung die Kostenträgerrechnung. Im Rahmen der Kostenträgerrechnung werden die Kosten ihren Verursachungszwecken zugeordnet³³. Diese Verursachungszwecke sind die Leistungen der einzelnen Unternehmen eines Gesamtkonzerns. Gerade der letzte Schritt der Kostenträgerrechnung beschreibt den Vorgang der Kostenzuordnung an eine bestimmte Leistung. Mithin erfolgt eine verursachungsgerechte Kostenverteilung gemessen an dem individuellen Nutzungsanteil der einzelnen Konzernunternehmen sowie Unternehmensbereichen. Aus der internen Rechnungslegung muss sich ergeben, wie sich die kostenverursachenden Leistungen auf die Kostenträger verteilen.

d) Verknüpfung und Kausalität

In der Kostenrechnung werden auch die mit bestimmten Kostenarten, Kostenstellen und Kostenträgern zusammenhängenden Erträge ausdrücklich ausgewiesen. Für die Zuordnung der Kosten und Erträge gilt der Grundsatz der Kausalität, wonach Kostenstellen und Kostenträger mit Kosten nur belastet werden dürfen und ihnen Erträge nur zugeschrieben werden dürfen, soweit sie sie unmittelbar verursacht haben. Soweit keine unmittelbare Zuordnung möglich ist, werden Zuordnungsschlüssel, die dem Verursachungsprinzip entsprechen, gewählt.

3. Separate-Accounting als Grundvoraussetzung für beihilfenrechtlich gebotene Kostenrechnung

Grundlage für die beihilfenrechtskonforme Durchführung dieser Kostenrechnung ist die Einhaltung des Separate-Accounting-Gebots, da es für die Anwendung in der Praxis umfangreicher Informationen hinsichtlich der Kostendaten bedarf. Diese können nur aus der internen Kostenrechnung gewonnen werden. Daher ist eine transparente nach Unternehmen sowie Geschäftsbereichen getrennte Buchführung unerlässlich. Für Unternehmen, die mit der Erbringung von DAWI betraut sind, ergibt sich dies bereits aus der Transparenzrichtlinie³⁴ sowie aus dem ihrer Umsetzung dienenden Transparenzrichtlinie-Gesetz³⁵. Das Gebot getrennter Buchführung ist jedoch auf andere vertikal integrierte öffentliche Unternehmen übertragbar.

²⁴ *Riesenkampff* (Fn. 21), EWS 2007, 492, 499; vgl. auch GA Tizzano, Schlussanträge v. 12.12.2002 – C-83/01 –, *Chronopost*, Rn. 58.

²⁵ EuGH, Ur. v. 03.07.2003 – C-83/01 –, *Chronopost*, Slg. 2003, S. I-6993, Rn. 40.

²⁶ EuGH, Ur. v. 24.07.2003 – C-280/00 –, *Altmark Trans*, Slg. 2003, S. I-7747, Rn. 83 f.

²⁷ ABLEU 2005 L 312/67.

²⁸ ABLEU 2005 C 297/4.

²⁹ Ebenso Rn. 16 des Gemeinschaftsrahmens, ABLEU 2005 C 297/4.

³⁰ Ähnlich *Stefan Huber/Julia Prikoszovits*, Universitäre Drittmittelforschung und EG-Beihilfenrecht, EuZW 2008, 171, 174.

³¹ *Christian Bleis*, Kostenrechnung und Kostenrelevanz, 2007, S. 20.

³² *Christian Koenig/Jürgen Kühling/Winfried Rasbach*, Energierecht, 2. Aufl. 2008, S. 119.

³³ *Koenig/Kühling/Rasbach* (Fn. 32), S. 119.

³⁴ ABLEU 2006 L 318/17, Art. 4 Abs. 1 lit. b, c.

³⁵ BGBl. I 2001, 2141, insbesondere § 3 Abs. 1.

V. Quersubventionierende langfristige Verträge

Langfristige Verträge können ebenfalls eine beihilfenrechtliche Relevanz entfalten. Entscheidend für die Anwendbarkeit des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist, ob der mögliche Beihilfenempfänger durch den Vertrag einen irgendwie gearteten selektiven ökonomischen Vorteil aus öffentlichen Mitteln erhält, den er unter normalen Marktbedingungen nicht erlangen würde. Ist ein kommunaler Konzern als beihilfentatbestandlicher öffentlicher Zurechnungshaushalt zu qualifizieren und schließt dieser langfristige Verträge über die Nutzung beispielsweise von Infrastrukturen ab, verfügt er hiermit über „staatliche Mittel“ im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Ein solcher Infrastrukturnutzungsvertrag enthält dann beihilfenrelevante Begünstigungseffekte, wenn der kommunale Konzern als öffentlicher Zurechnungshaushalt sein eigenes Tochterunternehmen mittels eines unterhalb der Marktbedingungen liegenden Mietzinses begünstigt. Mithin müssen die Zugangs- oder Nutzungsverträge so ausgestaltet sein, wie sie auch ein privater Vergleichsinvestor unter normalen Marktbedingungen abschließen würde, sodass das Begünstigungsmerkmal und somit der Beihilfentatbestand ausgeschlossen werden kann (sog. MEIP-Test)³⁶.

Zur Vermeidung und Überprüfbarkeit beihilfenrelevanter Begünstigungseffekte müssen bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses der langfristigen Vertrags- und Leistungsverhältnisse für die gesamte Vertragslaufzeit die der Preiskalkulation zugrunde liegenden Berechnungsparameter der Vollkostenrechnung, insbesondere bei der Kalkulation eines Miet- oder Pachtzinses, transparent gegenübergestellt werden. Ohne eine solche transparente Ausweisung der Berechnungsparameter in den Vertragsregelungen selbst, zumindest in den Grundzügen, ist eine beihilfenrechtskonforme Bewertung im Rahmen des MEIP-Tests überhaupt nicht möglich. Je länger ein Vertrag zwischen einem Rechtsträger eines öffentlichen Zurechnungshaushaltssubjekts und dem Rechtsträger eines anderen (funktionalen) Unternehmens läuft, umso präziser müssen die Vertragsparameter zur – der Entgeltkalkulation zugrunde liegenden – (Voll-)Kostenrechnung formuliert werden.

VI. Offenlegung der (getrennten) Konten- und Rechnungsführung im Rahmen der Konkurrentenklage

Gewährt ein kommunaler Konzern einer seiner Unternehmensparten oder Tochtergesellschaften eine Beihilfe in Form einer Quersubvention unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot (Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV), können Wettbewerber des Beihilfenempfängers Ansprüche auf Schadensersatz, Unterlassung, Auskunft und Beseitigung der Beeinträchtigung aus §§ 823 Abs. 2, 1004 analog BGB sowie §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1 S. 1, 2 und Abs. 3 Nr. 1 UWG jeweils i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV geltend machen³⁷. Dabei obliegt es nach allgemeinen Beweisregeln grundsätzlich dem klagenden Wettbewerber des Beihilfenempfängers, das Vorliegen einer Beihilfe und eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot als Anspruchsvoraussetzungen zu beweisen. Mangels Einblicks in unternehmensinterne Vorgänge seines Konkurrenten bzw. des Beihilfengebers wird er jedoch regelmäßig keinen Zugriff auf die erforderlichen Beweismittel haben. In diesem Fall kann er im Wege einer Stufenklage (§ 254 ZPO) vorgehen und das öffentliche Unternehmen zunächst auf Auskunft, insbesondere Offenlegung der soeben dargestellten Kostenrechnung, verklagen, bevor er in einem zweiten Schritt auf der Grundlage der erhaltenen Auskünfte seine Schadensersatz-, Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche geltend macht³⁸.

VII. Fazit

Wenn Quersubventionen im kommunalen Konzern zur Refinanzierung von Unterkostenangeboten, insbesondere in Ausschreibungen, missbraucht werden, wird der Wettbewerb *um* den Markt verzerrt. Privat finanzierten Unternehmen droht hierdurch ein „crowding out“. Nach den jüngsten Urteilen des BGH vom 10.02.2011³⁹ können ausgetobete Wettbewerber des Beihilfenempfängers Ansprüche auf Schadensersatz, Unterlassung, Auskunft und Beseitigung der Beeinträchtigung geltend machen.

³⁶ Vgl. *Leigh Hancher*, Long-term Contracts and State Aid – A new Application of the EU State Aid Regime or a Special Case?, ESTAL 2010, 285, 286.

³⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 10.02.2011 – I ZR 136/09 –, Rn. 53 ff.; BGH, Urt. v. 10.02.2011 – I ZR 213/08 –, Rn. 23 ff.

³⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 10.02.2011 – I ZR 136/09 –, Rn. 5; BGH, Urt. v. 10.02.2011 – I ZR 213/08 –, Rn. 4.

³⁹ BGH, Urt. v. 10.02.2011 – I ZR 136/09 sowie I ZR 213/08 –.