

Kommunale Unternehmensverbände, in denen etwa gebietsmonopolistische Verteilnetzbetreiber für Gas und Elektrizität den Ausbau breitbandiger Telekommunikationsnetze durch eine Leerrohrüberlassung quersubventionieren, oder kommunale Entsorgungsunternehmen, die die wettbewerbliche Vergabe von Entsorgungsaufträgen im Dualen System aufgrund von quersubventionierten Unterkostenangeboten für sich entscheiden, fordern den europäischen Binnenmarkt heraus. Im Abfallsektor nutzen z.B. kommunale Entsorgungsunterneh-

können sie anschließend auch auf die Leichtverpackungen zugreifen und diese gemeinsam mit den ihrer reservierten öffentlich-rechtlichen Entsorgungsverantwortung (§ 17 Abs. 1 und 2 KrWG) unterliegenden stoffgleichen Nichtverpackungen über die kombinierte Wertstofftonne erfassen und entsorgen.

Quersubventionen im kommunalen Konzern können den Beihilfenverbotsbestand „aus staatlichen Mitteln“ i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen, wenn die Quersubventionsvorteile durch ein von kommunalen Gebietskörper-

## Auch Quersubventionen im kommunalen Konzern ...



men die gesamtwirtschaftlich sinnvolle Einführung einer kombinierten Wertstofftonne, um in den wettbewerblichen Vergabeverfahren der Dualen Systembetreiber entsprechend der Verpackungsverordnung den Zuschlag zu erhalten. Dabei entscheiden kommunale Entsorgungsunternehmen den Wettbewerb der Systembetreiber häufig für sich, da sie in den Vergabeverfahren der Systembetreiber ein unter Kosten kalkuliertes Angebot abgeben, das durch den kommunalen Gesellschafter – also öffentlich – querfinanziert wird. Bewusst in Kauf genommene Verluste aus dem wettbewerblich vergebenen Auftrag der Systembetreiber werden dann von der Kommune, insbesondere im Rahmen überbezahlter, nichtwettbewerblich vergebener – vermeintlich vergabefrei gestellter Inhouse-Auftragsleistungen oder anderer Kompensationsmaßnahmen der Verlustdeckung, ausgeglichen. Erhalten die unter Kosten kalkulierenden kommunalen Unternehmen im Ausschreibungswettbewerb den Zuschlag der Systembetreiber,

schaften über entsprechende Holdingkonstruktionen vollständig beherrschtes öffentliches Unternehmen gewährt werden. Dabei ist die mitgliedstaatliche Zurechenbarkeit einer Maßnahme eines öffentlichen Unternehmens aus einem Komplex von qualifizierten öffentlichen Beherrschungsindizien abzuleiten (EuGH Rs. C-482/99, *Stardust Marine*, Rdnrn. 52 ff.; BGH I ZR 136/09 – *Flughafen Frankfurt-Hahn*, Rdnr. 53). Konsequenz hat das EuG auch in seinem Urteil in der Rechtsache Rs. T-136/05, *EARL Salvat* (Rdnr. 163) die mitgliedstaatliche Zurechenbarkeit aufgrund einer öffentlich gelenkten „Initiative“ bejaht. In der Rechtssache *Altmark Trans* betonte der EuGH, dass weder der bloß regionale oder lokale Charakter der von öffentlichen oder öffentlich betrauten Unternehmen erbrachten Leistungen (dort des Personennahverkehrs) noch die Höhe einer Beihilfe eine Handelsbeeinträchtigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV ausschließen, da die Begünstigung von Unternehmen, die nur auf einem örtlich begrenzten Markt tätig sind, den Zutritt von Konkurrenten aus anderen Mitgliedstaaten zu diesem Markt erschweren kann (EuGH Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Rdnr. 77). Nur geringfügige Beihilfen, die unterhalb der Schwellenwerte der De-minimis-Verordnung liegen (200 000 EUR in drei Steuerjahren), erfüllen die Zwischenstaatlichkeitsklausel nicht.

Auch können regional oder lokal marktbeherrschende öffentliche Unternehmen, die ihre sachliche und räumliche Marktmacht gerade auf Bündel- und

Synergievorteile von Versorgungs- oder Entsorgungsleistungen auf öffentlich-rechtlich reservierten (z.B. „graue Tonnen“-Abfälle aus privaten Haushaltungen, § 17 Abs. 1 KrWG) und auf wettbewerbsoffenen Märkten (Leichtverpackungen, Gewerbeabfallentsorgung) stützen, dem wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsverbot nach §§ 19, 20 GWB unterliegen, wenn sie aus dem öffentlich-rechtlich reservierten Markt refinanzierte wettbewerbsverzerrende Quersubventionierungen vornehmen, um auf einem wettbewerblichen Markt Leistungen zu einem nicht kostendeckenden Preis anzubieten. Selbst wenn sich die marktbeherrschende Stellung nicht auf einen wesentlichen Teil des Binnenmarktes i.S. von Art. 102 AEUV erstreckt, so finden doch die vom EuGH hierzu entwickelten Missbrauchsmaßstäbe über die §§ 19, 20 GWB Anwendung, wenn private Wettbewerber durch Angebote kommunaler Unternehmen verdrängt werden, die nicht auf der Effizienz der Leistungserbringung, sondern auf den betriebswirtschaftlich nicht verursachungsgerechten und damit wettbewerbsverzerrenden Kostenverlagerungen beruhen. Zwar bildet die vom EuGH (Rs. C-209/10, *Post Danmark*, Rdnrn. 31 ff.) aufgestellte Missbrauchsformel der für Kampfpriestangebote nachzuweisenden

### ...stehen auf der wettbewerbsrechtlichen Agenda!

Nichtdeckung der leistungsspezifischen Zusatzkosten (*inkrementellen Kosten*) und eines verursachungsgerechten leistungsmengenneutralen Gemeinkostenanteils eine beweistechnisch hohe Tatbestandshürde der Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB. Die leistungsspezifischen Zusatzkosten des Produktes A beschränken sich dabei auf den Kostenbetrag, der in dem Zeitpunkt vollständig entfällt (= 0 beträgt), wenn die Produktion von A vollständig (kostenwirksam) beendet worden ist. Verdrängungsangebote, die nach dem „stand-alone-cost-Test“ auf aus öffentlichen Mitteln gespeisten Quersubventionen beruhen, sind missbräuchlich, wenn sie nach dem EuGH-Urteil *Post Danmark* (Rdnr. 31) nicht mehr die „durchschnittlichen Gesamtkosten (...) als die durchschnittlichen inkrementellen Kosten zuzüglich eines geschätzten Anteils an den allgemeinen Kosten“ decken.

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig,  
LL.M. (LSE), Universität Bonn