

Prof. Dr. Christian Koenig und Carl Prior\*

## Verfassungs- und EU-beihilferechtliche Bewertung staatlicher Angebote von Funkdiensten für die Energiewirtschaft

*Die im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen neu zuzuteilenden Frequenzen im Bereich von 450 Megahertz (MHz) werden zum einen von der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BDBOS) für ihren Digitalfunk für die einsatzkritische Kommunikation der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS) des Bundes und der Länder beansprucht. Zum anderen hat aber auch die Energiewirtschaft Bedarf an diesen Frequenzen im Hinblick auf die Nutzung für sicherheitsrelevante Telekommunikationsdienste zur Gewährleistung der Betriebssicherheit der Energieversorgung angemeldet. Nun wird vorgeschlagen, dass die Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben als*

*Anbieter von Funkdiensten die Energiewirtschaft mit 450-MHz-basierten Telekommunikationsdiensten im Rahmen einer Mitnutzung des bestehenden und des zukünftigen Digitalfunks versorgt. Dieser Beitrag bewertet den Vorschlag verfassungsrechtlich nach Art. 87f GG und EU-beihilferechtlich nach Art. 107 Abs. 1 AEUV.*

### I. Ausgangslage

Die Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben betreibt hoheitlich als

\* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten.

Anstalt des öffentlichen Rechts im Geschäftsbereich des Bundesministeriums des Innern das Digitalfunknetz der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben in Deutschland auf der Grundlage des BDBOS-Gesetzes.

Anlässlich des Verfahrens zur Vergabe der Frequenzen im Bereich von 450 MHz hat die Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben einen Vorschlag zur Mitnutzung des bestehenden und des zukünftigen Digitalfunks durch die Betreiber kritischer Infrastrukturen der Energiewirtschaft vorgelegt (im Folgenden: Umsetzungsvorschlag).

Nach diesem Umsetzungsvorschlag sollen die Betreiber kritischer Infrastrukturen der Energiewirtschaft den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben nutzen. Eine Mitnutzung der Netze der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben durch Betreiber außerhalb der Energiewirtschaft, die aber ebenfalls kritische Infrastrukturen i. S. d. IT-Sicherheitsgesetzes (BSI-Gesetz) und der KritisV unterhalten, ist dagegen nicht vorgesehen.

Die im Falle einer Widmung der 450-MHz-Frequenzen für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben und der Bundeswehr von der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben gegenüber den Energieunternehmen erbrachten Dienste sollen Sprach- und Datenanwendungen umfassen. Die Leistungserbringung unter Rückgriff auf bereits vorhandene staatliche Infrastrukturen (insbesondere Basisstationen) lässt dabei – zumindest gegenwärtig – Vorteile im Hinblick auf die Einhaltung von Sicherheitseigenschaften und Flächendeckung gegenüber einer Versorgung durch privatwirtschaftliche Unternehmen erwarten.

Für die Dienste sollen den Energieunternehmen Investitions- und Betriebskosten für die Mitnutzung des Digitalfunks der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben in Rechnung gestellt werden. Die Investitionskosten für den Aufbau des 450-MHz-Breitbandnetzes sollen etwa 30% der Gesamtinvestitionskosten zuzüglich der auf die Energiewirtschaft bezogenen Erweiterungskosten des bestehenden Digitalfunks betragen. Die zu entrichtenden Betriebskosten werden ebenfalls mit einer Quote von ca. 30% der Gesamtbetriebskosten (jährlich) veranschlagt.

## II. Verfassungsrechtliche Bewertung nach Art. 87f GG

### 1. Das Privatwirtschaftlichkeitspostulat der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG

Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG normiert als verfassungsrechtliche Grundentscheidung das Privatwirtschaftlichkeitsgebot für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen.<sup>1</sup> Eine staatliche Dienstleistungserbringung ist danach – unmittelbar oder mittelbar durch öffentliche Unternehmen – unzulässig. Vielmehr müssen die Dienste von Unternehmen in privatrechtlichen Rechtsformen und in privatwirtschaftlichen Beherrschungsverhältnissen erbracht werden, welche marktwirtschaftlich und damit primär gewinnorientiert handeln.<sup>2</sup> Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG postuliert nämlich auch – in Abkehr ehemaliger monopolistischer Strukturen – die Leistungserbringung im Wettbewerb.<sup>3</sup>

Das in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG angelegte Privatwirtschaftlichkeitsgebot und Wettbewerbsprinzip gilt für alle Telekommunikationsdienstleistungen, d. h. zum einen für die nach Art. 87f Abs. 1 GG sicherzustellende flächendeckend angemessene und ausreichende Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen (Universaldienst). Zum anderen sind

aber auch solche Telekommunikationsdienstleistungen erfasst, die über das nach Art. 87f Abs. 1 GG zu gewährleistende universaldienstrechtliche Grundversorgungsniveau hinausgehen.<sup>4</sup> Für die Dienste des Art. 87f Abs. 1 GG besteht auf verfassungsrechtlicher Ebene ein staatlicher Gewährleistungsauftrag, wonach der Bund nach Maßgabe eines Bundesgesetzes, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen gewährleistet. Dem Staat obliegt die Aufgabe, ein Mindestmaß der Leistungen regulatorisch sicherzustellen und einzugreifen, wenn das Marktgeschehen angemessene und ausreichende Dienstleistungen nicht mehr für alle verfügbar hervorbringt.<sup>5</sup>

Aus der Maßgabe, dass unabhängig von der Art der Telekommunikationsdienstleistungen – universaldienstrechtliche Grundversorgung i. S. v. Art. 87f Abs. 1 GG oder darüber hinausgehende höherwertige Dienste – das Gebot privatwirtschaftlicher Leistungserbringung im Rahmen von wettbewerblichen Strukturen verfassungsrechtlich vorgegeben ist, folgt, dass auch die nach dem Umsetzungsvorschlag für die Energiewirtschaft zu erbringenden Dienste privatwirtschaftlich zu erbringen sind.<sup>6</sup> Denn diese sollen Sprach- und Datenanwendungen aufgrund der Mitnutzung des bestehenden und zukünftigen Digitalfunks umfassen und damit Dienstleistungen der Telekommunikation i. S. d. Art. 87f GG darstellen. Die Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben hingegen ist als Anstalt des öffentlichen Rechts im Geschäftsbereich des Bundesministeriums des Innern organisiert und nimmt zudem ausweislich § 2 Abs. 1 S. 3 BDBOS-Gesetz ihre Aufgaben nur im öffentlichen Interesse – und mithin nicht marktwirtschaftlich orientiert – wahr. Eine privatwirtschaftliche Dienstleistungserbringung i. S. v. Art. 87f GG Abs. 2 S. 1 GG ist ihr nicht möglich.

Dies gilt auch, wenn die Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben durch eine privatrechtlich organisierte Tochtergesellschaft, etwa in der Rechtsform einer GmbH, als staatliches Werkzeug tätig wird. Eine Umgehung des Privatwirtschaftlichkeitsgebotes durch eine „Flucht in das Privatrecht“ ist der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben wie jedem anderen beherrschenden staatlichen Gesellschafter nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG verwehrt. Das verfassungsrechtlich verankerte Privatwirtschaftlichkeitsgebot stellt aus Gründen seiner praktischen Wirksamkeit nicht allein auf die Rechtsform ab, vielmehr auch auf die hinter der handelnden Organisation stehenden – diese wirtschaftlich beherrschenden – Eigentümer bzw. Träger.<sup>7</sup>

### 2. Keine staatliche Leistungserbringung selbst bei unzureichendem marktwirtschaftlichen Angebot

Handelt es sich bei den für die Energiewirtschaft nach dem Umsetzungsvorschlag von der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben zu erbringenden Diensten um Dienste i. S. v. Art. 87f Abs. 1 GG, so greift die staatliche Gewährleistungsverantwortung, wonach der Staat über regulatorische Sicherstellungsmechanismen für die marktwirtschaftliche Erbringung dieser Dienste zu sorgen

1 Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Loseblattsammlung, Stand: 87. Ergänzungslieferung (3/2019), Art. 87f Rn. 37.  
 2 Möstl (Fn. 1), Art. 87f Rn. 37; Remmert, in: Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 41. Edition (5/2019), Art. 87f Rn. 4.  
 3 Windthorst, in: Sachs, GG, 8. A., 2018, Art. 87f Rn. 25.  
 4 Cornils, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. A., 2013, Einl. A Rn. 18.  
 5 Möstl (Fn. 1), Art. 87f Rn. 2.  
 6 Für einen möglichen Ausschluss des Privatwirtschaftlichkeitsgebotes siehe unten, unter 2. und 3.  
 7 Insoweit unstreitig, siehe hierzu etwa Möstl (Fn. 1), Art. 87f Rn. 57 ff.; Remmert (Fn. 2), Art. 87f Rn. 5 ff.

hat. Für eine solche Qualifizierung der Dienste spricht, dass Art. 87f Abs. 1 GG als Liberalisierungsfolgenregelung zu verstehen ist,<sup>8</sup> welche die Verfügbarkeit eines gewissen Mindeststandards auch bei privatwirtschaftlicher Leistungserbringung bezweckt. Zwar unterliegt die Festlegung des konkreten Mindestversorgungsstandards der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.<sup>9</sup> Die – im Hinblick auf das Untermaßverbot einen gewissen Mindeststandard umfassende – staatliche Grundversorgungsgewährleistung ist aber als bereichsspezifische Ausprägung des Sozialstaatsgedankens anzusehen und gehört damit zur unabdingbaren Grundversorgung.<sup>10</sup> Da auch die Versorgung mit elektrischer Energie zu den Bereichen der unabdingbaren Grundversorgung gehört, kann auch die Versorgung von Betreibern kritischer Energieinfrastrukturen mit sicherheitsrelevanten Telekommunikationsdiensten unter die nach Art. 87f Abs. 1 GG staatlich zu gewährleistende (aber privatwirtschaftlich zu erbringende) Grundversorgung mit Telekommunikationsdiensten fallen.

Wenn also die staatliche Grundversorgungsgewährleistung mit Telekommunikationsdiensten auch in Bezug auf die Versorgung von Betreibern kritischer Energieinfrastrukturen gilt, so ist fraglich, ob diese in Fällen eines unzureichenden marktwirtschaftlichen Angebotes – abseits regulatorischer Sicherstellungsmechanismen – ausnahmsweise ein staatliches Tätigwerden in Form eigener Leistungsbereitstellung erlaubt. Freilich würde dies einen Verstoß gegen das grundlegende verfassungsrechtliche Privatwirtschaftlichkeitsgebot des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG bedeuten, so dass es allein in solchen exponierten Ausnahmefällen in Betracht kommen kann, in denen kollidierenden gleich- oder höherwertigen Verfassungsgütern Geltung verschafft werden muss.<sup>11</sup> Da das Privatwirtschaftlichkeitsgebot des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung in bewusster Abkehr ehemaliger staatlicher verwaltungsmäßiger Leistungserbringung darstellt,<sup>12</sup> sind die Hürden einer Rechtfertigung entsprechend hoch anzusetzen.

Unzweifelhaft ausgeschlossen ist deswegen eine Einschränkung des Privatwirtschaftlichkeitsgebotes im Hinblick auf die Erzielung von volkswirtschaftlichen Effizienzvorteilen und anderen wirtschaftlichen Effekten, welche vorliegend durch die in Aussicht gestellte synergetische Nutzung bereits bestehender staatlicher Infrastrukturen zumindest auch generiert würden.

Aber auch das gegenwärtig noch nicht flächendeckende – indes weiter regulatorisch entwicklungsfähige – marktwirtschaftliche Angebot kann vorliegend kein ausnahmsweises staatliches Tätigwerden in Form eigener Leistungsbereitstellung rechtfertigen. Denn es besteht eine regulatorisch bedingte Überlegenheit der potentiellen staatlichen Leistungserbringung und keine – die hohe Rechtfertigungshürde überschreitende – Alternativlosigkeit und Unabdingbarkeit der staatlichen Leistungserbringung für die Betriebssicherheit kritischer Energieinfrastrukturen. Der staatliche Gewährleistungsauftrag besteht gerade, um auch in Fällen unzureichender marktwirtschaftlicher Angebote auf die privatwirtschaftliche Erbringung von Telekommunikationsdiensten regulatorisch hinzuwirken.

Die vom Umsetzungsvorschlag in Aussicht gestellte Mitnutzung staatlicher einsatzkritischer Netze bleibt daher weiterhin unzulässig.

Kein abweichendes Ergebnis ist anzunehmen, wenn man davon ausgeht, dass die nach dem Umsetzungsvorschlag an Betreiber kritischer Energieinfrastrukturen zu erbringenden Telekommunikationsdienste – auch teilweise – nicht zu der nach Art. 87f Abs. 1 GG staatlich zu gewährleistenden (aber privatwirtschaftlich zu erbringenden) Grundversorgung zählen. Denn jenseits der Grundversorgung i. S. v. Art. 87f Abs. 1

GG beschränken sich die staatlichen Handlungsspielräume auf regulatorische Sicherstellungsmaßnahmen im Hinblick auf das in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG normierte Privatwirtschaftlichkeits- und Wettbewerbsprinzip.<sup>13</sup> Wenn also im Hinblick auf die Verfügbarkeit von Telekommunikationsdiensten, die über die nach Art. 87f Abs. 1 GG erforderliche Grundversorgung hinausgehen, schon keine explizite verfassungsrechtliche Zielvorgabe besteht, so muss die in Aussicht gestellte Mitnutzung staatlicher einsatzkritischer Netze zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten an die Betreiber kritischer Energieinfrastrukturen erst recht unzulässig bleiben. Eine ausnahmsweise Einschränkung des Privatwirtschaftlichkeitsgebotes kommt mithin auch hiernach nicht in Betracht.

### 3. Kein Ausschluss der Privatwirtschaftlichkeit wegen Dienstleistung im hoheitlichen Bereich

Nach Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG werden Hoheitsaufgaben im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation in bundeseigener Verwaltung ausgeführt. Es besteht also der Grundsatz der Trennung von hoheitlichen Aufgaben des Bundes einerseits und der privatwirtschaftlichen Leistungserbringung von Telekommunikationsdiensten andererseits.<sup>14</sup>

Bei den von der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben erbrachten Telekommunikationsdiensten an Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben des Bundes und der Länder handelt es sich um eine Dienstleistung im hoheitlichen Bereich, welche insofern nicht dem Privatwirtschaftlichkeitsgebot des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG unterliegt. Die zur Teilnahme am Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben berechtigten öffentlichen Stellen (als Beliehene oder Verwaltungshelfer) mit Sicherheitsaufgaben sind in hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung tätig.<sup>15</sup>

Die Betreiber kritischer Infrastrukturen der Energiewirtschaft gehören gerade nicht zu den in hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung tätigen und damit zur Teilnahme am Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben berechtigten öffentlichen Stellen. Vielmehr wird die Energieversorgung privatwirtschaftlich gewährleistet, wobei das sektorspezifische Regulierungsrecht möglichst wirksame und unverfälschte Wettbewerbsbedingungen für die privatwirtschaftliche Leistungserbringung sicherstellen soll (vgl. etwa § 1 Abs. 2 EnWG). Zur Sicherstellung der Verfügbarkeit dieser für das Funktionieren des staatlichen Gemeinwesens besonders bedeutenden kritischen Energieversorgungsdienstleistungen haben die Betreiber kritischer Energieinfrastrukturen besondere Verpflichtungen im Hinblick auf einen angemessenen Schutz gegen Bedrohungen für Telekommunikations- und elektronische Datenverarbeitungssysteme zu erfüllen (vgl. § 11 Abs. 1a bis 1c EnWG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 KritisV). Diese Verpflichtungen sind – mangels einer gesetzlichen Beleihungsgrundlage – nicht hoheitlich zu erfüllen. Auch die für Sprach- und Datenübertragungen erforderlichen

8 Siehe etwa *Windthorst* (Fn. 3), Art. 87f Rn. 8 m. w. N.

9 *Remmert* (Fn. 2), Art. 87f Rn. 8 m. w. N.

10 *Möstl* (Fn. 1), Art. 87f Rn. 71.

11 Siehe auch *Kühling/Neumann*, in: *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz, Der Ausbau neuer Netze in der Telekommunikation*, 2012, S. 196.

12 *Möstl* (Fn. 1), Art. 87f Rn. 36.

13 *Cornils* (Fn. 4), Einl. A Rn. 16 ff.

14 *Möstl* (Fn. 1), Art. 87f Rn. 2, 97 f.

15 Die konkret zur Teilnahme am Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben berechtigten Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (Nutzer) legen die auf Grundlage von § 57 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 TKG erlassene BOS-Richtlinie (GMBL 2009, 803) in § 4 und die BOS-Funkrichtlinie Digitalfunk (GMBL 2006, 714) in § 3 Abs. 2 fest. Das BDBOS-Gesetz verweist in § 2 Abs. 1 S. 4 und 5 für den Kreis der berechtigten Nutzer auf diese Richtlinien.

Infrastrukturen im Telekommunikationssektor sind kritische Infrastrukturen (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 KritisV), deren Betreiber nach § 109 TKG und dem PTSG besonderen versorgungssicherheitsrelevanten Anforderungen und Meldepflichten unterliegen. Deren Erfüllung ist aber insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG keine hoheitliche Aufgabe, sondern eine öffentlich-rechtlich auferlegte Betreiberpflicht.

Eine Qualifizierung i. S. v. Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG als intra-hoheitliche Dienstleistung durch die Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben an die Betreiber kritischer Energieinfrastrukturen – gleichsam im Bereich einer intra-hoheitlichen staatlichen Risikovorsorge für den Krisen- und Katastrophenfall<sup>16</sup> – unter Annahme einer Beleihung dieser die Dienste empfangenden Energieinfrastrukturbetreiber mit Hoheitsaufgaben entbehrt der für eine solche Beleihung erforderlichen Rechtsgrundlage. Schließlich erfolgt die Erbringung nicht nur allgemeiner, sondern auch sicherheitsrelevanter Telekommunikationsdienste gemeinhin privatwirtschaftlich (etwa die Versorgung von Krankenhäusern oder Flughäfen über private Mobilfunknetzbetreiber, Festnetzbetreiber und Systemhäuser unter Nutzung privatwirtschaftlich errichteter Infrastrukturen). Die Versorgung von Betreibern kritischer Energieinfrastrukturen kann damit nicht ohne einen mit Art. 87f Abs. 2 S. 1 und 2 GG unvereinbaren Kohärenzbruch als Hoheitsaufgabe aus dem Bereich einer privatwirtschaftlichen Leistungserbringung herausdefiniert werden.

### III. EU-beihilferechtliche Bewertung nach Art. 107 Abs. 1, Art. 108 Abs. 3 AEUV

Unabhängig von dem festgestellten Verstoß gegen das Verfassungspostulat der Privatwirtschaftlichkeit der Erbringung von Telekommunikationsdiensten nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG könnte der Umsetzungsvorschlag darüber hinaus den Tatbestand des Beihilfeverbotes nach Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen. Danach sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Beihilfen dürfen nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV grundsätzlich nicht durchgeführt werden, bevor die Europäische Kommission – nach entsprechender mitgliedstaatlicher Notifizierung der Maßnahmen (Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV) – einen abschließenden Genehmigungsbeschluss erlassen hat (Durchführungsverbot).<sup>17</sup>

#### 1. Die Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben als Beihilfeempfänger nach Art. 107 Abs. 1 AEUV

Im Folgenden konzentriert sich die Untersuchung auf die Beihilfentatbestandsmerkmale „Unternehmen“, „aus staatlichen Mitteln“ sowie „Begünstigung“. Sind diese Tatbestandsmerkmale nämlich erfüllt, so droht hier ohne weiteres auch eine den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigende Wettbewerbsverfälschung, soweit das zu erwartende Beihilfenäquivalent den allgemeinen De-minimis-Schwellenwert i. H. v. 200.000 Euro in einem Zeitraum von drei Steuerjahren nach der De-minimis-Verordnung (EU) Nr. 1407/2013<sup>18</sup> deutlich überschreiten würde.

#### a) Wirtschaftliche Betätigung der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben als Unternehmen

Fraglich ist, ob die Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben die Unternehmenseigenschaft i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt.

Im EU-Beihilferecht gilt der EU-wettbewerbsrechtlich einheitliche funktionale Unternehmensbegriff. Ein Unternehmen wird definiert als „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“,<sup>19</sup> die nicht ausschließlich Verbraucher<sup>20</sup> oder Arbeitnehmer<sup>21</sup> ist. Es kommt damit auf die wirtschaftliche Tätigkeit an, welche weit zu verstehen ist und jede Tätigkeit umfasst, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.<sup>22</sup>

Eine Gewinnerzielungsabsicht ist für das Vorliegen von wirtschaftlicher Tätigkeit nicht erforderlich,<sup>23</sup> auch gemeinnützige Akteure oder der Staat selbst, unabhängig von dem Grad der organisatorischen Verselbständigung, können auf der Angebotsseite eines bestimmten Marktes wirtschaftlich tätig sein und damit dem EU-wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff unterfallen.<sup>24</sup> Abzugrenzen ist die wirtschaftliche Tätigkeit aber von der Ausübung von Hoheitsgewalt.<sup>25</sup> Wann eine solche Ausübung von Hoheitsgewalt vorliegt, ist nach unionsautonomen Kriterien zu bestimmen und eng auszulegen.<sup>26</sup> Eine Ausübung von Hoheitsgewalt liegt jedenfalls in der Erfüllung originärer Hoheitsaufgaben.<sup>27</sup>

Nach diesen Maßstäben unterfällt das Angebot der gegenüber den an den 450-MHz-Frequenzen interessierten Energieunternehmen erbrachten Dienste dem funktionalen Unternehmensbegriff. Denn diese Dienste beinhalten nach den vom EuGH

- 16 Welche exemplarisch im Grundgesetzänderungsverfahren als Hoheitsaufgabe i. S. v. Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG genannt wurde, siehe BVerfGE 108, 169, 183 (Urt. v. 15.7.2003 – Az. 2 BvF 6/98); Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7269, 4, 5.
- 17 Das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV wird vom BGH in ständiger Rechtsprechung als ein gesetzliches Verbot i. S. v. § 134 BGB angewandt, BGH, EuZW 2004, 252, 253 (Urt. v. 20.1.2004 – Az. XI ZR 53/03); 2003, 444, 445 (Urt. v. 4.4.2003 – Az. V ZR 314/02). Ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot führt zur Nichtigkeit, mithin zur Rückabwicklung aller dagegen verstoßenden Rechtsgeschäfte (nur bei ausnahmsweiser Teilnichtigkeit nach § 139 BGB zur Vertragsanpassung, BGH, Urt. v. 5.12.2012 – Az. I ZR 92/11, Rn. 45 – *CEPS-Pipeline*).
- 18 So werden gemäß Art. 3 Abs. 1 der De-minimis-Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 Beihilfemaßnahmen, welche die Voraussetzungen der Verordnung erfüllen – also insbesondere nicht den De-minimis-Schwellenwert i. H. v. 200.000 Euro in einem Zeitraum von drei Steuerjahren gemäß Art. 3 Abs. 2 der Verordnung überschreiten –, als Maßnahmen angesehen, die nicht die Beihilfentatbestandsmerkmale der Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen und daher von der Anmeldepflicht gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV ausgenommen sind.
- 19 Ständige Rechtsprechung seit EuGH, ECLI:EU:C:1991:161, Rn. 21 (Urt. v. 23.4.1991 – Rs. C-41/90) – *Höfner*.
- 20 Vgl. Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 6. A., 2019, Art. 101 AEUV Rn. 10.
- 21 EuGH, ECLI:EU:C:1999:419, Rn. 26 (Urt. v. 16.9.1999 – Rs. C-22/98) – *Becu*.
- 22 EuGH, ECLI:EU:C:2002:98, Rn. 47 (Urt. v. 19.2.2002 – Rs. C-309/99) – *Wouters*; ECLI:EU:C:2013:827, Rn. 27 (Urt. v. 12.12.2013 – Rs. C-327/12) – *SOA Nazionale Costruttori*; siehe hierzu Koenig/Försch, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. A., 2018, Art. 107 AEUV Rn. 74 ff.
- 23 EuGH, ECLI:EU:C:2001:577, Rn. 20 (Urt. v. 25.10.2001 – Rs. C-475/99) – *Ambulanz Glöckner*.
- 24 Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 11. A., 2018, Rn. 1154; Arhold, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 5, 2. A., 2018, Art. 107 AEUV Rn. 441 ff.
- 25 EuGH, ECLI:EU:C:1997:160, Rn. 22 ff. (Urt. v. 18.3.1997 – Rs. C-343/95) – *Diego Cali & Figli*; ECLI:EU:C:1994:7, Rn. 18 ff. (Urt. v. 19.1.1994 – Rs. C-364/92) – *SAT Fluggesellschaft*; ECLI:EU:C:1995:439, Rn. 49 (Urt. v. 14.12.1995 – Rs. C-387/93) – *Banchemo*; EuG, ECLI:EU:T:2006:387, Rn. 54 (Urt. v. 12.12.2006 – Rs. T-155/04) – *Selex*; Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 24), Rn. 1155 ff.
- 26 Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 24), Rn. 1155; hierzu EuG, ECLI:EU:T:2014:676, Rn. 56 ff. (Urt. v. 16.7.2014 – Rs. T-309/12) – *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*.
- 27 Hierzu Arhold (Fn. 24), Art. 107 AEUV Rn. 441 ff.; Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU 2016 C 262, I, 5 Rn. 17 f.; zum Unternehmensbegriff insgesamt vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 24), Rn. 1152 ff., 1269 ff.

aufgestellten, eng auszulegenden unionsautonomen Kriterien keine Ausübung von Hoheitsgewalt. Vielmehr trifft das Angebot der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben auf einen Markt, in dem andere private Anbieter tätig sind. So werden auf Grundlage der noch bis zum 31. Dezember 2020 befristet zugeteilten 450-MHz-Frequenzen privatwirtschaftlich (weiter ausbaufähige) 450-MHz-Netze betrieben und entsprechende Telekommunikationsdienste angeboten. Darüber hinaus werden gleichfalls von Privaten mobilfunktechnische Substitutionsalternativen zu 450-MHz-Netzen angeboten und auch nachgefragt. Ebenso wenig stellt der Bezug zu einem Sektor einer kritischen Infrastruktur (KRITIS), nämlich der Energiewirtschaft, bzw. der Bezug zur KritisV die funktionale Unternehmenseigenschaft der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben in Frage. So unterhalten zahlreiche (private) Anbieter außerhalb der Energiewirtschaft, etwa in den Wasser- oder Gesundheitsversorgungssektoren, ebenfalls kritische Infrastrukturen i. S. d. IT-Sicherheitsgesetzes (BSI-Gesetz) und der KritisV, ohne dass deren Unternehmenseigenschaft in Zweifel zu ziehen wäre. Dass die Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben ihre Aufgaben nach deutschem Recht ausschließlich im öffentlichen Interesse wahrzunehmen hat und auf staatliche Infrastrukturen beschränkt ist (§ 2 Abs. 1 BDBOS-Gesetz), vermag die unionsautonom auszulegenden Ausnahmeveraussetzungen der Ausübung von originärer Hoheitsgewalt nicht zu erfüllen. Auch die öffentlich-rechtliche Anstaltsrechtsform und die fehlende Gewinnerzielungsabsicht der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben stehen ihrer Qualifizierung als funktionales Unternehmen nicht entgegen. Das Vorhaben einer Mitnutzung des bestehenden und des zukünftigen Digitalfunks nach dem Umsetzungsvorschlag könnte indes einen Verstoß gegen das BDBOS-Gesetz darstellen, ohne dass die unionsautonome Subsumtion des tatsächlichen Marktbefundes unter den funktionalen Unternehmensbegriff jedoch hiervon berührt wäre.

Nach allem wird die Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben bei ihrem Angebot gegenüber der Energiewirtschaft als funktionales Unternehmen i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV tätig.

*b) Finanzierung des Angebotes der für die Energieunternehmen erbrachten Dienste aus staatlichen Mitteln*

Die Finanzierung des Angebotes der für die Energieunternehmen erbrachten Dienste erfolgt eindeutig aus staatlichen Mitteln i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV. Nach § 9 S. 2 des BDBOS-Gesetzes deckt die Bundesanstalt ihren Aufwand für die ihr übertragenen Aufgaben anteilig durch staatliche Haushaltsmittel von Bund und Ländern. Die Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben wäre im Bereich des Digitalfunks der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben im Falle einer Widmung der 450-MHz-Frequenzen für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben und der Bundeswehr mit Ausschließlichkeitsrechten (Monopolrechten) i. S. v. Art. 106 Abs. 1 AEUV ausgestattet, deren Ausübung aus staatlichen Haushaltsmitteln finanziert wird.

*c) Begünstigung der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben nach Art. 107 Abs. 1 AEUV*

Fraglich ist hingegen, ob diese Finanzierung die Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben in ihrer funktionalen Unternehmenseigenschaft auch EU-beihilferechtlich begünstigen würde.

Eine staatliche Maßnahme ist unabhängig von ihrer Form und Ausgestaltung dann als Begünstigung i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen, wenn einem Unternehmen ein wirtschaftlicher Vorteil zukommt, den es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte, d. h. wenn es eine Leistung ohne angemessene, d. h. marktübliche Gegenleistung (Kompensation) erlangt.<sup>28</sup> Zentraler Vergleichsmaßstab zur Bestimmung der Marktangemessenheit der Gegenleistung ist der sog. Privatinvestortest („market economy investor“-Test oder auch „private investor“-Test).<sup>29</sup> Im Rahmen des Privatinvestortests ist jeweils zu prüfen, ob die staatliche Investition unter Bedingungen erfolgte, die für einen hypothetischen privaten Vergleichsinvestor als Kapitalgeber unter normalen marktwirtschaftlichen Voraussetzungen akzeptabel wären.<sup>30</sup> Der Staat wird mit privaten Wirtschaftsbeteiligten verglichen, weswegen auch jeweils nur die Vorteile und Verpflichtungen zu berücksichtigen sind, die mit der Rolle des Staates als Wirtschaftsteilnehmer zusammenhängen, nicht aber jene, die an seine Rolle als Träger hoheitlicher Gewalt anknüpfen.<sup>31</sup>

Indes ist es kaum denkbar, dass ein hypothetischer privater Vergleichsinvestor, mit dem die hinter dem öffentlichen Zweckvermögen der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben stehenden staatlichen Finanzierungsträger (Bund und Länder) nach Art. 107 Abs. 1 AEUV zu vergleichen sind, eine Nutzung der – von diesem Vergleichsinvestor hypothetisch finanzierten – Infrastruktur für ein unternehmerisches Dienstangebot unter Verzicht auf eine marktübliche Gegenleistung zulassen würde, die zumindest die mit den wirtschaftlichen Tätigkeiten verbundenen Kosten, einschließlich der Kapitalkosten, deckt.

Danach müsste die funktionale Unternehmenseinheit der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben eine marktangemessene Gegenleistung für ihre Infrastrukturnutzung zur Herstellung ihrer Dienste für die Energieunternehmen an das öffentliche (nach § 9 S. 1 des BDBOS-Gesetzes nur den Hoheitsaufgaben dienende und daher streng getrennt zu verwaltende) Zweckvermögen zahlen. Nachgelagert würde diese Gegenleistung in den – den Energieunternehmen in Rechnung zu stellenden – Dienstentgelten eingepreist und damit verursachungsgerecht abgewälzt. Die Dienstentgelte wären als Einnahmen in dem funktionalen Unternehmensbudget zu buchen, das von dem öffentlichen Zweckvermögen buchhalterisch streng getrennt anzulegen ist. Aus dem Unternehmensbudget wäre dann die an das hoheitlich gebundene Zweckvermögen zu zahlende Nutzungsgegenleistung zu finanzieren. Die dem öffentlichen Zweckvermögen aus der Unternehmenstätigkeit zufließende Gegenleistung müsste die Netzkosten einpreisen, die der unternehmerischen Infrastrukturnutzung durch die

28 Kühling, in: Streinz (Fn. 22), Art. 107 AEUV Rn. 28; siehe auch Koenig/Schreiber, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2010, S. 222 ff.; Kommission, Beihilfenbekanntmachung (Fn. 27), ABl. EU 2016 C 262, 1, 15 ff. Rn. 66 ff.

29 EuGH, ECLI:EU:C:1991:136, Rn. 20 ff. (Urt. v. 21.3.1991 – Rs. C-303/88) – *ENI-Lancrossi*; ECLI:EU:C:1991:142, Rn. 19 ff. (Urt. v. 21.3.1991 – Rs. C-305/89) – *Alfa Romeo*; ECLI:EU:C:2003:252, Rn. 38 ff. (Urt. v. 8.5.2003 – verb. Rs. C-328/99 und C-399/00) – *Seleco*; EuG, ECLI:EU:T:1999:7, Rn. 104 ff. (Urt. v. 21.1.1991 – verb. Rs. T-129/95, T-2/96 und T-97/96) – *Neue Maxhütte Stahlwerke und Lech-Stahlwerke*; Kommission, Beihilfenbekanntmachung (Fn. 27), ABl. EU 2016 C 262, 1, 17 ff. Rn. 73 ff.; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 24), Rn. 1247.

30 Für eine ausführliche Darstellung des Privatinvestortests mit Anwendungsbeispielen siehe *Cyndecka*, EStAL 2016, 381; *Arhold* (Fn. 24), Art. 107 AEUV Rn. 186 ff.; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 24), Rn. 1247.

31 EuGH, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 78–80 (Urt. v. 5.6.2012 – Rs. C-124/10) – *Kommission/EDF*; EuG, ECLI:EU:T:2018:6, Rn. 34 (Urt. v. 16.1.2018 – Rs. T-747/15) – *EDF/Kommission*; Kommission, Beihilfenbekanntmachung (Fn. 27), ABl. EU 2016 C 262, 1, 18 f. Rn. 76 ff.; insbesondere politische Erwägungen bleiben daher außer Betracht.

Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben zuzurechnen wären. Diese Zurechnung müsste verursachungsgerecht nach Maßgabe einer betriebswirtschaftlich anerkannten Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung vorgenommen werden.

EU-beihilferechtlich bestätigt die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe das Gebot zu einem dem Privatinvestortest entsprechenden Gegenleistungsansatz bei der unternehmerischen Nutzung staatlich finanzierter Infrastrukturen.<sup>32</sup>

Damit ist zusammenfassend festzuhalten, dass die funktionale Unternehmenseinheit der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben durch den Verzicht auf eine an das öffentliche (nur den Hoheitsaufgaben der Bundesanstalt dienende, streng getrennt zu verwaltende) Zweckvermögen zu zahlende marktübliche Gegenleistung für die Nutzung der staatlich finanzierten Netzinfrastruktur für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben zur Herstellung des unternehmerischen Dienstleistungsangebotes für die Energiewirtschaft erhebliche Kosten marktwidrig einspart. Ohne Rückgriff auf das staatlich finanzierte Netz für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben entstünden dieser Unternehmenseinheit der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben Kosten, die jeder andere (private) Anbieter auch aufwenden müsste. Mithin liegt in dieser Kosten einsparenden Begünstigung eine Beihilfe zugunsten der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben in ihrer funktionalen Unternehmenseigenschaft i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV durch Quersubventionierungen aus staatlichen Aufgabenbereichen in den wirtschaftlichen Geschäftsbereich.<sup>33</sup>

## 2. Die Energieunternehmen als Beihilfeempfänger nach Art. 107 Abs. 1 AEUV

Allein fraglich in Bezug auf die Untersuchung, ob auch die Energieunternehmen Beihilfeempfänger sind, ist das Vorliegen des EU-beihilferechtlichen Begünstigungsmerkmals, da diesbezüglich keine Zweifel am Vorliegen der Beihilfentatbestandsmerkmale „Unternehmen“, „aus staatlichen Mitteln“ sowie „den Handel zwischen Mitgliedstaaten“ beeinträchtigende „Wettbewerbsverfälschung“ bestehen. Die beiden letztgenannten Tatbestandsmerkmale wären im Falle einer Begünstigung der Energieunternehmen wiederum ohne weiteres erfüllt, soweit das dadurch zu erwartende Beihilfenäquivalent den allgemeinen De-minimis-Schwellenwert i. H. v. 200.000 Euro in einem Zeitraum von drei Steuerjahren nach der De-minimis-Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 überschreiten würde.

### a) Die Begünstigung der Energieunternehmen

Eine Begünstigung der Energieunternehmen nach Art. 107 Abs. 1 AEUV läge vor, wenn diese das 450-MHz-Netz von der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben für ihre kritische Kommunikation zu nicht marktüblichen Entgelten nutzen würden.

Zwar wird ein weitgehend anteilmäßig vollkostenbasierter Entgeltberechnungsansatz für das Vorhaben einer Mitnutzung des bestehenden und des zukünftigen Digitalfunks der Bundesanstalt durch die Betreiber kritischer Energieinfrastrukturen in Aussicht gestellt. Die danach zu entrichtenden Investitions- und Betriebskostenanteile der Energiewirtschaft sind durchaus erheblich, so dass sich zumindest prima facie keine Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige der Energiewirtschaft nach Art. 107 Abs. 1 AEUV aufdrängt.

Allerdings wird im Rahmen des 450-MHz-Netzausbaus staatliche Bestandsinfrastruktur in Anspruch genommen, wozu insbesondere bereits vorhandene Masten, Stromversorgung, Netzanbindung und Kernnetz des bestehenden Netzes für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben gehören. Die Inanspruchnahme dieser Bestandsinfrastruktur scheint in der Kostenkalkulation des Umsetzungsvorschlages nicht berücksichtigt zu werden.

Die Frage, ob und inwieweit ein marktwirtschaftlich handelnder Privatinvestor die in der Kostenkalkulation der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben nicht berücksichtigte Inanspruchnahme der zuvor aufgeführten Bestandsinfrastruktur einpreisen würde, müsste ex ante untersucht werden. Nach den in der Bekanntmachung der Kommission zum Beihilfenbegriff aufgeführten EU-beihilferechtlichen Bewertungsmaßstäben bietet sich insbesondere die Gegenüberstellung der Entgeltberechnung der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben zu marktüblichen Entgeltvergleichsmaßstäben durch einen unabhängigen Sachverständigen an.<sup>34</sup> Diese Entgeltvergleichsmaßstäbe ergeben sich zum einen aus entsprechenden Leistungsentgelten, die etwa von anderen Unternehmen für vergleichbare Dienste auf der Grundlage eines 450-MHz-Netzes verlangt werden, und zum anderen aus Entgelten, die gleichfalls von Privaten für mobilfunktechnische Substitutionsalternativen zu 450-MHz-Netzdiensten erhoben werden. Letztgenannte Substitutionsdienste werden nicht nur von Mobilfunknetzbetreibern, vielmehr auch von Festnetzbetreibern und Systemhäusern, also unter Nutzung anderer Infrastrukturen, angeboten. Jedenfalls sind diese privaten Diensteanbieter bestrebt, die Gesteungskosten aufgrund gegebener Marktbedingungen möglichst weitgehend einzupreisen. Das Beihilfenäquivalent läge dann in der Differenz zwischen der Entgeltberechnung nach dem Umsetzungsvorschlag der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben und entsprechenden marktüblichen Entgeltvergleichsmaßstäben.

Schließlich ist anzumerken, dass sich die anteilige Einpreisung der Investitions- und Betriebskosten auf die Energiewirtschaft in Deutschland als Ganzes bezieht, so dass die Prüfung eines möglichen Beihilfenäquivalentes zugunsten der einzelnen nutzungsberechtigten Energieunternehmen einer Analyse der genauen Tarifstrukturen vorbehalten bleiben muss.

### b) Die Selektivität der Begünstigung

Der Beihilfentatbestand setzt die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige voraus (Selektivität der Begünstigung). Das nach dem Umsetzungsvorschlag der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben in Aussicht gestellte Mitnutzungsangebot beschränkt sich auf den Bereich der Energiewirtschaft. Betreiber außerhalb der Energiewirtschaft, die aber ebenfalls kritische Infrastrukturen i. S. d. IT-Sicherheitsgesetzes (BSI-Gesetz) und der KritisV unterhalten, bleiben von dem Angebot der Bundesanstalt dagegen ausgeschlossen. Läge eine Begünstigung der Energieunternehmen vor, so wäre mithin auch das Selektivitätsmerkmal nach Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt. Nur wenn die Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben ihr 450-MHz-Netz allen kritischen Infrastrukturbetreibern sämtlicher anderer Wirtschaftszweige (in einer mit der Energiewirtschaft vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen

32 Kommission, Beihilfenbekanntmachung (Fn. 27), ABl. EU 2016 C 262, 1, 45 f. Rn. 205 ff.

33 Zu Quersubventionen im öffentlichen Unternehmen siehe etwa *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, Bd. 3, 5. A., 2016, Art. 107 AEUV Rn. 106.

34 Kommission, Beihilfenbekanntmachung (Fn. 27), ABl. EU 2016 C 262, 1, 22 ff. Rn. 97 ff.

Lage<sup>35</sup> nach dem IT-Sicherheitsgesetz [BSI-Gesetz] und der KritisV) diskriminierungsfrei öffnen würde, wäre die Selektivität nach Art. 107 Abs. 1 AEUV auszuschließen.

### 3. Keine Freistellung der notifizierungsbedürftigen Beihilfen nach Art. 108 Abs. 3 AEUV

#### a) Im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)

Im Hinblick auf staatliche Beihilfen, die für die Erbringung von Tätigkeiten gewährt werden, die eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellen, gelten besondere EU-beihilferechtliche Freistellungs- bzw. Vereinbarkeitsvorschriften, die im Rahmen des „Almunia-Pakets“ der Kommission geregelt sind.<sup>36</sup> Danach kommt eine Freistellung von dem Genehmigungsvorbehalt und dem Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 AEUV auf Grundlage des DAWI-Freistellungsbeschlusses 2012/21/EU der Kommission in Betracht, sofern es sich bei den von der funktionalen Unternehmenseinheit der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben nach dem Umsetzungsvorschlag unter Rückgriff auf das staatlich finanzierte 450-MHz-Netz erbrachten Netzdienstleistungen für die Energieunternehmen überhaupt um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt.

Den Mitgliedstaaten steht bei der Festlegung einer Dienstleistung als eine solche von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ein weiter Ermessensspielraum zu.<sup>37</sup> Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unterscheiden sich von normalen Dienstleistungen dadurch, dass sie „in den Augen des Staates auch dann erbracht werden müssen, wenn der Markt unter Umständen nicht genügend Anreize dafür bietet.“<sup>38</sup> Die Kommission und die Unionsgerichte beurteilen das Vorliegen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse folgendermaßen: „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universalen Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden.“<sup>39</sup> Es handelt sich damit um Dienstleistungen, die nicht bereits von im Einklang mit den Marktregeln handelnden Unternehmen erbracht werden oder werden können.<sup>40</sup>

Angesichts des den Mitgliedstaaten bei der Festlegung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zustehenden weiten Ermessensspielraums sprechen die Hintergründe des Angebots einer bundesweit flächendeckenden Bereitstellung von Datendiensten im Breitbandnetz der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben auf den ersten Blick durchaus für eine Qualifikation als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Gewährleistung bundeseinheitlicher Verfügbarkeits- und Sicherheitsstandards unter Vermeidung einer Zersplitterung von Netzinfrastrukturen für kritische Anwendungen).

Gegen eine Qualifikation als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse spricht allerdings, dass vergleichbare Dienste auf der Grundlage eines 450-MHz-Netzes sowie Substitutionsdienste nicht nur von Mobilfunknetzbetreibern, vielmehr auch von Festnetzbetreibern und Systemhäusern angeboten werden. Daher dürfte es trotz des öffentlichen Interesses gegenwärtig an einem zur Einstufung als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse führenden Marktversagen fehlen, weil es einen differenzierten Markt bzw. Märkte gibt, in denen mehrere Anbieter entsprechende Datendienste erbringen. Das Vorliegen eines zur Einstufung als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse führenden Marktversagens bleibt nicht zuletzt auch deshalb zweifelhaft, da kritische

Infrastrukturbetreiber außerhalb der Energiewirtschaft auf einen offenbar in wirtschaftlicher Weise funktionierenden Markt der Bereitstellung von Datendiensten für einsatzkritische Kommunikationen verwiesen werden, indem sie von dem Angebot der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben ausgeschlossen sind. Damit gehen auch die zuständigen staatlichen Stellen offenbar davon aus, dass auch private Anbieter solcher Datendienste sehr wohl in der tatsächlichen und rechtlichen Lage sind, den Anforderungen nach dem IT-Sicherheitsgesetz (BSI-Gesetz) und der KritisV gerecht zu werden und die Dienstleistungen von im Einklang mit den Marktregeln handelnden Unternehmen erbracht werden oder jedenfalls erbracht werden können.

Bei den gegenüber der Energiewirtschaft nach dem Umsetzungsvorhaben zu erbringenden Diensten handelt es sich mithin nicht um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, so dass – ungeachtet der strengen weiteren Freistellungsvoraussetzungen, insbesondere einer Betrauung sowie kostenrechnerischer Vorgaben<sup>41</sup> – eine Freistellung von dem Genehmigungsvorbehalt und dem Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 AEUV auf Grundlage des DAWI-Freistellungsbeschlusses 2012/21/EU der Kommission ausscheidet.

#### b) Nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)

Die beihilfetatbestandliche Begünstigung der funktionalen Unternehmenseinheit der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (unentgeltliche Nutzung des staatlich aufgebauten und finanzierten Netzes für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben) besteht im Kern in – nach der AGVO,<sup>42</sup> insbesondere gemäß Art. 52 AGVO, a priori nicht

35 Mestmäcker/Schweizer (Fn. 33), Art. 107 AEUV Rn. 170.

36 Dieses umfasst: Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. EU 2012 C 8, 4 (im Folgenden: „DAWI-Mitteilung“); Verordnung (EU) Nr. 360/2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. EU 2012 L 114, 8; Kommission, Beschluss 2012/21/EU über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU 2012 L 7, 3 (im Folgenden: „DAWI-Freistellungsbeschluss“); Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), ABl. EU 2012 C 8, 15.

37 EuG, ECLI:EU:T:2008:29, Rn. 166 ff. (Urt. v. 12.2.2008 – Rs. T-289/03) – BUPA; Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen „Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“, SWD (2013) 53 final/2, S. 22.

38 Kommission, Mitteilung zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa („Daseinsvorsorgemitteilung“), ABl. EG 2001 C 17, 4, 17 Tz. 14.

39 Kommission, Mitteilung „Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa“, KOM (2011) 900 endg., S. 4; siehe auch Kommission, DAWI-Mitteilung (Fn. 36), ABl. EU 2012 C 8, 4, 11 Rn. 48, unter Bezugnahme auf EuGH, ECLI:EU:C:2001:107, Rn. 71 (Urt. v. 20.2.2001 – Rs. C-205/99) – *Anafir*.

40 Mestmäcker/Schweizer (Fn. 33), Art. 107 AEUV Rn. 82.

41 Siehe Art. 4, Art. 5 Abs. 2-4 des DAWI-Freistellungsbeschlusses 2012/21/EU.

42 Verordnung (EU) Nr. 651/2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV, ABl. EU 2014 L 187, 1; geändert durch Verordnung (EU) 2017/1084, ABl. EU 2017 L 156, 1.

freistellungsfähigen – Betriebsbeihilfen, so dass eine Freistellung von der Anmeldungspflicht sowie dem Genehmigungsvorbehalt nach Art. 108 Abs. 3 AEUV kategorisch ausscheidet.

#### IV. Fazit

Das Vorhaben einer Mitnutzung des bestehenden und des zukünftigen Digitalfunks der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben durch die Betreiber kritischer Energieinfrastrukturen ist mit dem Verfassungspostulat der Privatwirtschaftlichkeit der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG nicht vereinbar. Insbesondere rechtfertigt weder eine Überlegenheit potentieller staatlicher Leistungserbringung eine Abkehr vom Privatwirtschaftlichkeitsgebot, noch handelt es sich um eine hoheitliche und damit nicht dem Privatwirtschaftlichkeitsgebot unterfallende Aufgabenwahrnehmung i. S. v. Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG.

EU-beihilferechtlich stellen die Quersubventionierungen aus staatlichen Aufgabenbereichen der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben in den wirtschaftlichen Geschäftsbereich der Bundesanstalt nicht genehmigte Beihilfen dar. Die funktionale

Unternehmenseinheit der Bundesanstalt für Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben spart marktwidrig und damit begünstigend i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV durch den Verzicht auf eine an das öffentliche (nur den Hoheitsaufgaben der Bundesanstalt dienende, streng getrennt zu verwaltende) Zweckvermögen zu zahlende marktübliche Gegenleistung für die Nutzung der staatlich finanzierten Netzinfrastruktur für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben zur Herstellung des unternehmerischen Dienstangebotes für die Energiewirtschaft erhebliche Kosten ein. Die Durchführung einer solchen weder EU-sekundärrechtlich freistellungsfähigen noch von der Kommission genehmigten Beihilfe verstößt gegen das im deutschen Recht unmittelbar anwendbare unionsrechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV.

Ob und inwieweit einzelnen Energieunternehmen durch die in Zukunft festzulegenden Tarifstrukturen unter Berücksichtigung der tatsächlichen Nutzungsprofile ein dem Beihilfentatbestand unterfallender Entgeltvorteil erwachsen könnte, müsste auf jeden Fall ex ante anhand einschlägiger EU-beihilferechtlicher Bewertungsmaßstäbe untersucht werden.