

# Aktuelle EU-beihilferechtliche und wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen einer indirekten Förderung des Breitbandausbaus mittels Quersubventionen

## Teil 1: Die beihilferechtliche Relevanz von Quersubventionierungen kommunaler Unternehmen

Von Martin Busch/Christian Koenig\*

### I. Einleitung

Der zügige Ausbau breitbandiger Telekommunikationsnetze gehört fraglos zu den größten Infrastrukturherausforderungen der nächsten Jahre. In Anbetracht der ambitionierten Erschließungsziele der Europäischen Union<sup>1</sup> und der Bundesregierung<sup>2</sup> werden in großem Umfang mit staatlichen Fördermitteln zusätzliche Investitionsanreize für private und öffentliche Unternehmen gesetzt, um den Ausbau zu beschleunigen. Die Kommission hat 2010 staatliche Förderungen in Höhe von insgesamt rund 1,8 Mrd Euro, welche wiederum Investitionen in Breitbandnetze von insgesamt über 3,5 Mrd Euro erschlossen haben, geprüft und genehmigt.<sup>3</sup> Dabei besteht die Gefahr, dass solch hohe Fördersummen dysfunktionale wettbewerbsverzerrende Effekte hervorrufen, die den Breitbandausbau mehr hemmen als befördern.

Die Breitband-Beihilfeleitlinien der Kommission von 2009<sup>4</sup> adressieren diese Thematik und versuchen einen Ausgleich zwischen der staatlichen Förderung von Investitionen in Breitband- und NGA-Netze einerseits und der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen andererseits zu erreichen. Primär behandeln die Breitband-Beihilfeleitlinien Rahmenbedingungen für eine direkte staatliche Förderung, bei der staatliche Stellen den privatwirtschaftlichen Ausbau durch Zuwendungen oder die Erbringung von Teilleistungen (zB die Übernahme

von Tiefbauarbeiten, die Verlegung von Leerrohren oder die Errichtung passiver Infrastrukturelemente) unterstützen. Im Ergebnis sollen somit private Betreiber zu eigenen Investitionen in Netzinfrastrukturen ermutigt werden.

Dagegen ist in der Praxis zunehmend zu beobachten, dass sich das kommunale Engagement nicht auf die genannte direkte Förderung beschränkt, sondern zunehmend mittels kommunaler oder regionaler öffentlicher Versorgungsunternehmen Netzinfrastrukturen errichtet und betrieben werden, die ganz oder teilweise im öffentlichen Eigentum stehen.<sup>5</sup> Häufig wird der Ausbau der Breitbandinfrastrukturen in diesen Fällen nicht direkt gefördert, sondern indirekt durch Quersubventionen innerhalb der kommunalen Betriebe ermöglicht. Diese in den Breitband-Beihilfeleitlinien der Kommission nicht behandelte komplexitätssteigernde Vorgehensweise soll in der vorliegenden zweiteiligen Abhandlung ausführlich beleuchtet werden, da sie verbreitet für Unsicherheiten im Rahmen des kommunalwirtschaftlichen Breitbandausbaus sorgt. Denn grundsätzlich kann jede öffentliche Förderung des Breitbandausbaus beginnend bei der Planung von Tiefbauarbeiten eine Beihilfe im Sinne des Art 107 Abs 1 AEUV darstellen, sofern die „De-minimis“-Schwelle von € 200.000 in drei Steuerjahren überschritten wird.<sup>6</sup>

### II. Handlungsoptionen der Kommunen zur Vermeidung von beihilferechtlich relevanten Quersubventionen

Zur Vermeidung beihilferechtlich relevanter Wettbewerbsverzerrungseffekte im Rahmen der Förderung des Breitbandausbaus haben die Kommunen verschiedene Handlungsoptionen: Wenn die geplante Förderung der Kommunen nicht die Voraussetzungen der Förderprogramme der EU, des Bundes und der Länder<sup>7</sup> erfüllt und

\* Martin Busch ist wissenschaftlicher Referent am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M., ist Direktor am ZEI. – Der Beitrag geht auf ein Gutachten zurück.

1 Kommission, Eine Digitale Agenda für Europa, KOM(2010) 245 endg., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:DE:PDF>, (letzter Abruf: 23.5.2012).

2 [www.bmwi.de/Dateien/BBA/PDF/breitbandstrategie-der-bundesregierung.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf](http://www.bmwi.de/Dateien/BBA/PDF/breitbandstrategie-der-bundesregierung.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf), (letzter Abruf: 23.5.2012).

3 Kommission, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2010, KOM(2011) 328 endg., S 34, [http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2010/part1\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2010/part1_de.pdf), (letzter Abruf: 23.5.2012).

4 Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABL.EU 2009 Nr C 235, S 7.

5 Mehr als 120 Mitglieder des Verbandes kommunaler Unternehmen (VKU) sind bislang im Breitbandausbau engagiert: [www.vku.de/ueber-uns/gremien/ak-breitband.html](http://www.vku.de/ueber-uns/gremien/ak-breitband.html) (letzter Abruf: 23.5.2012).

6 Art 2 Abs 2 Verordnung (EG) Nr 1998/2006 der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABL.EU 2006 Nr L 379, S 5.

7 Vgl hierzu: *BMWi*, Möglichkeiten der Breitbandförderung. Ein Leitfadens, S 3, [www.zukunft-breitband.de/Dateien/BMWi/PDF/](http://www.zukunft-breitband.de/Dateien/BMWi/PDF/)



Aus der Unterscheidung zwischen „staatlich“ und „aus staatlichen Mitteln“ wird darüber hinaus deutlich, dass auch solche Maßnahmen, die über eine dem Staat zuzurechnende öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden, einzubeziehen sind. So besteht die Möglichkeit, dass Vergünstigungen kommunaler Unternehmen, die diese eigenen Unternehmenssparten oder Netzgesellschaften (die unter Umständen 100%-ige Tochtergesellschaften eines oder mehrerer vollständig in öffentlicher Hand befindliche Stadtwerke sind) in Form von Quersubventionen zuführen, dem Mitgliedstaat Deutschland nach Art 107 Abs 1 AEUV zuzurechnen sind. Im Rahmen des Handelns nicht originär staatlicher Entitäten ist zu prüfen, ob die Mittelgewährung in Form einer Quersubvention auch im Einzelfall dem Mitgliedstaat zuzurechnen ist.<sup>16</sup>

In dem Urteil in der Rechtssache *Stardust Marine* vom 16. Mai 2002<sup>17</sup> hat der EuGH diesbezüglich Kriterien aufgestellt und verneinte eine pauschale Zurechenbarkeit:

„Die bloße Tatsache, dass ein öffentliches Unternehmen unter staatlicher Kontrolle steht, genügt daher nicht, um Maßnahmen dieses Unternehmens [...] dem Staat zuzurechnen. Es muss außerdem geprüft werden, ob davon auszugehen ist, dass die Behörden in irgendeiner Weise am Erlass dieser Maßnahmen beteiligt waren.“<sup>18</sup>

Hieraus folgt eine zweistufige Prüfung: Zunächst ist auf einer ersten Stufe zu prüfen, ob das Unternehmen unter staatlicher Kontrolle steht, ob also die öffentliche Hand einen beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen ausüben kann. Auf einer zweiten Stufe ist sodann zu ermitteln, ob staatliche Behörden in irgendeiner Weise am Erlass der Maßnahmen des Unternehmens beteiligt waren.

#### a) Unternehmen unter staatlicher Kontrolle

Dass ein Unternehmen unter staatlicher Kontrolle steht, hat der BGH in Bezug auf die Verwendung von Unternehmensmitteln bejaht,

„wenn der Staat in der Lage ist, durch Ausübung eines beherrschenden Einflusses auf diese Unternehmen ihre Verwendung zu steuern (EuGH, NVwZ 2003, 461 Rn. 38 – *Stardust Marine*). Nach Art. 2 Buchst. b Ziff. i der Richtlinie 2006/111/EG [Transparenz-Richtlinie] wird vermutet, dass ein beherrschender Einfluss unter anderem dann ausgeübt wird, wenn die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des

*Unternehmens besitzt*. [–] Die Transparenz-Richtlinie kann auch zur Bestimmung der Staatlichkeit von Mitteln im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV herangezogen werden (vgl. EuGH, NVwZ 2003, 461 Rn. 34 – *Stardust Marine*).“<sup>19</sup>

Die Tatsache, dass es sich bei den kommunalen Unternehmen in aller Regel um privatwirtschaftlich organisierte Betriebe in der Rechtsform einer AG oder GmbH handelt, führt folglich nicht zu einem Ausschluss des Merkmals der staatlichen Kontrolle und letztlich der staatlichen Zurechenbarkeit.<sup>20</sup>

#### b) Beteiligung mitgliedstaatlicher Behörden

Auf einer zweiten Stufe muss ermittelt werden, ob staatliche Behörden in irgendeiner Weise am Erlass der Maßnahme oder Vornahme der Quersubvention des öffentlichen Unternehmens beteiligt waren. In dem Urteil in der Rechtssache *Stardust Marine*<sup>21</sup> hat der EuGH die Zurechenbarkeit aus einem Komplex von Indizien abgeleitet.<sup>22</sup> Abzustellen sei dabei auf den jeweiligen Einzelfall. In der Folgerechtsprechung wurde auf eine kumulative Prüfung der dort 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. Juli 2004<sup>23</sup> wurde das Kriterium der staatlichen Zurechenbarkeit verneint, da die Initiative für die fragliche Maßnahme nicht von dem öffentlich-rechtlichen Verband ausging, sondern von einer privaten Vereinigung und somit „in keiner Weise Teil einer von den niederländischen Behörden definierten Politik“<sup>24</sup> gewesen ist. Konsequenterweise hat das EuG in Anwendung der *Stardust Marine*- und *Pearle*-Maßstäbe des Gerichtshofs in der Rechtsache *EARL Salvat* vom 20. September 2007<sup>25</sup> die staatliche Herkunft und deren Zurechenbarkeit zum Staat bejaht:

„[Es] lässt sich anders als in der Rechtssache, in der das Urteil *Pearle* u.a. [...] ergangen ist, den Akten ebenso wenig entnehmen, dass die Initiative für die Organisation und Durchführung der Stilllegungsprämie von irgendeiner

16 Arbold, EStAL 2008, 441, 444 f.

17 EuGH, Urt v 16.5.2002, Rs C-482/99, *Stardust Marine*, Slg 2002, S I-4397.

18 EuGH, Urt v 16.5.2002, Rs C-482/99, *Stardust Marine*, Slg 2002, S I-4397, Rn 52.

19 BGH, Urt v 10.02.2011, Az I ZR 136/09, Flughafen Frankfurt-Hahn, Rn 67; ebenso Urt v 10.02.2011, Az I ZR 213/08, Flughafen Lübeck, Rn 56 (Hervorhebungen durch die Verfasser).

20 EuGH Urt v 16.5.2002, Rs C-482/99, *Stardust Marine*, Slg 2002, S I-4397, Rn 57; vgl hierzu auch *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 2009, Art 87 Abs 1 EGv, Rn 123.

21 EuGH Urt v 16.5.2002, Rs C-482/99, *Stardust Marine*, Slg 2002, S I-4397.

22 EuGH Urt v 16.5.2002, Rs C-482/99, *Stardust Marine*, Slg 2002, S I-4397, Rn 56.

23 EuGH, Urt v 15.7.2004, Rs C-345/02, *Pearle*, Slg 2004, I-7139.

24 EuGH, Urt v 15.7.2004, Rs C-345/02, *Pearle*, Slg 2004, I-7139, Rn 37 (Hervorhebungen durch die Verfasser).

25 EuG, Urt v 20.9.2007, Rs T-136/05, *EARL Salvat*, Slg 2007, S II-4063.

privaten Vereinigung und nicht vom CIVDN ausgegangen wäre, das lediglich als Instrument für die Erhebung und Verwendung der eingenommenen Mittel [diente].<sup>26</sup> Vielmehr räumten die Kläger selbst ein, „dass die Stilllegungsprämie Teil einer staatlich unterstützten Politik war.“<sup>27</sup>

Das EuG und der EuGH stellen in ihrer Rechtsprechung substanziell darauf ab, auf wessen – den Fördervorgang tatsächlich beherrschende – Initiative die Erhebung und die daran anschließende Verteilung der Mittel zurückgehen.<sup>28</sup> Geht die entscheidende Initiative für die beihilferechtlich zu prüfende Maßnahme eines öffentlichen Unternehmens auf die tatsächliche Lenkung des Fördervorgangs durch eine staatliche Stelle zurück, so wird das öffentliche Unternehmen hinsichtlich dieses Fördervorgangs einheitlich zu einem beihilfetatbestandlichen Zurechnungshaushalt.

Auch der BGH fordert im Rahmen der Zurechenbarkeit nicht, dass der Beihilfegeber von einer staatlichen Behörde konkret zu der in Rede stehenden Beihilfemaßnahme veranlasst wurde:

„Die Zurechenbarkeit einer Beihilfemaßnahme an den Staat verlangt außerdem, dass die Behörde *in irgendeiner Weise am Erlass dieser Maßnahme beteiligt war* (EuGH, NVwZ 2003, 461 Rn. 52 – Stardust Marine). Insoweit kann allerdings nicht der Nachweis verlangt werden, dass die Behörde das öffentliche Unternehmen konkret veranlasst hat, die fraglichen Beihilfemaßnahmen zu treffen.“<sup>29</sup>

### c) Zwischenergebnis: kommunale Unternehmen als beihilfetatbestandliche öffentliche Zurechnungshaushalte

Eine Maßnahme ist also „aus staatlichen Mitteln gewährt“ zurechenbar, wenn

- a) die öffentliche Hand einen beherrschenden Einfluss auf das kommunale Unternehmen ausübt, also unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals besitzt, und
- b) die öffentliche Hand „in irgendeiner Weise“, also nicht notwendigerweise als unmittelbarer Verursacher, an der Quersubventionierung beteiligt war, ohne dass sie diese konkret veranlasst haben muss.

Wird also der Ausbau breitbandfähiger Infrastrukturen durch ein solches kommunales Unternehmen betrieben und ist dieser Fördervorgang tatsächlich hinsichtlich der Initiative (*Pearle/EARL Salvat*) oder des Förderverfahrens durch kommunale Exekutivstellen – also nicht un-

ternehmensautonom (*Stardust Marine*) durch die Geschäftsführung der Stadtwerkegesellschaft – in irgendeiner Weise beherrscht und gelenkt, so handelt es sich um eine einheitlich dem Mitgliedstaat Deutschland insgesamt zuzurechnende Beihilfe. Dann ist nämlich die Breitbanderschließung mit Glasfaser Teil einer von der Kommune selbst – als im unionsrechtlichen Sinne staatlichen Stelle – verfolgten Förderpolitik. Das kommunale Unternehmen ist dann lediglich ein „Transformationsriemen“, der diese mitgliedstaatliche Förderpolitik in den jeweils sachlich und örtlich relevanten Breitbandinfrastrukturmärkten umsetzt. So sind es in erster Linie die Exekutivstellen (Stadt- oder Gemeinderäte, Bürgermeister) der unterversorgten Kommunen – und nicht unternehmensautonom (also gewinnorientiert) denkende Geschäftsführungen der Stadtwerkegesellschaften –, die aufgrund von nachteiligen Standortfaktoren die Breitband- und Glasfasererschließung initiieren und vorantreiben.<sup>30</sup>

Für die Erfüllung des Beihilfetatbestands spielt es dann keine Rolle, woher die Mittel des kommunalen Unternehmens, die dieses zur Quersubventionierung des Breitbandausbaus einsetzt, stammen, da das Unternehmen als vollständig öffentliches, wirtschaftlich seitens der beteiligten Gebietskörperschaften dirigiertes Unternehmen selbst EU-beihilferechtlicher Zurechnungshaushalt im Sinne des Art 107 Abs 1 AEUV ist.<sup>31</sup>

### 2. Kommunale Unternehmen und ihre Netzbetreiber-Tochtergesellschaften als beihilferechtliche Begünstigungssubjekte

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 funktional-tatsächlich wirtschaftlich tätig werdende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform oder ihrer Finanzierungsart (privat oder öffentlich), ohne dass diese bloß Verbraucher oder Arbeitnehmer ist. Eine funktional unternehmerische Tätigkeit besteht jedenfalls im Angebot von gewerblich nutzbaren Dienstleistungen auf einem bestimmten relevanten vorgelagerten Infrastruktur-Markt, auf dem die Anbieter nachgelagerter Breitband-Dienstleistungen die benötigten Infrastruktur-Vorprodukte einkaufen. Dass die kommunalen Un-

26 EuG, Urt v 20.9.2007, Rs T-136/05, *EARL Salvat*, Slg 2007, S II-4063, 163.

27 EuG, Urt v 20.9.2007, Rs T-136/05, *EARL Salvat*, Slg 2007, S II-4063, 164 (Hervorhebungen durch die Verfasser).

28 So auch *Bartosch* (Fn 20), Rz 124.

29 BGH, Urt v 10.2.2011, Az I ZR 136/09, Flughafen Frankfurt-Hahn, Rn 68; ebenso Urt v 10.2.2011, Az I ZR 213/08, Flughafen Lübeck, Rn 57 (Hervorhebungen durch die Verfasser).

30 Vgl den Bericht von *Doll/Kimmeskamp*, BWGZ 2010, 533 ff.

31 Eine Quersubventionierung führt zudem zu einer Belastung der Haushalte der hinter den kommunalen Unternehmen stehenden Kommunen, da an diese als Gesellschafter ein geringerer Gewinn abgeführt wird oder in der Gesamtbilanz Verluste zu verzeichnen sind, die von den Gesellschaftern auszugleichen sind. Für die mitgliedstaatliche Zurechnung ist letztlich eine potentielle oder tatsächliche Belastung (anderer) öffentlicher Haushalte nicht erforderlich.

ternehmen zuvor als beihilfetatbestandliche öffentliche *Zurechnungshaushalte* qualifiziert worden sind, steht ihrer janusköpfigen Eigenschaft als beihilferechtliche *Begünstigungssubjekte* im Sinne des funktionalen Unternehmensbegriffs nicht entgegen. Da auch unternehmensinterne Quersubventionen unter den Tatbestand des Art 107 Abs 1 AEUV fallen können, kann es auf eine organisatorische Trennung der beihilfegewährenden Stelle und dem Beihilfeempfänger, insbesondere im Hinblick auf die Gefahr einer möglichen Umgehung der Beihilfevorschriften, nicht ankommen.<sup>32</sup>

Kommunale Unternehmen, die mit öffentlicher Förderung oder unter Ausnutzung von Quersubventionspotentialen (beispielsweise Tiefbauaktivitäten in ihrem Konzessionsgebiet) breitbandige Glasfaserinfrastruktur errichten, üben durch deren Vermarktung oder wirtschaftliche Nutzung eine unternehmerische Tätigkeit aus, bei der sie mit anderen in der Regel überregional tätigen Infrastrukturanbietern in Wettbewerb stehen. Aufgrund des funktionalen Unternehmensbegriffs gilt die rechtsformneutrale, allein betreiberbezogene Definition des „begünstigten Unternehmens“ auch für die Kommunen,<sup>33</sup> die selbst ein Glasfasernetz errichten und betreiben, oder für andere Unternehmen, die auch auf nachgelagerten Wertschöpfungsstufen tätig sind, die die Infrastruktur gegen Entgelt – auch in Folge einer vergaberechtskonformen Ausschreibung – zur Verfügung stellen. Mithin ist eine solche 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. Weitere mögliche beihilferechtliche Begünstigungssubjekte sind die Breitband-Vertragspartner (häufig ein regionaler Netzbetreiber als 100%-ige Tochtergesellschaft ein oder mehrerer Stadtwerke) der kommunalen Unternehmen.

### 3. Beihilfetatbestandliche Relevanz von Quersubventionen im Breitbandsektor

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 abwälzt.<sup>34</sup> Dabei können Quersubventionen entweder innerhalb ein und desselben Unternehmens oder innerhalb eines Konzernverbands zwischen Mutter- und Tochterunternehmen erfolgen.<sup>35</sup>

Kommunale Versorgungsunternehmen verfügen mit ihren Verteilnetzen für Gas und Elektrizität regelmäßig über ein natürliches Monopol. Bei der Verlegung verschiedener leitungsgebundener Infrastrukturen können sie Synergieeffekte nutzen (Verbundvorteile), was zu einer Fixkostendegression führt. Zugleich entsteht bei nicht produktspezifischen Gemeinkosten (zB für Tiefbauarbeiten oder „Shared Services“) ein Verteilungsspielraum und die Gefahr, dass diese – überwiegend und unverhältnismäßig – der Monopolsparte des Verteilnetzes angelastet werden und die Kosten für die Errichtung der sektorspezifischen Glasfaserinfrastruktur niedrig gehalten werden. Die kommunalen Unternehmen können durch eine solche quersubventionierende Kostenzuschlüsselung wettbewerbliche Vorteile bei der Errichtung der Glasfaserinfrastruktur generieren, die durch niedrige Nutzungsentgelte auf nachgelagerte Wertschöpfungsstufen gehebelt werden können. Eben auf diese Weise könnte ein Tochterunternehmen (regionale Netzgesellschaft) des kommunalen Unternehmens bevorteilt werden.

Die Vermeidung von Quersubventionen wird umso dringlicher, wenn kommunale Unternehmen aufgrund der Quersubventionen in die Lage versetzt werden, bei Ausschreibungen Unterkostenangebote für den Aufbau von Breitbandinfrastrukturen abzugeben. Der Wettbewerb um den Markt wird dadurch verzerrt. Anderen Marktteilnehmern ohne diese Möglichkeiten droht hierdurch auch im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen eine Verdrängung aus dem Markt.

#### a) Quersubventionen als Begünstigung iSv Art 107 Abs 1 AEUV

Wenn es sich bei einer Quersubvention um eine Maßnahme zur Unterstützung eines anderen Unternehmens oder Unternehmensbereichs mittels eines Ressourcetransfers, dem keine äquivalente Gegenleistung gegenübersteht, handelt,<sup>36</sup> stellt sie grundsätzlich eine Begünstigung iSd Art 107 Abs 1 AEUV dar. So können durch – den Mitgliedstaaten nach Art 107 Abs 1 AEUV zu-rechenbare – öffentliche oder aus öffentlichen Mitteln bewirkte Marktinterventionen zugunsten einzelner Unternehmen oder Unternehmenssparten deren Belastungen vermindert und der Wettbewerb verfälscht werden.

Allerdings sind Quersubventionen häufig aus der Sicht eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers sinnvoll und damit rechtlich zulässig, wenn sich das Unternehmen, das einen Unternehmenszweig finanziell oder materiell unterstützt, einen wirtschaftlichen Nut-

32 Platt, Quersubventionierung im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 2005, S 141.

33 Vgl hierzu § 3 Abs 2 BRLR.

34 ABl.EG 1998 Nr C 39, S 2, Rn 3.1.

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

36 Spiekermann (Fn 35), S 11.

zen davon verspricht.<sup>37</sup> So sind Quersubventionen oft notwendig, um in einen neuen Produktmarkt einzutreten und neue langfristige Gewinnmöglichkeiten erschließen zu können. Der öffentlichen Hand müssen gemäß dem Grundsatz der Eigentums- und unternehmensrechtlichen Neutralität des Unionsrechts (Art 345 AEUV) grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten, unternehmerische Entscheidungen zu treffen, offenstehen wie privaten Akteuren.<sup>38</sup> Dazu gehört auch die Entscheidung darüber, ob und inwiefern ein Unternehmensbereich quersubventioniert wird.

#### b) Die Anwendung des MEIP-Tests auf Quersubventionen

Der MEIP-Test ist der zentrale Maßstab für die Beurteilung der beihilferechtlichen Relevanz einer Quersubvention innerhalb eines kommunalen öffentlichen Unternehmens oder Unternehmensverbands.<sup>39</sup> In dessen Rahmen ist zu prüfen, ob die Quersubvention unter Bedingungen erfolgte, die für einen privaten Vergleichsinvestor unter normalen marktwirtschaftlichen Voraussetzungen im Zeitpunkt der Quersubventionierung akzeptabel wären.<sup>40</sup> Dies ist nach Ansicht der Kommission der Fall,

„wenn das betreffende Unternehmen einen strategischen Plan mit Aussicht auf längerfristig realisierbare Gewinne verfolgt oder wenn die Quer-Subventionierung für die Unternehmensgruppe als Ganzes insgesamt einen Vorteil darstellt. [...] Solche Quer-Subventionierungen werden nur dann als Beihilfen angesehen, wenn die Kommission der Ansicht ist, daß keine andere vernünftige Begründung für die Vergabe der Mittel vorliegt.“<sup>41</sup>

Allerdings stellt sich die Frage, wie dieser Test durchzuführen ist, wenn das öffentliche Unternehmen auf einem anderen Markt ein Monopolrecht hat, wie dies bei kommunalen Versorgungsunternehmen mit ihren Energieverteilnetzen regelmäßig der Fall ist.

#### (1) Vergleichbarkeit der Quersubventionsentscheidung eines kommunalen Unternehmens

Die kommunalen Versorgungsunternehmen können aufgrund ihrer Energieverteilnetze Synergieeffekte bei der Errichtung von Breitbandinfrastrukturen nutzen, um

auf dem liberalisierten Telekommunikationsmarkt tätig zu werden. Die dieser Markterschließung zugrunde liegende quersubventionierende Investitionsentscheidung eines kommunalen Versorgungsunternehmens kann in aller Regel nicht mit dem Verhalten eines privaten Investors verglichen werden, da regelmäßig kein privates Unternehmen über eine vergleichbare (Monopol-)Infrastruktur verfügen wird. Für die Durchführung des MEIP-Tests muss dann die Quersubventionsentscheidung daraufhin überprüft werden, ob ein *hypothetischer* privater Vergleichsinvestor unter denselben Marktbedingungen ebenso entschieden hätte.<sup>42</sup> Es ist also im Rahmen einer abstrakten betriebswirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Analyse festzustellen,<sup>43</sup> ob das kommunale Unternehmen die ihm gegebenen Mittel so eingesetzt hat, wie es ein privates marktwirtschaftlich handelndes Unternehmen getan hätte.<sup>44</sup>

In Ermangelung eines vorhandenen Vergleichsinvestors hat der EuGH in dem Fall *Chronopost*<sup>45</sup> auf die dem öffentlichen Unternehmen tatsächlich entstandenen Kosten abgestellt.<sup>46</sup> Der EuGH nahm an, dass eine beihilferelevante Begünstigung vorliegt, wenn die Höhe des der anderen Unternehmenssparte oder dem verbundenen Unternehmen in Rechnung gestellten Entgelts für die zur Verfügung gestellte Leistung unter den tatsächlich entstanden Kosten liegt. Hier stellt sich die Frage, welcher Kostenmaßstab für die Bestimmung des Entgelts und somit für die Beurteilung des Vorliegens einer Quersubvention herangezogen werden muss.

#### (2) Relevanter Kostenmaßstab für die Ermittlung von Quersubventionen

Zur Ermittlung des Vorliegens von Quersubventionen sind in den Wirtschaftswissenschaften verschiedene Kostenkonzepte entwickelt worden. Im Zusammenhang mit dem Ausbau von Breitbandinfrastrukturen ist entscheidend, wie hoch das Entgelt entweder für die Nutzung von Leerrohren des passiven Infrastrukturanbieters und/oder für die Nutzung des Glasfasernetzes des aktiven Infrastrukturbetreibers sein muss, damit die Kosten des Ausbaus und der Bereitstellung gedeckt werden.

Stellte man allein auf die *leistungsspezifischen Zusatzkosten* (incremental costs, IC) ab, so würde eine Quersubvention nicht vorliegen, wenn das Entgelt für die Erbringung der Leistung des kommunalen Unterneh-

37 *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, 2011, S 458.

38 *Platt* (Fn 32), S 22.

39 *Platt* (Fn 32), S 120.

40 *Krajewski* (Fn 37), S 456.

41 *Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Art 91 und 93 EWG-Vertrag und des Art 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABL.EG Nr C 307, S 3, Rn 29.

42 *Danner*, Quersubventionierung öffentlicher Unternehmen zur Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge, 2006, S 173 f.

43 *Krajewski* (Fn 37), S 459.

44 *Liebenath*, EuZW 2003, 509, 510; *Danner* (Fn 42), S 176 f.

45 EuGH, Urt v 3.7.2003, Rs C-83/01, *Chronopost*, Slg 2003, S I-6993.

46 *Platt* (Fn 32), S 129.

mens lediglich die entstehenden zusätzlichen Kosten, die nicht anfallen würden, wenn die Aktivität eingestellt würde, ohne einen Anteil an den gemeinsamen Fixkosten aller Leistungen des Unternehmens beinhaltet.<sup>47</sup> Eine Beihilfe würde nach diesem Ansatz nicht vorliegen, wenn nur diese leistungsspezifischen Zusatzkosten in den Preis der Leistung einfließen bzw der Leistung zugewiesen werden.<sup>48</sup> Diese Methode eröffnet einem kommunalen Unternehmen große Handlungsspielräume, da es ohne einen Gemeinkostenanteil günstige Preise auf dem Breitbandmarkt anbieten kann.<sup>49</sup> Problematisch ist jedoch, dass gerade in netzgebundenen Industrien, in denen die leistungsspezifischen Zusatzkosten sehr gering sind, ein Einstieg neuer Konkurrenten in den Markt nahezu ausgeschlossen werden könnte.<sup>50</sup>

Forderte man hingegen die Einbeziehung der *Alleinstellungskosten* (stand alone costs, SAC), um das Vorliegen einer Quersubvention zu verneinen, so müssten bei der Kalkulation des Entgelts auch die Kosten berücksichtigt werden, die dem Unternehmen ohne Unterstützung aus anderen Unternehmensbereichen für die Erbringung der betreffenden Leistung entstehen würden.<sup>51</sup> Hiernach müssten sämtliche Gemeinkosten, die auch bei der Errichtung der breitbandigen Glasfaserinfrastruktur anfallen, dieser Unternehmenssparte komplett angelastet werden. Die Anwendung dieses Ansatzes hätte zur Folge, dass der Preis des Produktes zu hoch wäre und kein Anreiz zur Nutzung möglicher Synergieeffekte bestünde.<sup>52</sup>

Die Kommission hat in ihrer beihilferechtlichen Verwaltungspraxis regelmäßig auf die sog *Vollkostenrechnung* (fully distributed cost method, FDC) zurückgegriffen, nach der in den Preis alle in der Leistung tatsächlich enthaltenen Kosten einzubeziehen sind. Neben den leistungsbezogenen Zusatzkosten muss demnach ein anteiliger Beitrag an den Gemeinkosten des Unternehmens berücksichtigt werden.<sup>53</sup> Bei dem Kostenrechnungssystem der Vollkostenrechnung findet im Rahmen einer Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung<sup>54</sup> eine verursachungsgerechte Ermittlung und Zurechnung der Gemeinkosten auf der Basis einzelner Kostenträger statt. Auch der EuGH hat in dem *Chronopost*-Urteil die Vollkostenrechnung für die beihilferecht-

liche Beurteilung von Quersubventionen herangezogen.<sup>55</sup> 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“.<sup>56</sup>

Bei der Nutzung einer Infrastruktur muss das Netzentgelt also einen im Verhältnis zur Netznutzung angemessenen Beitrag zu den Allgemeinkosten und zur Eigenkapitalvergütung enthalten.<sup>57</sup>

Gleichwohl ist nicht abschließend geklärt, ob der Vollkostenansatz, der im Fall *Chronopost* als Maßstab für den Postsektor zielführend war, zu einem allgemeinen Maßstab der beihilferechtlichen Beurteilung von Quersubventionen erhoben werden kann.<sup>58</sup> Grundsätzlich ist der Vollkostenansatz am besten geeignet, Finanzströme zwischen unterschiedlichen Unternehmensbereichen zu erfassen und auf diese Weise mögliche beihilferechtlich relevante Transaktionen aufzudecken.<sup>59</sup> Dennoch darf nicht übersehen werden, dass die Anwendung des Vollkostenansatzes den unternehmerischen Spielraum bei der Preiskalkulation in erheblichem Maße einschränkt.<sup>60</sup> Insbesondere vor dem Hintergrund der hohen Kosten des Breitbandausbaus erscheint es gesamtwirtschaftlich sinnvoll, möglichst alle zur Verfügung stehenden Synergieeffekte zu nutzen, was bei einer strikten Anwendung des Vollkostenansatzes erschwert würde.

### (3) Divergenz der beihilferechtlichen und regulatorischen Kostenrechnungsmethoden

In der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung sind die nationalen Regulierungsbehörden befugt, dem marktmächtigen Unternehmen „bestimmte Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden [zu] erteilen“ (Art. 13 Abs. 1 Zugangsrichtlinie<sup>61</sup>). Eine Beschreibung der Kostenrechnungsmethode, in der zumindest die wichtigsten Kostenarten und die Regeln der Kosten-

47 Montag/Liebenath, in: Heidenhain (Hrsg.), Handbuch des europäischen Beihilfenrechts, 1. A. 2003, § 27 Rn 6; Eilmansberger, wbl 2004, 101, 103 f.

48 Riesenkampff, EWS 2007, 492, 495.

49 Danner (Fn 42), S 51.

50 Danner (Fn 42), S 52.

51 Montag/Liebenath (Fn 47), § 27 Rn 6.

52 Danner, (Fn 42), S 52.

53 Montag/Liebenath, in: Heidenhain (Hrsg.), Handbuch des europäischen Beihilfenrechts, 1. A. 2003, § 27 Rn 6; Hancher/Buendia Sierra, CMLR 1998, 901, 906 ff.

54 Vgl Huber/Prikoszovits, EuZW 2008, 171, 174.

55 Riesenkampff (Fn 48), S 499; vgl auch GA Tizzano, Schlussanträge v 12.12.2002, Rs C-83/01, *Chronopost*, Rn 58.

56 EuGH, Urte v 3.7.2003, Rs C-83/01, *Chronopost*, Slg 2003, S I-6993, Rn 40.

57 Danner (Fn 42), S 63.

58 Platt (Fn 32), S 129; Eilmansberger (Fn 47), S 106 f.

59 Mit der Einordnung der „Quersubventionsfeindlichkeit“ der Vollkostenmethode und der „Quersubventionsfreundlichkeit“ des Konzepts der leistungsspezifischen Zusatzkosten: Danner (Fn 42), S 53.

60 Danner (Fn 42), S 53.

61 Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, ABl. EG 2002 Nr L 108 S 7, zuletzt geändert durch ABl. EU 2009 Nr L 337, S 37.

zuweisung aufgeführt werden, haben die nationalen Regulierungsbehörden öffentlich verfügbar zu machen (Art 13 Abs 4 Zugangsrichtlinie).<sup>62</sup> Die Bundesnetzagentur verwendet bei der Entgeltregulierung im Breitbandsektor ein flexibles, auf einer nachfragegetriebenen bottom-up Netzdimensionierung beruhendes Kostenmodell unter Anwendung eines elementorientierten Ansatzes.<sup>63</sup> Bei der Regulierung der Vorleistungsprodukte verfolgt sie im Allgemeinen einen streng kostenorientierten Ansatz auf der Basis des Wiederbeschaffungswerts, bei dem für die Kostenallokation auf die langfristigen Zusatzkosten (long range incremental costs, LRIC) abgestellt wird.<sup>64</sup> Hierdurch soll ein infrastrukturbasierter Wettbewerb gefördert werden.<sup>65</sup> Dieser sektorspezifische Entgeltregulierungsansatz (für marktmächtige Unternehmen) führt jedoch dazu, dass Gemeinkosten heruntergerechnet werden (bei den Mobilfunk-Terminierungsentgelten sogar auf Null), was EU-beihilferechtlich nicht tragfähig ist. Denn wenn der Preis eines Produkts auf die Höhe der leistungsspezifischen Zusatzkosten heruntergerechnet wird, kann dies dazu führen, dass bei einem anderen Produkt ein höherer Gemeinkostenzuschlag anfällt und dessen Preis auf die Höhe der Alleinstellungskosten ansteigen könnte.<sup>66</sup> Hier müssen, wie oben dargestellt, Gemeinkosten verursachungsgerecht zugeschlüsselt werden.

Für eine konsistente Regulierung im Breitbandsektor sollten die Vermögensgüter aller Produkte entlang einer vertikalen Beschaffungskette in Hinblick auf die verwendete Kostenrechnungsmethode gleich behandelt werden, um Investitionen auf den unterschiedlichen Wertschöpfungsebenen (ladder of investment) nicht zu verzerren. Die zugrunde liegende Bewertung der Anlagegüter, die in das Entgelt mit einfließen, sollte auf konsistente Weise erfolgen.<sup>67</sup> Während einerseits die Anwendung des Vollkostenansatzes in Bezug auf Investitionen in Breitbandinfrastrukturen dazu führt, dass die Kosten der einzelnen Leistungen hoch ausfallen, wird andererseits bei der Entgeltregulierung marktmächtiger

Unternehmen unter Verwendung des Modells der langfristigen Zusatzkosten ein niedrigerer Kostenmaßstab angewendet. Hierdurch könnten negative Verzerrungseffekte entstehen, die Investitionen kommunaler Unternehmen und – infolge unsicherer Investitionsrahmenbedingungen – privater Unternehmen hemmen könnten. Der Dualismus zwischen SMP-Zugangs- und Entgeltregulierung einerseits und dem beihilferechtlichen Open-Access-Ansatz sowie die beihilferechtliche Gemeinkostenzuteilungsproblematik andererseits verschärfen sich insoweit.

### c) Zwischenergebnis

Quersubventionen innerhalb öffentlicher Unternehmen können grundsätzlich eine Begünstigung iSd Art 107 Abs 1 AEUV und somit eine Beihilfe darstellen. Die Begünstigungswirkung der Quersubvention kann jedoch ausgeschlossen werden, wenn sich ein hypothetischer privater Vergleichsinvestor unter normalen Marktbedingungen ebenso verhalten hätte wie das öffentliche Unternehmen (MEIP-Test). Dies ist anhand der entstandenen Kosten des jeweiligen Unternehmens zu überprüfen, was aufgrund unterschiedlicher Berechnungsmethoden in der Praxis Schwierigkeiten bereitet. Es hat sich gezeigt, dass durch die Verschiedenheit der Kostenrechnungsmethoden des Beihilfe- und des Telekommunikationsrechts Unsicherheiten bezüglich der rechtssicheren Feststellung von Quersubventionen und den möglicherweise hieraus resultierenden Verstößen gegen das EU-Beihilferecht entstehen.<sup>68</sup> Letztendlich muss zur Vermeidung von schädlichen Wettbewerbsverfälschungen der effizienzorientierte Ansatz der langfristigen zusätzlichen Kosten des Telekommunikationsrechts in Ausgleich gebracht werden mit dem im Beihilferecht verwendeten Vollkostenansatz, der eine möglichst verursachungsgerechte Abbildung aller Kosten durch das erhobene Entgelt erlaubt, um eine konsistente Regulierung und ein sicheres Investitionsumfeld zu ermöglichen. Dem Telos des EU-Beihilferechts entsprechend, muss der primärrechtlich verankerte Schutz des Binnenmarktes vor mitgliedstaatlich initiierten Wettbewerbsverfälschungen seinen Niederschlag in der angewandten Kostenrechnungsmethode finden.

Leider geht der von der Bundesnetzagentur im August 2012 veröffentlichte Leitfaden zur Berücksichtigung der Mitverlegung von Glasfaserkabeln oder Leerrohren für

62 Siehe: [www.bundesnetzagentur.de/cdn\\_1931/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/RegulierungTelekommunikation/Kostenmodelle/AnalytKM\\_Breitbandnetz\\_V2\\_1/AnalytKM\\_Breitbandnetz\\_V2\\_1\\_node.html](http://www.bundesnetzagentur.de/cdn_1931/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/RegulierungTelekommunikation/Kostenmodelle/AnalytKM_Breitbandnetz_V2_1/AnalytKM_Breitbandnetz_V2_1_node.html), (letzter Abruf: 23.5.2012).

63 WIK consult, Analytisches Kostenmodell für das Breitbandnetz 2010, S 1, [www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/BNetzA/Sachgebiete/Telekommunikation/Regulierung/Kostenmodelle/AnalytKM\\_Breitbandnetz\\_V2\\_1/WIKExecutiveSummaryBreitbandnetz20100519pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/BNetzA/Sachgebiete/Telekommunikation/Regulierung/Kostenmodelle/AnalytKM_Breitbandnetz_V2_1/WIKExecutiveSummaryBreitbandnetz20100519pdf.pdf?__blob=publicationFile), (letzter Abruf: 23.5.2012).

64 BEREC, Response to the Commission's Questionnaire on costing methodologies for key wholesale access prices in electronic communications, BoR (11) 65, S. 31, [http://erg.eu.int/doc/berec/bor/bor11\\_65\\_costingmeth.pdf](http://erg.eu.int/doc/berec/bor/bor11_65_costingmeth.pdf), (letzter Abruf: 23.5.2012).

65 BEREC (Fn 63), S 13.

66 *Vogelsang*, MMR 2000, 731, 737.

67 BEREC (Fn 63), S 19.

68 Im Rahmen der Anwendung des Art 102 AEUV befürwortet Generalanwalt Mengozzi einen Ansatz, der auf die durchschnittlichen Zusatzkosten (average incremental costs) abstellt, siehe dessen Schlussanträge vom 24. Mai 2011 in der Rechtssache C-209/10 *Post Danmark A/S gegen Konkurrenzerädet*. Dem ist der EuGH (Urt v 27.3.2012, Rs C-209/10, *Post Danmark*, noch nicht in amtlt. Slg.) wohl nicht gefolgt.



den Telekommunikationsbreitbandbetrieb<sup>69</sup> nicht auf die (beihilferechtlich gebotene) Methodik der Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung ein. Vielmehr meidet er auffällig den Begriff „EU-Beihilferecht“. Wünschenswert wäre es gewesen, im Rahmen der im Leitfaden dargestellten allgemeinen Kostenschlüsselungsmaßstäbe für Gemeinkosten (und insbesondere der nicht direkt zurechenbaren [Grabungs-] Kosten) detailliert Bezug auf den Vollkostenansatz des EU-Beihilferechts zu nehmen, um auf diese Weise Rechtssicherheit für Breitbandinvestitionen kommunaler Unternehmen herzustellen.

#### 4. Allgemeines beihilferechtliches Separate-Accounting-Gebot zur Ermittlung von Quersubventionen

Die beihilferechtliche Relevanz einer Quersubventionierung innerhalb eines kommunalen Unternehmens kann wie soeben dargestellt ausgeschlossen werden, wenn die Querfinanzierung unter Berücksichtigung langfristiger Renditeerwartungen wirtschaftlich sinnvoll ist und sich somit ein hypothetischer Vergleichsinvestor entsprechend verhalten würde (MEIP-Test). 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 Investitionsrisiken und -kosten gerade aus der vertikalen Integration (einschließlich vormals exklusiver bzw. noch tatsächlich erhaltener Monopolbereiche) und den damit verbundenen Kostenzuordnungsmöglichkeiten kommunaler Versorgungsunternehmen ergeben, die dem privaten Vergleichsinvestor verschlossen bleiben. Nur eine getrennte Buchführung für die einzelnen Geschäftsbereiche vermag die Vergleichbarkeitsbedingungen bezogen auf einen hypothetischen Privatinvestor zumindest auf einer „Als-ob-Grundlage“ darzustellen. Damit werden Quersubventionen aus der Nutzung bereits existierender passiver Infrastrukturen der kommunalen Unternehmen sichtbar, insbesondere aus ihren passiven Energieverteilnetzinfrastrukturen oder den Tiefbauaktivitäten an diesen, um dann die „wahren“ Netzaufbaukosten den Konten der Breitbandgeschäftsbereiche zuzuordnen.

Unabhängig von der Wahl einer angemessenen Kostenrechnungsmethode zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit von quersubventionierenden Investitionen in den Breitbandsektor, welche aus Gründen der Rechtssicherheit objektiv festgelegt werden sollte, wäre es hinsicht-

lich der transparenten Ermittlung von beihilferelevanten Quersubventionen zu begrüßen, für im Breitbandsektor tätige kommunale Unternehmen eine getrennte Buchführung – die für Unternehmen, die mit der Erbringung von DAWI betraut sind, bereits richtlinienrechtlich vorgegeben ist – verpflichtend vorzuschreiben.

#### IV. Die beihilferechtliche Bewertung von Vorfinanzierungsmodellen unter Einbeziehung der Entgelte des gebietsmonopolistischen Energieverteilnetzes

Die Bundesnetzagentur hat kürzlich einen Leitfaden zur Berücksichtigung der Mitverlegung von Glasfaserkabeln oder Leerrohren für den Telekommunikationsbreitbandbetrieb<sup>70</sup> veröffentlicht, der die regulatorische Behandlung einer (Vor-)Finanzierung des Breitbandausbaus im Rahmen der Kalkulation der Strom- und Gasnetzentgelte zum Gegenstand hat. Bislang wendeten die Landesregulierungsbehörden<sup>71</sup> in Bezug auf die Verteilung der Kosten bei der Mitverlegung von Glasfaserleitungen in Stromnetz- und Gasleitungsgräben zur Vereinfachung der Kostenprüfung eine Pauschalregelung zur Kostenverteilung an. „Danach können die nicht direkt zurechenbaren Kosten der Mitverlegung von Glasfaserleitungen – insbesondere die Tiefbaukosten – unter bestimmten Voraussetzungen in die Kalkulation der Strom- und Gasnetzentgelte einfließen. Die Strom- und Gasnetzkunden zahlen auf diese Weise einen Aufschlag, der später in Form niedrigerer Entgelte für Strom und Gas zurückgezahlt wird, wenn der Strom- oder Gasnetzbetreiber das Breitbandkabel vermarktet.“<sup>72</sup>

Der in der Wirkung ähnliche Ansatz der Bundesnetzagentur lehnt sich an die bisherige kalkulatorische Behandlung von Fernsprechleitungen und Fernmeldeanlagen bei der Stromnetzentgeltkalkulation an. Gemäß § 6 StromNEV (Kalkulatorische Abschreibungen) können auch Fernsprechleitungen<sup>73</sup> als Netzanlage des Verteilnetzbetriebs als Kostenposition bei der Ermittlung der Netzkosten in Ansatz gebracht werden. Voraussetzung für die Einbeziehung als Anlagegüter in die Ermittlung der Netzkosten ist ihre Betriebsnotwendigkeit (§ 6 Abs 1 S 1 StromNEV). Grundsätzlich sind auch solche Anlagegüter als betriebsnotwendig zu qualifizieren, wenn sie

<sup>70</sup> (Fn 69).

<sup>71</sup> Vgl *Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg*, Positionspapier zur Tiefbaukostenverteilung bei der Mitverlegung von Glasfaserkabeln für den Telekommunikationsbreitbandbetrieb im Rahmen notwendiger Verlegungen von Strom- und/oder Gasleitungen, [www.clearingstelle-bw.de/download/Positionspapier-BW\\_Tiefbaukostenverteilung\\_bei\\_Mitverlegung\\_von\\_Glasfaserkabeln.pdf](http://www.clearingstelle-bw.de/download/Positionspapier-BW_Tiefbaukostenverteilung_bei_Mitverlegung_von_Glasfaserkabeln.pdf), (letzter Abruf: 23.5.2012).

<sup>72</sup> *Monopolkommission* (Fn 67), Rn 156.

<sup>73</sup> Siehe Punkt 2.7 der Anlage 1 zu § 6 Abs 5 S 1 StromNEV.

<sup>69</sup> [http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1912/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/BK8/Energie-Leitfaden\\_2012/Energie-Leitfaden\\_2012\\_node.html;jsessionid=0FE9EE3AC532FD02C4D807A74F6BFDE8](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1912/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/BK8/Energie-Leitfaden_2012/Energie-Leitfaden_2012_node.html;jsessionid=0FE9EE3AC532FD02C4D807A74F6BFDE8), (letzter Abruf: 5.9.2012).

kapazitativ – im Sinne einer Reservekapazität oder Zuwachsreserve – über den eigentlichen Betriebszweck des Stromverteilnetzes hinausgehen.<sup>74</sup> Vor diesem Hintergrund, könnte man zu dem Schluss kommen, dass auch Glasfaserkabel, die regelmäßig über den eigentlichen Zweck des Verteilnetzbetriebs hinausgehen, als betriebsnotwendige Anlagegüter des Energieverteilnetzbetriebs iSd § 6 Abs 1 S 1 StromNEV einzustufen sind. Letztlich würde dies dazu führen, dass die Energiekunden an den Kosten für den Ausbau von Glasfasernetzen durch eine Erhöhung der Energienetzentgelte beteiligt werden. Da jedoch durch die Vermarktung der Glasfaserkabel in der Folgezeit Zusatzeinnahmen erzielt werden, können später die Energienetzentgelte wieder gesenkt werden, so dass es aus Sicht der Bundesnetzagentur nicht zu einer Umverteilung von (TK-)Netzkosten kommt, sondern lediglich ein Vorfinanzierungseffekt entsteht.<sup>75</sup>

Ein Leitfadensatz, der solche Ansätze verfolgt, müsste sich dann aber auch der Vermeidung von beihilferechtsrelevanten (im Falle der öffentlichen Beteiligung) und von allgemein wettbewerbswidrigen Quersubventionspotentialen annehmen. Denn die Festlegung einer regulierungsrechtlichen Kostenverteilung „befreit in keiner Weise von der Einhaltung der sonstigen rechtlichen Vorgaben [...] insbesondere den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“<sup>76</sup> und des EU-Beihilferechts.

### 1. Begünstigungseffekte spartenübergreifender Vorfinanzierungsmodelle

Sowohl eine Pauschalregelung zur Kostenverteilung als auch eine Einbeziehung der Glasfaserinfrastruktur in die abschreibefähigen Anlagegüter der Energieverteilnetze entfalten bei einer öffentlichen Beteiligung eine beihilferechtliche Relevanz. Diese Finanzierungsmodelle können mittels einer spartenübergreifenden Vorfinanzierung Quersubventionen aus dem Energiesektor hinüber in den Breitbandsektor ermöglichen und somit Begünstigungen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen. Diese wettbewerbsverzerrende Gefahr sieht auch die Monopolkommission und äußert sich zu den genannten Vorschlägen wie folgt:

„Die Monopolkommission steht diesen Ansätzen gleichwohl kritisch gegenüber, weil sich dabei eine Quersubventionierung der TK-Netze der Energieversorgungsunternehmen nicht vollständig vermeiden lässt.“<sup>77</sup>

Die nach Ansicht der Bundesnetzagentur dem Ansatz zu Grunde liegende Idee einer Anschubfinanzierung für den Ausbau des Breitbandnetzes ist in aller Regel nur durch eine Quersubventionierung zu ermöglichen. Zwar soll die Möglichkeit der Anrechnung der Glasfaserkosten auf die Netzentgelte davon abhängig gemacht werden, ob die Unternehmen eine wirtschaftliche Vermarktungschance ihres Breitbandnetzes nachweisen können,<sup>78</sup> so dass später die Energienetzentgelte wieder gesenkt werden können und bei einer Gesamtbetrachtung kein wirtschaftlicher Nachteil für die Strom- und Gaskunden entstehen soll. Allerdings wird eine solche Vorgehensweise gleichwohl zu spartenübergreifenden Wettbewerbsverzerrungseffekten führen, selbst wenn die Endkunden des Energiesektors langfristig nicht mit Mehrkosten rechnen müssen.

### 2. Vermeidung wettbewerbsverzerrender Quersubventionen

Eine auch nur temporäre interne Investitionskostenverschiebung zwischen der Energienetzsparte und der Breitbandsparte eines kommunalen Unternehmens durch die regulatorische Ermöglichung einer Vorfinanzierung des Breitbandausbaus kann ebenso wie die Ausnutzung von Quersubventionen im Rahmen der Tiefbauarbeiten oder der passiven Infrastrukturelemente eine Beihilfe iSd Art 107 Abs 1 AEUV darstellen. Ein solches quersubventionierendes Vorfinanzierungsmodell basiert auf einer nichtverursachungsgerechten Kostenzuschlüsselung und kann zu beihilferechtswidrigen Quersubventionen führen, wenn letztere nicht nach den MEIP-Regeln oder im Rahmen von DAWI erfolgen. Kommunale Versorgungsunternehmen könnten in dem Monopolbereich des Energieverteilnetzes Gewinne abschöpfen und wettbewerbsverzerrend im Breitbandsektor einsetzen. Dementsprechend schlägt die Monopolkommission folgende Alternative vor: „Vorzugswürdig wäre es, wenn ein Energieversorger seine Aktivitäten im Bereich der Telekommunikation in einem separaten Unternehmen oder Geschäftsbereich organisiert. Dieses hat den Geschäftsbereich Energieversorgung für die aufzuschlüsselnden Kosten der Mitverlegung von TK-Leitungen zu entschädigen. Entsprechende Maßstäbe für die Aufschlüsselung der nicht direkt zurechenbaren (Grabungs-)Kosten sind zu entwickeln.“<sup>79</sup> Hierdurch könnte eine Quersubventionierung ausgeschlossen und eine marktwirtschaftlich angemessene Kostenaufteilung gewährleistet werden.

74 Bartsch/Meyer/Pohlmann, in: Säcker (Hrsg), Kommentar zum Energierecht, 2. Aufl 2010, Band I, § 24 EnWG Anh B § 6 StromNEV, Rn 4.

75 Monopolkommission (Fn 67), Rn 156.

76 Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg (Fn 68), S 5.

77 Monopolkommission (Fn 67), Rn 156.

78 Bündler, Schnelles Internet durch Aufpreis auf den Strom, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v 24.5.2011, S 10.

79 Monopolkommission (Fn 67), Rn 156.

---

## Fazit

In der indirekten Förderung des Breitbandausbaus durch Quersubventionen innerhalb kommunaler Unternehmen bzw. Unternehmensverbände verbergen sich erhebliche Wettbewerbsverzerrungspotentiale. Kommunale Unternehmen sollten daher nach Geschäftsbereichen getrennte Konten führen

und Gemeinkosten sachgerecht zuschlüsseln. Hierdurch können Verstöße gegen das EU-Beihilfeverbot vermieden werden. Den wettbewerbsrechtlichen Aspekten der indirekten Förderung und möglichen prozessualen Konsequenzen etwaiger Verstöße widmet sich im Folgeheft der zweite Teil dieser Abhandlung.

*Fortsetzung in der BRZ 4/2012*