

Aktuelle EU-beihilferechtliche und wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen der öffentlichen Förderung des kommunalwirtschaftlichen Breitbandausbaus

Teil 2: Wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen für gebietsmonopolistische Verteilnetzbetreiber und die Gefahr von Konkurrentenklagen

Von Martin Busch/Christian Koenig*

I. Einleitung: Der Missbrauch von Marktmacht unter Ausnutzung von Quersubventionen

Unabhängig von der im ersten Teil¹ dieser Abhandlung behandelten beihilferechtlichen Beurteilung von Quersubventionen können marktmächtige Unternehmen Quersubventionen für missbräuchliches Wettbewerbsverhalten ausnutzen und in Konflikt mit den einschlägigen Vorschriften des AEUV sowie des GWB geraten. Aus beihilferechtlicher Sicht stellt bereits eine mitgliedstaatlich veranlasste Quersubvention, welche zu einer Kostenverlagerung zu Lasten eines kommunalen Unternehmens als öffentlicher Zurechnungshaushalt und zu Gunsten eines Unternehmensteils oder einer Unternehmenstochter führt, eine nach Art 107 Abs 1 AEUV verbotene Begünstigung dar.² Bei diesem Vorgang der Kostenabwälzung handelt es sich um eine Beihilfe iSv Art 107 Abs 1 AEUV. Für die Beurteilung nach Art 102 AEUV bzw nach §§ 19, 20 Abs 1 GWB ist jedoch diese Kostenverlagerung (sei sie öffentlich oder unternehmensautonom veranlasst) lediglich die Vorstufe für den tatbestandlich relevanten wettbewerbsrechtlichen Missbrauch. Der Vorgang der Quersubventionierung ist (wie sich zeigen wird) wettbewerbsrechtlich unerheblich,³ ausschlaggebend ist allein die – auf einer zweiten Stufe auftretende – mögliche wettbewerbsverfälschende Wirkung der Kostenabwälzung.⁴

Unter dem Blickwinkel des allgemeinen Wettbewerbsrechts (Art 102 AEUV, §§ 19, 20 Abs 1 GWB) ist Folgendes zu beachten:

- a) Der Fokus der rechtlichen Würdigung verschiebt sich im Gegensatz zum Beihilferecht auf *die Art des Einsatzes* der durch die Quersubventionierung erlangten Mittel. Die Mittelverschiebung an sich ist im Folgenden unbeachtlich.
- b) Darüber hinaus kommt es im Wettbewerbsrecht – *ratione personae* – zu einer Verschiebung des Anwendungsbereichs, da nur Unternehmen erfasst werden, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, während eine mögliche mitgliedstaatliche Zurechenbarkeit des missbräuchlich handelnden Unternehmens nicht relevant ist.

II. Marktbeherrschende Stellung kommunaler Versorgungsunternehmen bzw Energieverteilernetzbetreiber

Kommunale Versorgungsunternehmen sind in der Regel als lokale oder regionale Infrastrukturdienstleister Eigentümer des örtlichen Energieverteilernetzes. Häufig sind sie nicht nur als Betreiber der lokalen Energienetzinfrastruktur tätig, sondern auch im Bereich der Energieerzeugung/-gewinnung oder auf den Endkundenmärkten. Somit sind viele kommunale Unternehmen vertikal integrierte Unternehmen, die auf unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten aktiv sind. Für die Möglichkeit, Quersubventionierungen missbräuchlich iSd Art 102 AEUV bzw der §§ 19, 20 Abs 1 GWB einzusetzen, ist es ausreichend, wenn das quersubventionierende (vertikal integrierte) Unternehmen auf einem der Märkte, auf dem es wirtschaftlich tätig ist, eine beherrschende Stellung einnimmt. Auf diesen Tätigkeitsbereich können dann mangels Wettbewerbsdruck die Kosten eines anderen Tätigkeitsbereichs abgewälzt werden.

Die Ermittlung, ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat, erfolgt grundsätzlich in zwei Schritten: In einem ersten Schritt ist festzulegen, welcher Markt relevant ist, und somit der Rahmen zu bestimmen, innerhalb dessen das Wettbewerbsrecht im konkreten Einzelfall angewendet wird. In einem zweiten Schritt ist die Stellung der auf diesem Markt tätigen Unternehmen zu bestimmen, deren Verhalten auf einen Verstoß gegen Art 102 AEUV bzw §§ 19, 20 Abs 1 GWB hin untersucht wird.

* 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 Busch/Koenig, BRZ 2012, 131 f.

2 Platt, Quersubventionierung im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 252 f.

3 Danner, Quersubventionierung öffentlicher Unternehmen zur Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge, 138.

4 Platt (Fn 2), 251.

1. Abgrenzung des relevanten Markts

Die Abgrenzung des sachlich, räumlich und gegebenenfalls zeitlich relevanten Markts dient der genauen Abgrenzung des Bereichs, in dem Unternehmen als Anbieter bestimmter Produkte miteinander in Wettbewerb stehen, dh um Nachfrager konkurrieren. Hauptzweck der Marktdefinition ist die systematische Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben. Für die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften wird damit ermittelt, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der anderen Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich wirksamem Wettbewerbsdruck zu entziehen,⁵ dh sich unabhängig von den anderen Unternehmen zu verhalten und beispielsweise im Rahmen einer Quersubvention die Preise für ein Produkt mit überhöhter Gewinnmarge festzusetzen, um ein anderes Produkt auf einem anderen relevanten Markt zu günstigeren Preisen anbieten zu können.

In welcher Weise der relevante Markt zu ermitteln ist, hat die Kommission in einer Mitteilung von 1997⁶ zusammengefasst. Die dort erläuterten Grundsätze entsprechen auch heute noch der Anwendungspraxis der Kommission und der Unionsgerichte und werden auch im Rahmen des deutschen Wettbewerbsrechts sinngemäß angewendet.⁷ Die entscheidenden Wettbewerbskräfte, an denen sich die Marktabgrenzung orientiert, sind die Nachfragesubstituierbarkeit, die Angebots substituierbarkeit und im Ausnahmefall der potentielle Wettbewerb.⁸

Vertikal integrierte kommunale Unternehmen sind im Energiesektor häufig auf den Wertschöpfungsebenen der Energieerzeugung/-gewinnung, des Netzbetriebs und der Endkundenmärkte aktiv.⁹ Im Folgenden soll daher im Sinne einer Grobeinteilung bei der Marktabgrenzung hiernach unterschieden werden, um die jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten zu identifizieren.

a) Energieendkundenmärkte

Die räumliche Marktabgrenzung hat einen sehr großen Einfluss auf die Ergebnisse der Prüfung der Wettbewerbsverhältnisse auf den sachlich relevanten Endkun-

denmärkten für Energie.¹⁰ Wenn der räumliche Markt lediglich auf das jeweilige Gemeindegebiet des Verteilernetzes beschränkt und somit eng definiert wird, nimmt in der Regel das lokale Stadtwerk oder kommunale Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung ein.¹¹

Vor Inkrafttreten des novellierten Energiewirtschaftsgesetzes 2005 hatten die kommunalen Unternehmen auf ihren jeweiligen regionalen Energieendkundenmärkten eine Monopolstellung inne, da sie als Konzessionär ein ausschließliches Recht zur Versorgung von Letztverbrauchern im jeweiligen Gemeindegebiet erhielten.¹² Die relevanten Märkte waren somit räumlich eng auf die Ausdehnung des jeweiligen gemeindlichen Verteilernetzes beschränkt. Das Bundeskartellamt hat trotz der Liberalisierung und entsprechenden Wechselmöglichkeiten der Endkunden zunächst an einer engen räumlichen Marktabgrenzung im Strom- und Gasbereich bei Haushaltskunden festgehalten und ist bis zum Jahre 2009 stets von einer netzbezogenen Abgrenzung ausgegangen.¹³ Begründet wird dies mit der geringen Wechselquote der Endkunden.¹⁴

Nichtsdestotrotz haben sich durch die fortschreitende Liberalisierung der Energiemärkte die Marktzutrittsbarrieren gesenkt und es kann angenommen werden,¹⁵ dass sich zunehmend ein bundesweiter Wettbewerb auf den Märkten für Strom und Gas im Haushaltskundenbereich etablieren wird. Die Verbraucher können – mittels Vergleichsportalen wie zB VERIFOX – eine Vielzahl von Anbietern vergleichen und zwischen ihnen frei wählen. Daher dürfte in absehbarer Zeit eine enge räumliche Marktabgrenzung nicht mehr zu rechtfertigen sein.¹⁶

Die Monopolkommission kommt in ihrem 59. Sondergutachten Energie 2011 zu dem Ergebnis, dass eine unterschiedliche Behandlung der Sektoren und sachlichen Märkte „nicht ganz einsichtig“ sei und das Bundeskartellamt seine Marktabgrenzung auf Endkundenmärkten genauer begründen und durch quantitative Tests fundieren sollte.¹⁷ Sie empfiehlt aus diesem Grund, „eine tiefere Analyse der räumlichen Marktabgrenzung im End-

5 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI EG Nr C 372 vom 9.12.1997, S 5, Rn 2.

6 Kommission (Fn 5), S 5.

7 Kling/Thomas, Kartellrecht, § 13 Rn 39.

8 Kommission (Fn 5), S 5, Rn 13. Näher zu den Kriterien und Methoden der Marktabgrenzung siehe: Koening/Schreiber, Europäisches Wettbewerbsrecht, S 45 ff.

9 Ähnlich Gleave/Judith, in: Theobald/Danner, Energierecht, 74. EGL 2012, B 1. Missbrauchsaufsicht in der Energiewirtschaft, Rn 14.

10 Monopolkommission, Sondergutachten Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Rn 172, www.monopolkommission.de/sg_59/s59_volltext.pdf, (letzter Abruf: 30.10.2012).

11 Monopolkommission (Fn 10), Rn 173.

12 Seitdem umfasst die Konzession kein ausschließliches Versorgungsrecht mehr, sondern beinhaltet lediglich das Recht zum Netzbetrieb. Siehe: Monopolkommission (Fn 10), Rn 34.

13 Monopolkommission (Fn 10), Rn 172.

14 Monopolkommission, Sondergutachten Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Rn 38 bzw 143, www.monopolkommission.de/sg_54/s54_volltext.pdf, (letzter Abruf: 30.10.2012).

15 Monopolkommission (Fn 10), Rn 173.

16 Klau/Schwintowski, BB-Beilage 1 2010, 1, 16.

17 Monopolkommission (Fn 10), Rn 26*.

kundensektor für Strom und Gas vorzunehmen und [...] zu prüfen, ob diese hinreichend ist, um von einem bundesweit homogenen Markt auszugehen. Neben den Alternativen einer netzgebietsbezogenen oder bundesweiten Marktabgrenzung sollten dabei auch weitere Alternativen empirisch untersucht werden.“¹⁸

Somit erscheint es – obwohl gegenwärtig noch einige sachliche Endkundenmärkte in räumlicher Hinsicht gemeindeweit abgegrenzt werden – unwahrscheinlich, dass kommunale Unternehmen in der Lage sind, Finanzmittel aus dem immer stärker wettbewerblich geprägten Energieendkundenmarkt als Quelle für Quersubventionen zu Gunsten der Breitbandsparte einzusetzen. Zwar sind sie häufig als Grundversorger in einer komfortablen Wettbewerbsposition, allerdings ist anzunehmen, dass die Wechselbereitschaft der Endkunden sprunghaft ansteigt, sobald sie ihre Energiepreise anheben.

b) Energieerzeugung bzw -gewinnung

Auf den bundesweiten Märkten der Stromerzeugung und Gasgewinnung spielen kommunale Unternehmen eine untergeordnete Rolle. Im Stromsektor beispielsweise sind die vier größten Erzeuger (E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall) für über 80% des Volumens auf dem Markt für den Erstsatz von Strom verantwortlich.¹⁹ Als Quelle für Quersubventionen kommen diese Märkte somit nicht in Betracht.

c) Energieverteilernetzbetrieb

Der Verteilernetzbetrieb im Energiesektor liegt in der Regel in der Hand kleinerer – den Entflechtungsvorschriften des EnWG nicht unterfallende – kommunaler Unternehmen oder entsprechend der Entflechtungsvorgaben selbständigen (regionalen) Netzbetreibergesellschaften. Der sachlich relevante Markt auf dem die Versorgungsnetzbetreiber tätig sind, ist der der Bereitstellung von Netznutzungsdienstleistungen.²⁰ Die Kartellbehörden grenzen diese Märkte räumlich nach der geographischen Lage des Strom- oder Gasversorgungsnetzes ab.²¹ Bereits aus dieser engen Marktabgrenzung folgt die besondere Machtstellung des jeweiligen Betreibers. Fraglich ist, ob der Betrieb des Verteilernetzes zu trennen ist von dessen Ausbau/Wartung, da sich gerade aus letzterer Tätigkeit Synergieeffekte ergeben, die als Quel-

le für Quersubventionen in Frage kommen. In Bezug auf Arealnetze (nach dem neuen EnWG 2011 sog Objekt-netze) hat das Bundeskartellamt offen gelassen, ob Planung und Errichtung einerseits und Betrieb andererseits separate sachliche Märkte darstellen.²² Das OLG München hat hingegen den Erwerb und Betrieb von Arealinstallationen als einen einheitlichen Markt definiert.²³ Für Verteilernetze ist aufgrund der Vergleichbarkeit eine Trennung dieser eng zusammenhängenden Tätigkeiten (Errichtung, Ausbau, Wartung und Betrieb) nicht geboten. Insbesondere zeigt der Umstand, dass das lokale Gas- und/oder Stromversorgungsunternehmen durch Konzessionsvertrag mit der Gemeinde nach § 46 Abs 2 EnWG ein gemeindegebietsbezogenes Wegenutzungsrecht über öffentliche Verkehrswege und Räume für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen erhält, die enge Verbundenheit dieser Tätigkeitsbereiche. Der jeweilige Netzbetreiber hat somit als einziger die Möglichkeit Synergieeffekte laufender Tiefbauarbeiten zur Errichtung oder Instandhaltung seines Energieverteilernetzes zum Aufbau einer eigenen Glasfaserinfrastruktur zu nutzen. Somit erfasst der sachlich relevante Markt der Bereitstellung von Netznutzungsdienstleistungen – welcher räumlich auf die geographische Ausdehnung des gemeindlichen Energieverteilernetzes beschränkt ist – alle Tätigkeiten, welche mit dem Betrieb des Netzes einhergehen, also insb. auch Ausbau, Wartung und Instandhaltung der Infrastruktur.

2. Beherrschende Stellung der gebietsmonopolistischen Netzbetreiber

Ein Unternehmen gilt als marktbeherrschend, wenn es in der Lage ist, wirksamen Wettbewerb auf dem jeweils relevanten Markt zu verhindern. Dies ist der Fall, wenn es aufgrund seiner Marktstellung die Möglichkeit hat, sich seinen Wettbewerbern, Abnehmern und letztendlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.²⁴ Ein solches unabhängiges Verhalten ist dadurch gekennzeichnet, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen in seiner Verhaltensdeterminierung keine Rücksicht auf das Vorgehen und die Reaktionen der Abnehmer und Wettbewerber zu nehmen braucht.²⁵

18 *Monopolkommission* (Fn 10), Rn 176.

19 *Monopolkommission* (Fn 10), Rn 443.

20 *Gleave/Judith*, in: Theobald/Danner (Fn 9), B. 1. Missbrauchsaufsicht in der Energiewirtschaft, Rn. 35.

21 *Gleave/Judith*, in: Theobald/Danner (Fn. 9), B. 1. Missbrauchsaufsicht in der Energiewirtschaft, Rn 35; *Scholz*, in: Wiedemann, Kartellrecht, 2. Aufl 2008, § 34 Energiewirtschaft Rn 161.

22 *Scholz*, in: Wiedemann (Fn 21), § 34 Energiewirtschaft Rn 159 mwN.

23 OLG München, Urt v 4.12.2003, Az. U (K) 2018/03, GRUR-RR 2004, 156.

24 EuGH, Urteil vom 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*, Slg 1978, S 207, Rn 65; EuGH, Urteil vom 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg 1979, S 461, Rn 38.

25 *Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl EU Nr C 45 vom 24.2.2009, S 7, Rn 10.

Der Bau, die Wartung und der Betrieb von Übertragungs- und Verteilernetzen stellt ein natürliches Monopol dar.²⁶ Dies liegt an der Subadditivität der Kostenfunktion im Bereich der relativen Nachfrage des Netzbetriebs und -baus, aufgrund derer ein Unternehmen die relevante Marktnachfrage kostengünstiger befriedigen kann als jede denkbare Kombination mehrerer Unternehmen.²⁷ Deshalb verfügen kommunale Versorgungsunternehmen bzw. Netzbetreiber-Gesellschaften auf den sachlich relevanten Märkten für die Bereitstellung von Dienstleistungen der Netzdurchleitung (Netzbetrieb), welche räumlich durch die Ausdehnung des jeweiligen gemeindlichen Verteilernetzes begrenzt sind, über eine marktbeherrschende Stellung.²⁸ Die Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder kam in ihrem Bericht zu eben diesem Ergebnis:

„Netzbetreiber von Stromnetzen sind marktbeherrschend iSd § 19 Abs 2 Nr 1 GWB, weil sie in ihrem Netzgebiet über ein natürliches Monopol verfügen.

Sachlich relevanter Markt ist dabei die Bereitstellung von Netzdurchleitungsdienstleistungen durch den Netzbetreiber. Die sachliche Existenz eines solchen Marktes ergibt sich bereits aus § 6 Abs 1 EnWG, nach dem Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen anderen Unternehmen ihr Versorgungsnetz für Durchleitungen zur Verfügung zu stellen haben. Dieser Markt ist in sachlicher Hinsicht von den Märkten für die Belieferung von Wiederverkäufern bzw. Endkunden abzugrenzen.

In räumlicher Hinsicht ist der Markt für die Bereitstellung von Netzen für die Stromdurchleitung durch die geographische Lage der Elektrizitätsversorgungsnetze begrenzt. Anders als bei den Märkten für die Belieferung von Wiederverkäufern und Endkunden ist wegen des natürlichen Monopols der Netzbetreiber von regionalen, auf das Netzgebiet der jeweiligen Netzbetreiber begrenzten Märkten auszugehen.“²⁹

Seit 2005 unterliegen die Netzbetreiber daher der Regulierung durch die Bundesnetzagentur und sind bei regulierten Netzentgelten zur Durchleitung verpflichtet.³⁰ Zwar wird durch die Regulierung der Netzentgelte das Potential für missbräuchliches Verhalten der Netzbetreiber stark eingegrenzt, allerdings ist ein missbräuchliches Verhalten nicht per se ausgeschlossen, wie sich im Fall

*Deutsche Telekom*³¹ gezeigt hat. Grundsätzlich besteht trotz einer ex ante Regulierung weiterhin die Möglichkeit gegebene Marktmacht missbräuchlich einzusetzen. In Bezug auf gebietsmonopolistische Verteilernetzbetreiber wird dieses Potential durch die Besonderheit der nutzbaren Synergieeffekte vergrößert, die sich für die Verteilernetzbetreiber aus der Verlegung von Breitbandinfrastrukturen im Rahmen von Bau- und Wartungsarbeiten an den Energienetzen, die mit dem Betrieb des Netzes einhergehen, ergeben. Trotz der regulierten Netznutzungsentgelte können allein durch eine missbräuchliche Kostenzuschlüsselung, welche kaum nennenswerten Einfluss auf die Höhe des Entgelts im Energiesektor haben muss, erhebliche Einsparungen bei der Errichtung der Glasfaserinfrastruktur erzielt werden. Grundsätzlich kommt daher der Betrieb des Verteilernetzbetriebs, der auch die Aufgabe der Netzwartung – mit den in diesem Rahmen vorzunehmenden Tiefbauarbeiten – umfasst, aufgrund des natürlichen Monopols als mögliche Quelle für Quersubventionen in Betracht.

III. Missbräuchliches Ausnutzen der Marktmacht gebietsmonopolistischer Verteilernetzbetreiber bzw. kommunaler Unternehmen

Im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Zulässigkeit von Quersubventionen ist zu beachten, dass der beherrschte Markt nicht mit dem eventuell missbräuchlich beeinflussten Markt übereinstimmt. Relevant sind insofern immer (mindestens) zwei Märkte: Im vorliegenden Fall sind dies der sachlich relevante Markt für die Bereitstellung von Dienstleistungen der Netzdurchleitung (Netzbetrieb) als finanzierender Quellmarkt einerseits und der Breitbandinfrastrukturmarkt als finanzierter Markt andererseits.³² Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art 102 AEUV dahingehend, dass eine missbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung nur auf dem beherrschten Markt den Tatbestand verwirklicht, existiert nicht. Art 102 AEUV ist somit auch auf Fälle der Marktdivergenz anwendbar.³³ Notwendig ist lediglich, dass das missbräuchliche Verhalten durch die beherrschende Stellung ermöglicht wird – also lediglich ein Zusammenhang besteht – und hierdurch ein besonderes Wettbewerbsgefährdungspotential entsteht (echter Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten und der Wirkung).³⁴ Auch § 19 GWB erfasst Drittmarktbehinderungen, also Verhaltensweisen, die sich auf anderen

26 Theobald, in: Theobald/Danner (Fn 9), § 46 Rn 1 f.

27 Monopolkommission (Fn 10), Rn 91.

28 In erster Linie in Bezug auf die Stadtwerke Mainz aber auch verallgemeinernd: BGH, Beschl v 28.6.2005, Az. KVR 17/04, GewArch 2005, 422, 424.

29 Bericht der Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder, 2001, S 8, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/01_Netznutzung.pdf, (letzter Abruf: 30.10.2012).

30 Monopolkommission (Fn 10), Rn 34.

31 EuG, Urteil vom 10.4.2008, Rs T-271/03, *Deutsche Telekom*, Slg 2008, S II-477.

32 Platt (Fn 2), S 171.

33 Kling/Thomas (Fn 7), § 5 Rn 64.

34 Platt (Fn 2), S 179 f; Kling/Thomas (Fn 7), § 5 Rn 64 f.

Märkten als dem beherrschten Markt auswirken. Erforderlich ist jedoch ein Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem Missbrauch auf dem anderen Markt.³⁵ Das sich mit § 19 Abs 4 Nr 1 GWB häufig überschneidende Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 20 Abs 1 GWB wird hingegen im Hinblick auf Drittmarktbehinderungen restriktiv ausgelegt. Während die obergerichtliche Rechtsprechung teilweise verlangt, dass die Behinderung oder Diskriminierung auf dem beherrschten Markt erfolgt, scheint das Bundeskartellamt anderer Auffassung zu sein. Nach dem BGH werden von § 20 Abs 1 GWB auch Drittmarktbehinderungen erfasst, allerdings nur, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auch auf dem Drittmarkt tätig ist.³⁶

Ob ein Verhalten missbräuchlich iSd Art 102 AEUV oder der §§ 19, 20 Abs 1 GWB ist, ist maßgeblich unter Berücksichtigung der gesetzlichen Beispieltatbestände sowie den in der Gerichtspraxis – oftmals aus den Beispieltatbeständen entwickelten – etablierten Fallgruppen zu beurteilen.

1. Wettbewerbsrechtliche Neutralität von Quersubventionierungen

In der Vergangenheit war es umstritten, ob Quersubventionen marktbeherrschender Unternehmen an sich den Missbrauchstatbestand verwirklichen und somit eine eigene Missbrauchskategorie darstellen. So ging die Kommission im Fall *UPS*³⁷ davon aus, dass ein Verstoß gegen Art 102 AEUV vorliegt, wenn ein Unternehmen (hier die Deutsche Post AG als Konkurrentin der Klägerin UPS) Einkünfte aus dem reservierten Briefzustellungsmarkt dazu verwendet, Anteile des Unternehmens DHL zu erwerben. Die Deutsche Post AG hatte die Möglichkeit einen höheren Preis zu zahlen als die Konkurrenten, da sie die Kosten des Erwerbs auf die Monopoltätigkeit abwälzen konnte, während die Konkurrenten ihre Finanzmittel auf liberalisierten Märkten erwirtschafteten mussten. Die Kommission vertrat die Auffassung, dass schon die Abwälzung der Kosten von Leistungserbringungen im liberalisierten Bereich auf reservierte Bereiche wettbewerbsrechtlich relevant sei, „wenn auf diese Weise eine wettbewerbsrelevante Subventionierung der Leistungen im liberalisierten Postdienst durch Einkünfte bewirkt wird, die im Rahmen der reservierten Bereiche erwirtschaftet worden sind.“³⁸ Das

EuG folgte der Auffassung der Kommission letztlich nicht.³⁹ Quersubventionen stellen ein gängiges unternehmerisches Verhalten dar, welches an sich keine eigene Missbrauchskategorie des Art 102 AEUV darstellt.⁴⁰ Jedes Unternehmen gleicht im Rahmen der internen Gewinn- und Verlustrechnung Verluste und Gewinne der einzelnen Geschäftsbereiche aus. Dies muss auch markt-mächtigen Unternehmen möglich sein. Auch die Kommission scheint mittlerweile in der nicht verursachungsgerechten Kostenallokation an sich keinen Missbrauch zu sehen.⁴¹ Gleiches gilt für einen Missbrauch iSv § 19 Abs 4 Nr 1 GWB.⁴² Erst durch das Hinzutreten weiterer wettbewerbsschädigender Praktiken, wie etwa Ausbeutungsmisbräuche durch die Preishöhe oder Behinderungsmisbräuche (zB Kampfpreisstrategien oder Diskriminierungen), können Quersubventionen aufgrund des Art 102 AEUV oder der §§ 19, 20 Abs 1 GWB verboten sein.⁴³

2. Einfluss von Quersubventionen auf Preissetzungsspielräume

Quersubventionen entfalten vor allem wettbewerbsrechtlich relevante Effekte durch die durch sie ermöglichten Preissetzungsspielräume. Dies wird bereits bei der Betrachtung der Definition des Begriffs „Quersubventionierung“, die die Kommission in der Vergangenheit verwendet hat, deutlich:

„Aus ökonomischer Sicht liegt eine „Quersubventionierung“ dann vor, wenn auf der einen Seite die Erlöse einer Dienstleistung nicht zur Deckung der auf diese Dienstleistung entfallenden spezifischen Zusatzkosten (incremental costs)⁴⁴ ausreichen und auf der anderen Seite eine Dienstleistung oder ein gesamter Unternehmensbereich vorhanden ist, dessen Erlöse die „Stand-alone“-Kosten übersteigen. Die Überdeckung der Stand-alone-Kosten zeigt die Quelle der Quersubvention an, die Unterdeckung der leistungsspezifischen Zusatzkosten deren Ziel. [...] [Der] reservierte Bereich [kommt] als eine dauerhafte Finanzierungsquelle in Betracht, [wenn] die im reservierten Bereich

35 *Kling/Thomas* (Fn. 7), § 18 Rn. 238.

36 *Kling/Thomas* (Fn. 7), § 18 Rn. 124, m.w.N.

37 Vgl das hierzu ergangene Urteil des EuG, Urteil vom 20.3.2002, T-175/99, *UPS*, Slg 2002, S II-1915.

38 OLG Frankfurt, Urt v 22.2.2005, Az. 11 U 47/04 (Kart), Rn 25.

39 EuG, Urteil vom 20.3.2002, Rs T-175/99, *UPS*, Slg 2002, S II-1915, Rn 51 ff.

40 *Platt* (Fn 2), S 181 f; *Lübbig*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl 2009, Art 82 Rn 180.

41 *Lübbig*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn 40), Art 82 Rn 180.

42 *Kling/Thomas* (Fn 7), § 18 Rn 228.

43 *Platt* (Fn 2), S 181 f; *Lübbig*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn 40), Art 82 Rn 180.

44 „Die leistungsspezifischen Zusatzkosten (incremental costs) umfassen nur Kosten, die allein aufgrund eines einzelnen [Dienstes] anfallen. Nicht in den incremental costs enthalten sind die Fixkosten, die nicht allein aufgrund eines einzelnen Dienstes anfallen (die gemeinsamen Fixkosten). Gemeinsame Fixkosten sind nicht leistungsspezifisch mit einem bestimmten [Dienst] verknüpft und entfallen erst bei Einstellung sämtlicher Dienste des Unternehmens.“ ABl EG 2001, Nr L 125, S 27, Fn 7.

erreichten Erlöse insgesamt dessen Stand-alone-Kosten übersteigen.⁴⁵

Quersubventionen können somit Preissmissbräuche auf anderen Märkten als dem beherrschten Markt ermöglichen. Wettbewerbsrechtlich relevant sind insofern Behinderungsmissbräuche in Form von Kampfpreisstrategien oder Preis-Kosten-Scheren. Aber auch auf dem beherrschten Markt könnte das marktmächtige Unternehmen einen Ausbeutungsmissbrauch (Preishöhenmissbrauch) betreiben, um diesen Markt als Quelle für die Quersubventionierung zu verwenden.

Zudem ist anzumerken, dass eine regulierungsrechtliche festgelegte Kostenverteilungsregelung⁴⁶ in keiner Weise von der Einhaltung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften befreit.⁴⁷ Hierdurch wird lediglich allgemeingültig festgelegt, auf welche Weise die Kostenallokation zu erfolgen hat. Eine missbräuchliche Ausnutzung dieser Kostenzuordnungsregelung bleibt weiterhin ohne weiteres möglich.

a) Ausbeutungsmissbrauch: Preishöhenmissbrauch

Ein Preishöhenmissbrauch nach Art 102 Abs 2 lit a AEUV bzw § 19 Abs 4 Nr 2 GWB liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Preise verlangt, die es ausschließlich aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann und die gerade nicht in entsprechenden Kosten oder in einem besonderen finanziellen Risiko begründet liegen.⁴⁸ Bezogen auf die durch Quersubventionen finanzierte Errichtung von Glasfaserinfrastrukturen durch kommunale Unternehmen oder gebietsmonopolistische Verteilernetzbetreiber wäre es missbräuchlich, wenn die Betreiber für die Durchleitung des Stroms oder Gas unangemessen hohe Entgelte verlangten und mit diesen zusätzlichen Erlösen Investitionen im Breitbandsektor tätigen würden.⁴⁹ Dies ist ihnen aufgrund der ex ante Regulierung der Netzentgelte nicht möglich. Daher scheidet vorliegend ein Preishöhenmissbrauch im Rahmen von Quersubventionen aus.⁵⁰

b) Kampfpreisstrategien

Quersubventionen, die zur Finanzierung von Kampfpreisen durchgeführt werden, werden als wettbewerbswidrig angesehen.⁵¹ Von Kampfpreisen wird gesprochen, wenn ein Unternehmen sein Produkt zu Preisen anbietet, die unter den Herstellungskosten liegen und es somit zeitlich begrenzt Verluste oder Gewinneinbußen hinnimmt.⁵² Eine solche Preissetzungsstrategie kann missbräuchlich sein, wenn sie der Verdrängung von Wettbewerbern oder der Verhinderung des Markteintritts eines neuen Wettbewerbers dient.⁵³ Ziel des marktbeherrschenden Unternehmens ist es, eventuelle Verluste nach erfolgreicher Verdrängung der Konkurrenten durch höhere Monopolpreise auszugleichen (sog *loss recoupment*).⁵⁴ Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung solcher Preissetzungspraktiken gestaltet sich außerordentlich schwierig, da unterschieden werden muss zwischen dem gewünschten intensiven Preiswettbewerb und dem wettbewerbsfeindlichen Verdrängungswettbewerb unter Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung.⁵⁵ Der Übergang zwischen diesen beiden Formen des Wettbewerbs ist häufig fließend.

Die Rechtsprechung des EuGH und die Kommissionspraxis orientieren sich bei der Feststellung unzulässiger Kampfpreise an verschiedenen Kostenbegriffen. In den Rechtssachen AZKO⁵⁶ und *Tetra Pak*⁵⁷ hat der EuGH den Grundsatz aufgestellt, dass Preise unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten (*average variable costs, AVC*) stets missbräuchlich im Sinne von Art. 102 AEUV sind, da kein anderes Ziel als die Ausschaltung eines Konkurrenten denkbar sei.⁵⁸ Preise, die über den AVC aber unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (*average total costs, ATC*) liegen, sind hingegen nur dann als missbräuchlich anzusehen, wenn sie im Rahmen eines Plans zur Verdrängung eines Konkurrenten festgesetzt werden.⁵⁹

45 ABl EG 2001, Nr L 125, S 27, Rn 6.

46 http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1912/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/BK8/Energie-Leitfaden_2012/Energie-Leitfaden_2012_node.html;jsessionid=0FE9EE3AC532FD02C4D807A74F6BFDE8, (letzter Abruf: 30.10.2012).

47 *Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg*, Positionspapier zur Tiefbaukostenverteilung bei der Mitverlegung von Glasfaserkabeln für den Telekommunikationsbreitbandbetrieb im Rahmen notwendiger Verlegungen von Strom- und/oder Gasleitungen, S. 5, www.clearingstelle-bw.de/download/Positionspapier-BW_Tiefbaukostenverteilung_bei_Mitverlegung_von_Glasfaserkabeln.pdf, (letzter Abruf: 30.10.2012).

48 Vgl EuGH, Urteil vom 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands*, Slg 1978, S 207, Rn 248/257; EuG, Urteil vom 22.11.2001, Rs T-139/98, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*, Slg 2001, S II-3413, Rn 73-80.

49 Im Rahmen der kartellrechtlichen Prüfung ist die sektorspezifische Sonderregelung des § 111 EnWG zu beachten.

50 *Kling/Thomas* (Fn 7), § 18 Rn 241.

51 *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, 5. Aufl 2012, Art 102 Rn 248; *Kling/Thomas* (Fn 7), § 18 Rn 228; OLG Frankfurt, Urt v 22.2.2005, Az. 11 U 47/04 (Kart), Rn 25.

52 *Kommission* (Fn 25), S 7, Rn 63.

53 Vgl EuG, Urteil vom 6.10.1992, Rs T-83/91, *Tetra Pak*, Slg 1994, S II-755, Rn 151, 171.

54 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 18 Rn 2.

55 *Kling/Thomas* (Fn 7), § 5 Rn 101.

56 EuGH, Urt v 3.7.1991, Rs C-62/86, *AZKO*, Slg 1991, S I-3359.

57 EuGH, Urt v 14.11.1996, Rs C-333/94 P, *Tetra Pak II*, Slg 1996, S I-5951.

58 Dem Ansatz des Generalanwalts Mengozzi, nachdem in reservierten Bereichen auf die durchschnittlichen Zusatzkosten (*average incremental costs*) abzustellen ist (siehe dessen Schlussanträge vom 24. Mai 2011 in der Rechtssache C-209/10 *Post Danmark A/S* gegen Konkurrenzerät, Rn 34 ff), ist der EuGH (Urt v 27.3.2012, Rs C-209/10, *Post Danmark*, noch nicht in amlt Slg) wohl nicht gefolgt.

59 *Kling/Thomas* (Fn 7), § 5 Rn 101; *Bulst*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, 11. Aufl 2010, Art 82 Rn 312.

Hierfür bedarf es gewichtiger übereinstimmender Anhaltspunkte, die sich aus internen Unterlagen, Drohungen und der Dauer der zu untersuchenden Preispolitik ergeben.⁶⁰

In den von der Kommission im Jahre 2009 veröffentlichten sog Durchsetzungsprioritäten⁶¹ hat sie ihre Bewertungsparameter bezüglich wettbewerbswidriger Kampfpreisstrategien weiter konkretisiert. Maßgeblich ist demnach, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen vermeidbare Verluste durch die Preissetzung erfährt (*sacrifice-Test*).⁶² Dies ist der Fall, wenn der Preis unterhalb der durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (*average avoidable costs*, AAC)⁶³ liegt. Die AAC unterscheiden sich von den AVC nur, wenn nicht nur die variablen sondern auch die (anteiligen) fixen Kosten hätten vermieden werden können. Liegt der Preis oberhalb der AAC aber unterhalb der langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten (*long-run average incremental costs*, LRAIC)⁶⁴, so handelt es sich nur um einen missbräuchlichen Preis, wenn dieser in Verbindung mit einer nachgewiesenen Kampfpreisstrategie festgesetzt wurde. Auch Preise oberhalb der LRAIC können – sofern das marktbeherrschende Unternehmen eine nachgewiesene Kampfpreisstrategie verfolgt – missbräuchlich sein.⁶⁵ Auf Grundlage dieser betriebswirtschaftlichen Daten prüft die Kommission, ob ein hypothetischer, ebenso effizienter Wettbewerber („*as efficient competitor*“-Test) durch das betreffende Verhalten vom Markt ausgeschlossen werden könnte.⁶⁶ Das marktbeherrschende

Unternehmen kann sein Verhalten rechtfertigen, wenn hierdurch Effizienzvorteile (ua technische Verbesserungen zur Qualitätssteigerung und Kostensenkungen in der Herstellung) erzielt wurden bzw werden.⁶⁷ Bei Mehrproduktunternehmen, die auch auf einem von ihnen beherrschten Markt tätig sind, geht die Kommission davon aus, dass mittels Quersubventionen missbräuchliche Kampfpreisunterbietungen auf einem anderen als dem beherrschten Markt stattfinden.⁶⁸

Der von der Kommission favorisierten ökonomischen Herangehensweise liegt die Überlegung zu Grunde, dass eine missbräuchliche niedrige Preissetzung nur möglich ist, wenn auf andere Mittel zurückgegriffen wird als diejenigen des Leistungswettbewerbs. Mehrproduktunternehmen, die auf einem der Märkte auf denen sie tätig sind, eine Monopolstellung innehaben, nutzen bei der Kostenverlagerung in diesen beherrschten Bereich gerade diese dem Leistungswettbewerb entzogene Situation aus, um auf einem anderen Markt zu günstigeren Bedingungen geschäftstätig zu werden. Die niedrigen angebotenen Preise basieren dann gerade nicht auf der eigenen Wettbewerbsleistung,⁶⁹ sondern auf der Ausnutzung der (natürlichen) Monopolstellung auf einem beherrschten Markt. Gebietsmonopolistische Verteilernetzbetreiber können so die Synergieeffekte aus dem Betrieb des Energienetzes nutzen, ohne dem Leistungswettbewerb ausgesetzt zu sein.

Letztlich besteht jedoch das Problem, dass die von der Kommission verwendeten Kostenbegriffe in der Unternehmenspraxis kaum eine Rolle spielen. Zudem sind die Daten zur Ermittlung der Kosten nur unter großem buchhalterischen Aufwand zu besorgen, sodass für die betroffenen Unternehmen eine korrekte Selbsteinschätzung kaum möglich sein wird.⁷⁰ Hinzu kommt, dass eine Beurteilung der Missbräuchlichkeit nicht allein anhand der Kostenunterlagen getroffen werden kann.⁷¹ Zusätzlich ist in der Regel die Intention des quersubventionierenden Unternehmens zu berücksichtigen.

Im Gegensatz zu dem sich an betriebswirtschaftlichen Kostenbegriffen orientierenden Ansatz der Kommission nehmen die deutschen Kartellbehörden eine umfassende Interessenabwägung vor. Die Ermittlung, ob ein Unternehmen eine Kampfpreisstrategie verfolgt, erfolgt unter einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls, bei der alle Indizien sowie objektiven und subjektiven Kriterien berücksichtigt werden.⁷²

Die Kartellbehörden und Gerichte stellen hohe Anforderungen an die Missbräuchlichkeit von Kampfpreisen.

60 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Fn 59), Art 82 Rn 316 mwN.

61 *Kommission* (Fn 25), S 2.

62 *Kommission* (Fn 25), S 2, Rn 64.

63 „Durchschnittliche vermeidbare Kosten (AAC) sind das Mittel aus den Kosten, die ein Unternehmen hätte vermeiden können, wenn es darauf verzichtet hätte, eine abgesonderte Menge an (zusätzlichem) Output zu produzieren; in diesem Falle wäre dies die Menge, die mutmaßlich Gegenstand missbräuchlichen Verhaltens ist. In den meisten Fällen stimmen die durchschnittlichen variablen Kosten (AVC) mit den AAC überein, weil oft nur die variablen Kosten vermieden werden können.“ ABl EU 2009, Nr C 45, S 2, S 11, Fn 2.

64 „Bei langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten (LRAIC) handelt es sich um das Mittel aller (variablen und fixen) Kosten, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen. LRAIC und durchschnittliche Gesamtkosten (average total costs – ATC) sind gute Anhaltspunkte für einander und im Falle von Unternehmen, die nur ein Produkt herstellen, identisch. Im Falle von Mehrproduktunternehmen, die Verbundvorteile nutzen können, würden für jedes einzelne Produkt die LRAIC unter den ATC liegen, da echte Gemeinkosten nicht in den LRAIC berücksichtigt werden. Stellt ein Unternehmen verschiedene Produkte her, werden etwaige Kosten, die hätten vermieden werden können, wenn auf die Produktion einer bestimmten Ware verzichtet worden wäre, nicht als Gemeinkosten betrachtet. Im Falle bedeutender Gemeinkosten müssen diese eventuell bei der Prüfung, ob das betreffende Unternehmen in der Lage ist, genauso effiziente Wettbewerber vom Markt auszuschließen, berücksichtigt werden.“ ABl EU 2009, Nr C 45, S 2, S 11, Fn 2.

65 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Fn 59), Art 82 Rn 319 ff.

66 *Kommission* (Fn 25), S 2, Rn 25.

67 *Kommission* (Fn 25), S 2, Rn 28 ff.

68 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Fn 59), Art 82 Rn 313 und 320.

69 Vgl *Platt* (Fn 2), S 198.

70 *Kling/Thomas* (Fn 7), § 5 Rn 104.

71 *Kling/Thomas* (Fn 7), § 5 Rn 103.

72 *Kling/Thomas* (Fn 7), § 18 Rn 223 ff.

Allein der Umstand, dass die für eine Quersubventionierung eingesetzten Mittel aus einem Bereich stammen, der den Wettbewerbskräften entzogen ist, ist nicht ausreichend für die Feststellung des Vorliegens von Kampfpreisen.⁷³ Zwar können die Verteilernetzbetreiber durch Nutzung von Synergieeffekten aus dem gebietsmonopolistischen Energieverteilernetz bei der Errichtung von Glasfaserinfrastrukturen aufgrund einer quersubventionierenden Kostenzuschlüsselung wettbewerbliche Vorteile bei der Errichtung der Glasfaserinfrastruktur generieren, die durch niedrige Nutzungsentgelte auf nachgelagerte Wertschöpfungsstufen gehebelt werden können. Auch könnte auf diese Weise ein Tochterunternehmen (regionale TK-Netzgesellschaft) des Verteilernetzbetreibers bevorteilt werden. Darüber hinaus ist es aber erforderlich, dass das Unter-Kosten-Angebot gezielt – mit *dolus directus* – Hindernisse für Konkurrenten schaffen und diese aus dem Markt verdrängen soll, um durch überhöhte Preise auf dem nun beherrschten Markt erlittene Verluste der durchgeführten Preispolitik ausgleichen zu können.⁷⁴ Ein Nachweis einer solchen Verdrängungsabsicht muss durch den klagenden Konkurrenten erbracht werden.

c) Preisstrukturmissbrauch: Preis-Kosten-Schere

Eine Preis-Kosten-Schere liegt vor, wenn der Preisunterschied zwischen Vorleistungs- und Endkundenprodukt zu gering ist, d. h., wenn das Verhältnis zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen es verhindert, dass ein potentieller Wettbewerber des marktbeherrschenden (integrierten) Unternehmens auf dem Endkundenmarkt tätig werden kann.⁷⁵ Eine iSd Art 102 AEUV bzw § 19 Abs 4 Nr 1 GWB missbräuchliche Preis-Kosten-Schere liegt vor, wenn die Vorleistungspreise die Endkundenpreise übersteigen oder die Vorleistungspreise nur geringfügig niedriger sind als die Endkundenpreise.⁷⁶ Denkbar ist, dass ein Betreiber einer neu errichteten Glasfaserinfrastruktur selbst TK-Dienstleistungen für Endkunden anbietet und Konkurrenten auf dem Dienstleistungsmarkt den Zugang zu der eigenen Infrastruktur nur zu überhöhten Vorleistungspreisen ermöglicht, so dass diese auf dem nachgelagerten Dienstleistungsmarkt langfristig nicht rentabel bleiben können. Voraussetzung ist jedoch, dass der Netzbetreiber mit der mit-

tels Quersubventionen errichteten Glasfaserinfrastruktur eine marktbeherrschende Stellung auf dem TK-Netzbetriebsmarkt innehat, da diese Machtstellung vorliegend ausgenutzt wird. Da es sich bei dem Betrieb des Energieverteilernetzes und der Errichtung von Glasfaserinfrastrukturen nicht um vertikal aufeinander bezogene, nachgelagerte Wertschöpfungsebenen handelt, kommt eine missbräuchliche Preis-Kosten-Schere nicht in Betracht.

3. Verbot der Diskriminierung bzw der unbilligen Behinderung

Quersubventionen können auch beim Diskriminierungsmissbrauch eine Rolle spielen. Art 102 Abs 2 lit c AEUV bestimmt, dass insbesondere die „Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden“, missbräuchlich ist. Diese Form des Missbrauchs, welche auch in § 20 Abs 1 GWB verankert ist, liegt vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen gegenüber seinen Handelspartnern auf vor- oder nachgelagerter Wertschöpfungsstufe diskriminierend handelt oder seine Handelspartner (auf der vor- oder nachgelagerten Wertschöpfungsstufe) zu diskriminierendem Handeln zwingt.

Hingegen ist eine nach § 20 Abs 1 GWB tatbestandmäßige missbräuchliche Ungleichbehandlung nicht gegeben, wenn konzernerneigene Gesellschaften im Verhältnis zu Dritten bevorzugt behandelt werden, da alle verbundenen Unternehmen gem § 36 Abs 2 GWB ein einheitliches Unternehmen darstellen.⁷⁷ Gleiches gilt für das Diskriminierungsverbot des Art 102 S 2 lit c AEUV (sog Konzernprivileg).⁷⁸ Ausnahmen bestehen beispielsweise im Energiesektor (§ 20 EnWG) und Eisenbahnsektor (§ 9 AEG), welche einen diskriminierungsfreien Netzzugang für jedermann festschreiben.⁷⁹ Ein allgemeiner wettbewerbsrechtlicher Zugangsanspruch besteht insofern nicht.

Im Falle der Errichtung und des Betrieb neuer Glasfaserinfrastrukturen wird mittels Quersubventionen durch eine unsachgemäße Kostenzuschlüsselung der Glasfasernetzbetreiber aus dem Energieverteilernetzbetrieb finanziell bevorteilt. Wird eine solche Quersubvention innerhalb eines Konzerns durchgeführt, liegt keine tatbestandmäßige Diskriminierung vor. Eigene Konzerntöchter dürfen im Gegensatz zu Dritten bevorzugt behandelt werden. Der Umstand, dass auf einer dem Glasfasernetzbetrieb nachgelagerten Wertschöpfungsebene

73 OLG Düsseldorf, Urt v 27.3.2002, WuW/E DE-R 876 – *Germania*.

74 *Kling/Thomas* (Fn 7), § 18 Rn 224.

75 Siehe nur EuG, Urteil vom 19.11.2009, Rs T-5/97, *Industrie des poudres sphériques*, Slg 2000, S II-3755, Rn 178; Kommission, Entscheidung vom 21.5.2003, ABl EU 2003 Nr L 263, S 9, 23, Rn 102.

76 Kommission, Entscheidung vom 21.5.2003, ABl EU 2003 Nr L 263, S 9, 24, Rn 107.

77 *Kling/Thomas* (Fn 7), § 18 Rn 103.

78 *Kling/Thomas* (Fn 7), § 5 Rn 108.

79 *Kling/Thomas* (Fn 7), § 18 Rn 103.

TK-Dienstleistungen (Vorleistungs- oder Endkundenprodukte) aufgrund der Quersubventionierung zu günstigeren Konditionen angeboten werden, ist eine Frage des Preismisbrauchs, die oben erörtert wurde. Im Ergebnis wird somit in der Regel der Diskriminierungsbestand nicht verwirklicht werden.

IV. Zusätzliche Voraussetzungen für die Anwendung des Art 102 AEUV

In den Anwendungsbereich des Art 102 AEUV fallen nur Unternehmenshandlungen, die einerseits spürbar sind und andererseits dazu führen können, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Zwischenstaatlichkeitsklausel).⁸⁰ Zudem muss eine marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben vorliegen. Erst nachdem der sachliche und räumliche Markt abgegrenzt ist, kann beurteilt werden, ob ein wesentlicher Teil des Binnenmarkts von der Maßnahme des Unternehmens betroffen ist. Ein wesentlicher Teil des Binnenmarkts ist dabei nicht erst dann betroffen, wenn der relevante räumliche Markt die Grenze von Mitgliedstaaten überschreitet. Schon das Staatsgebiet eines Mitgliedstaats oder ein wirtschaftlich bedeutender Teil desselben kann einen wesentlichen Teil des Binnenmarkts darstellen.⁸¹ Da vorliegend kommunale Unternehmen oder Verteilernetzbetreiber lediglich auf den räumlich durch die Ausdehnung des gemeindeweiten Verteilernetzes begrenzten Märkten über ein natürliches Monopol und somit über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, ist hiervon in aller Regel kein wesentlicher Teil des Binnenmarktes betroffen. Daher ist allein auf die deutschen Wettbewerbsvorschriften abzustellen.

V. Zwischenergebnis: Wettbewerbsrechtliche Einordnung von Quersubventionen

Quersubventionen werden aus Sicht des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts erst relevant, wenn sie in missbräuchlicher Art und Weise eingesetzt werden. Insbesondere geben sie die Gelegenheit, Kampfpreise dauerhaft durchzusetzen. Marktbeherrschende Unternehmen können in wettbewerbsrechtlich neutraler Weise eine Quersubventionierung durch eine nicht verursachungsgerechte Kostenallokation vornehmen. Erst ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens unter Ausnutzung dieser Quersub-

ventionierung stellt einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht dar. Unternehmen, die über Infrastrukturen eines natürlichen Monopols verfügen, können dabei in besonders hohem Maße auf Mittel des Nichtleistungswettbewerbs als Quelle für Quersubventionen zurückgreifen.

VI. Die Gefahr von Konkurrentenklagen gegen ...

1. ... Quersubventionen kommunaler Unternehmen

Sämtliche Investitionen in den Ausbau von Glasfasernetzen mittels Quersubventionen *kommunaler Unternehmen* sind – wie im ersten Teil dieser Abhandlung dargestellt wurde – auf den Prüfstand des EU-Beihilferechts zu stellen. Die Schnittstellenverträge zwischen den einzelnen Wertschöpfungsstufen über die Nutzung von passiver oder aktiver (Glasfaser-)Infrastruktur zwischen einem Rechtsträger eines öffentlichen Zurechnungshaushalts und dem Rechtsträger eines anderen Unternehmens oder der eigenen Unternehmenssparte können beihilferelevante Quersubventionen transportieren, wenn diesen keine betriebswirtschaftlich anerkannte Kostenrechnungsmethode zugrunde liegt. Diese Verträge sind oberhalb der „De-minimis“-Ausnahme ohne eine der Kostenrechnung zugrunde liegende getrennte Kontenführung auch nicht genehmigungsfähig, weshalb ihnen die Nichtigkeit anhaftet.

Infolge dieser Nichtigkeit hat grundsätzlich der Beihilfegeber einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung bzw. Wertausgleich der durchgeführten Quersubvention.⁸² Diesen Rückforderungs- bzw. Ausgleichsanspruch kann er vor den Zivilgerichten einklagen. Häufig hat der Beihilfegeber jedoch kein Interesse an einer Rückforderung der gewährten Quersubvention. Vielmehr wird er regelmäßig „aus Gründen, auf denen die Gewährung der Beihilfe beruht, typischerweise daran interessiert sein [...], den Beihilfeempfänger möglichst wenig zu belasten.“ Denkbare Gründe dafür sind zB die enge Verflechtung des Beihilfegebers und -empfängers durch ihre Zugehörigkeit zu demselben Unternehmen oder derselben Unternehmensgruppe oder dadurch, dass der Beihilfeempfänger der wichtigste Kunde des Beihilfegebers ist.

Ist eine EU-beihilferechtswidrige Quersubvention unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot (Art 108 Abs 3 S 3 AEUV) gewährt worden, stehen aber auch den Wettbewerbern des Quersubventionsempfängers, die durch dessen Quersubventionierung in ihrer wettbewerblichen Stellung beeinträchtigt werden, zivilrechtliche Ansprüche zu: Schadensersatz-, Beseitigungs- und Unterlas-

⁸⁰ Vgl. *de Bronnet*, in: Wiedemann (Fn 21), § 22, Rn 104–107.

⁸¹ EuGH, Urteil vom 9.11.1983, Rs 322/81, *Michelin*, Slg 1983, S 3461, Rn 23 ff; EuGH, Urteil 16.12.1975, verb Rs 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 u 114/73, *Suiker Unie ua*, Slg 1975, S 1663, Rn 448; näher dazu *Braun*, ZEuS 2005, S 211, 223.

⁸² BGH, Urt v 10.2.2011, Az. I ZR 136/09, Rn 40.

sungsansprüche aus §§ 8, 3, 4 Nr 11 UWG sowie aus §§ 1004, 823 Abs 2 BGB jeweils iVm Art 108 Abs 3 S 3 AEUV.⁸³

Diese können sie gerichtlich im Wege der Stufenklage (§ 254 ZPO) geltend machen.⁸⁴ Aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes des Unionsrechts sind ihnen dabei „Beweiserleichterungen“ in Form von Auskunftsansprüchen gegen den Beklagten aus §§ 8, 3, 4 Nr 11 UWG sowie aus §§ 1004, 823 Abs 2 BGB jeweils iVm Art 108 Abs 3 S 3 AEUV und § 242 BGB sowie in Form einer Beweislastumkehr in Bezug auf Informationen, auf die sie mangels Einblicks in unternehmensinterne Vorgänge des Quersubventionsgebers und -empfängers keinen oder keinen zumutbaren Zugriff haben, zu gewähren.⁸⁵ Klagebefugt sind aktuelle und potentielle Wettbewerber des Empfängers beihilfetatbestandlicher Quersubventionen.⁸⁶ Für ihre Klagebefugnis und Aktivlegitimation ihrer Ansprüche gemäß § 823 Abs 2 BGB bzw § 4 Nr 11 iVm Art 108 Abs 3 S 3 AEUV genügt nach den Urteilen des BGH vom 10.2.2011 in den Flughafenfällen Frankfurt-Hahn⁸⁷ und Lübeck⁸⁸ das Bestehen eines *potentiellen* Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem Wettbewerber (Kläger) des Quersubventionsempfängers und dem Letztgenannten (Beklagten). Klagebefugte potentielle Wettbewerber eines kommunalen Unternehmens, das im Rahmen seiner Breitbandaktivitäten beihilfetatbestandliche Quersubventionen empfangen hat, wären solche TK-Unternehmen und Kabelnetzbetreiber, die unter entsprechenden Begünstigungsbedingungen, insbesondere der Tiefbaukostenverschönerung, entweder ihr Interesse an entsprechenden Investitionen auf den sachlich und räumlich relevanten Breitbandinfrastrukturmärkten oder aufgrund der kommunalen Quersubventionsbedingungen eine mögliche Beeinträchtigung ihrer aktuellen bzw potentiellen Angebotsstrategie oder gar ihrer Marktstellungen auf den sachlich und räumlich nachgelagerten Dienstleistungsmärkten substantiiert darlegen können.

83 BGH, Urt v 10.2.2011, Az. I ZR 136/09, Rn 53 ff; BGH, Urt v 10.2.2011, Az. I ZR 213/08, Rn 23 ff; Koenig/Hellstern, EWS 2011, 216.

84 BGH, Urt v 10.2.2011, Az. I ZR 213/08, Rn 13.

85 BGH, Urt v 13.7.1962 – Az. I ZR 43/61, GRUR 1963, 270, 271, BB 1962, 1175; BGH, Urt v 13.11.1970 – Az. I ZR 49/69, GRUR 1971, 164, 167, BB 1971, 144; BGH, Urt v 28.6.1974 – Az. I ZR 62/72, GRUR 1975, 78, 79, BB 1975, 577 Ls; BGH, Urt v 5.5.1983 – Az. I ZR 46/81, GRUR 1983, 650, 651; BGH, Urt v 27.11.2003 – Az. I ZR 94/01, NJWRR 2004, 616, 617; BGH, Urt v 21.4.2005 – Az. I ZR 201/02, GRUR 2005, 1059, 1061; Hasselblatt, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl 2010, § 58 Rechtsbruch (§ 4 Nr 11 UWG), Rn 55; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl 2012, § 12 UWG, Rn 2.92.

86 BGH, Urt v 10.2.2011, Az. I ZR 136/09, Rn 36 f; BGH, Urt v 10.2.2011, Az. I ZR 213/08, Rn 42 f.

87 BGH, Urt v 10.2.2011, Az. I ZR 136/09.

88 BGH, Urt v 10.2.2011, Az. I ZR 213/08.

2. ... Quersubventionen marktbeherrschender Verteilnetzbetreiber

Anders als im EU-Beihilferecht führt die Kostenverlagerung allein nicht bereits zur Verwirklichung des wettbewerbsrechtlichen Verbotstatbestands (Art 102 AEUV bzw §§ 19, 20 Abs 1 GWB), sodass es Klagen von Konkurrenten des quersubventionierenden Unternehmens gerichtet auf Unterlassung einer Quersubventionierung oder Offenlegung der Kostenallokationsmethoden bzw. eine isolierte Kostenkontrolle des Marktbeherrschers aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht geben kann. So entschied das OLG Stuttgart:

„Eine isolierte Kostenkontrolle scheidet zwar aus, da nicht die Kalkulation als solche Gegenstand des Vorwurfs kartellrechtswidrigen Verhaltens ist, sondern nur das nach außen gerichtete Verhalten, welches sich in geforderten Entgelt und nicht in einer bestimmten Art und Weise der Kalkulation manifestiert.“⁸⁹

Selbst bei einer gesetzlichen Verpflichtung zur Führung getrennter Konten ergibt sich aus dem Wettbewerbsrecht kein eigener Unterlassungsanspruch der Konkurrenten, da die Nichteinhaltung der getrennten Buchführung der eigentlichen wettbewerbsverzerrenden Handlung vorgelagert ist:

„Ein Unterlassungsanspruch folgt auch nicht aus §§ 4 Nr 11, 8 UWG, § 10 II PostG. Auch wenn man davon ausgeht, dass die Bekl. unter Verstoß gegen § 10 II PostG keinen getrennten Rechnungslegungskreis unterhält, läge darin noch kein unmittelbarer Wettbewerbsverstoß, der einen Unterlassungsanspruch der Kl. nach § 4 Nr 11 UWG unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch begründen könnte. Denn die Verletzung der Bestimmung läge im Vorfeld der eigentlichen Wettbewerbshandlung und könnte nur die Regulierungsbehörde, nicht aber jeden Wettbewerber, zum Tätigwerden berechtigen. [...] Damit versucht die Kl. über eine (Erst-) Begehungsgefahr einen rein präventiven Unterlassungsanspruch zu begründen, den das Wettbewerbsrecht indes nicht kennt.“⁹⁰

Ein generelles Separate-Accounting-Gebot folgt daher aus dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nicht. Auch marktbeherrschende Unternehmen dürfen im Rahmen ihrer unternehmerischen Entscheidungen Quersubventionen durchführen. Lediglich die missbräuchliche Ausnutzung der der Quersubvention zu Grunde liegenden Kostenallokation stellt einen Verstoß gegen Art 102 AEUV sowie §§ 19, 20 Abs 1 GWB dar. So ist also letztlich im jeweiligen Einzelfall nachzuweisen, ob eine vorgelagerte Quersubven-

89 OLG Stuttgart, Beschl v 25.8.2011, Az. 201 Kart 2/11, Rn 31, (Hervorhebungen durch die Verfasser).

90 OLG Frankfurt, Urt v 22.2.2005, Az. 11 U 47/04 (Kart), Rn 30, (Hervorhebungen durch die Verfasser).

tionierung Quelle für ein nachgelagertes tatbestandlich relevantes missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens geworden ist. Hierdurch wird deutlich, dass die Bewertung von Quersubventionen unter dem Blickwinkel des EU-Beihilferechts einer-

seits und den Art. 102 AEUV sowie §§ 19, 20 Abs. 1 GWB andererseits anhand unterschiedlicher Beurteilungskriterien erfolgt, was dem Umstand geschuldet ist, dass die Verbotstatbestände an unterschiedlichen Handlungen der Marktteilnehmer anknüpfen.

Fazit

Sowohl kommunale oder regionale öffentliche Versorgungsunternehmen als auch gebietsmonopolistische Verteilernetzbetreiber haben aufgrund ihrer bestehenden Netzinfrastrukturen in besonders hohem Maße die Möglichkeit, Synergieeffekte bei dem Ausbau breitbandiger Telekommunikationsnetze zu nutzen. Häufig erfolgt die Förderung der neuen Infrastruktur indirekt durch Quersubventionen innerhalb der Betriebe. Obwohl dies in Anbetracht der hohen Kosten des Breitbandausbaus aus volkswirtschaftlicher Perspektive sinnvoll erscheinen mag, kann die-

se quersubventionierende Praxis den Wettbewerb nachhaltig negativ beeinträchtigen (Crowding-out“-Effekte). Während Quersubventionen aus Sicht des allgemeinen Wettbewerbsrechts weniger problematisch sind, werden diesen durch das europäische Beihilferecht enge Grenzen gezogen. Daher sollten öffentliche Unternehmen, die sich im Breitbandsektor engagieren, eine beihilferechtskonforme Rechnungslegung praktizieren, um der Gefahr von behilferechtlichen Konkurrentenklagen zu entgehen.