

# Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht

Betriebs-Berater für Europarecht



Die erste Seite • *Prof. Dr. Carl Otto Lenz*

- 481 Das Ortsansässigkeitserfordernis nach § 3 Abs. 2 Satz 2  
AusglLeistG im Lichte des Gemeinschaftsrechts  
*Prof. Dr. Matthias Pechstein*
- 487 Die Zinsschranke – Ein europäisches Problem?  
*Prof. Dr. Gerhard Kraft und Dr. Jan F. Bron*
- 492 Quersubventionierung im Spannungsfeld des freien  
Wettbewerbs • *Philipp Riesenkampff*
- 506 Das VW-Gesetz verstößt gegen die Kapitalverkehrsfreiheit
- 514 Vorläufiger Rechtsschutz: Rückforderung staatlicher  
Beihilfen in den neuen Bundesländern – Nachweis der  
Dringlichkeit auch für natürliche „Kontrollpersonen“
- 517 Öffentliche Aufträge: Nachprüfung der Vergabe, wenn in  
der Auftragsbekanntmachung Angaben zu Gesamtmenge  
oder Gesamtumfang fehlen
- 522 Verbraucherkredit: Rechte des Verbrauchers gegen den  
Kreditgeber, wenn im Kreditangebot Angaben zur  
finanzierten Sache fehlen
- 526 Recht des Markeninhabers – Recht des Dritten, seinen  
Geschäftsamen zu benutzen – „Celine“

18. Jahrgang

11/2007

Seiten 481–528

Verlag Recht und Wirtschaft · Frankfurt am Main

bzw. Gewinnermittlungsvorschriften eines Mitgliedstaates eingreifen zu wollen<sup>65</sup>, muss dies absurd erscheinen, stellt doch das Verbot, auf bestimmte Einkünfte Steuern durch Veranlagung zu erheben, eine solche Restriktion dar.<sup>66</sup> Dem Hinweis, dass bei einem Verstoß von § 8 Nr. 1 GewStG auch § 8a KStG (a.F.) gegen die Zins- und Lizenzrichtlinie verstoßen müsste, ist grundsätzlich zuzustimmen.<sup>67</sup> Nur beinhaltet die Richtlinie für Zahlungen, die nach dem Recht des Quellenstaates als Gewinnausschüttungen behandelt werden, einen expliziten Anwendungsvorbehalt.<sup>68</sup> Dies zeigt aber gerade, dass der Richtlinienggeber entsprechend davon ausgeht, dass diese Fälle ohne die Ausnahme vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst würden. In der Konsequenz zeigt sich wiederum der Verstoß der Zinsschranke gegen die Zins- und Lizenzrichtlinie, weil § 8a KStG n.F. i.V.m. § 4h EStG zu keiner Umqualifizierung von Zinsaufwendungen zu Gewinnausschüttungen führt, wie dies § 8a KStG a.F. vorgesehen hat, sondern den Zinsabzug versagt.

### 3. Rechtsfolge

Die Zinsschranke verstößt gegen die Zins- und Lizenzrichtlinie.<sup>69</sup> Im Anwendungsbereich der Richtlinie können sich Unternehmen auf die Richtlinienbestimmungen berufen, da diese unmittelbar anwendbar sind. Die Zinsschranke kann in der Folge in diesen Fällen nicht angewendet werden; der Zinsabzug ist uneingeschränkt zu gewähren.

Philipp Riesenkampff, M.B.A., Burghausen\*

## Quersubventionierung im Spannungsfeld des freien Wettbewerbs

Bereits im Mai 2006 hatte die große Koalition unter Bundeskanzlerin Merkel das Ende des Briefmonopols der Deutschen Post für Sendungen unter 50 Gramm beschlossen. Während die Märkte in anderen EU-Staaten noch nicht freigegeben sind, ist der deutsche Markt damit bereits zum 1. 1. 2008 für Sendungen alternativer Dienstleister offen. EU-weit sollen erst von 2011 an private Postdienste Zugang zum Briefmarkt erhalten. Die verbleibende Zeitspanne werden die ausländischen Postgesellschaften nutzen, ihre im monopolistisch geschützten Markt erwirtschafteten Gewinne zur sachlichen und räumlichen, aber vor allem auch zeitlichen Quersubventionierung zu nutzen. Quersubventionierungen gehen langfristig immer zu Lasten des Verbrauchers. Ausgehend vom relevanten Markt wird entsprechend zunächst das Wesen der Quersubvention näher beleuchtet. Hierauf aufbauend wird anhand von Kostenbegriffen und verschiedenen Testverfahren erläutert, wie Quersubventionen nachgewiesen werden können. Die europäische Gesetzeslage wird dargestellt und deren Vor- und Nachteile mit der Regulierungspraxis in den USA verglichen.

### V. Fazit

Die Ausführungen lassen sich thesenförmig in drei Punkten zusammenfassen:

- (1) Die Zinsschranke greift tief in das Besteuerungssystem ein. Ein Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip ist offensichtlich. Die Begrenzung des Anwendungsbereich der Zinsschranke kommt insbesondere bei grenzüberschreitenden Beteiligungsstrukturen nicht zum Tragen, da hier keine „rettende“ Organschaft gebildet werden kann.
- (2) Diese Benachteiligung stellt einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit dar. Die Berufung auf das europäische Recht erlaubt daher auch die Bildung eines grenzüberschreitenden Konsolidierungskreises (Betriebsfiktion) für Zwecke der Zinsschranke.
- (3) Die Zinsschranke steht im Konflikt mit der Zins- und Lizenzrichtlinie. Im Anwendungsbereich der Richtlinie kann die Zinsschranke nicht zur Anwendung kommen.

65 Vgl. Fn. 63.

66 Zudem weisen (selbst) *Kempff/Straubinger*, IStR 2005, 773, 774, darauf hin, ihren Einwand bei der Änderung von Einkommensermittlungsvorschriften ggf. aufgeben zu wollen. Durch die Zinsschranke werden die (bei der Erlass der ZLRL) bestehenden Vorschriften jedoch zweifelsohne geändert.

67 *Kempff/Straubinger*, IStR 2005, 773, 774f.

68 Art. 4 Abs. 1 lit. a) ZLRL.

69 Vgl. auch *Köhler*, DStR 2007, 597, 604; *Müller-Gatermann*, Stbg 2007, 145, 158; *Rödter/Stangl*, DB 2007, 479, 483.

### I. Einleitung

Im Zuge aktueller Privatisierungen wird ehemaligen Staatsunternehmen in Europa teilweise die Gelegenheit gegeben, sich für eine Übergangszeit auf den Wettbewerb vorzubereiten. Diese meist in den Wirtschaftssektoren Bahn, Bank, Energie, Telekommunikation und Post tätigen Unternehmen besitzen i. d. R. einerseits noch (zeitlich begrenzt) eine staatlich geschützte monopolartige Stellung, andererseits nimmt die öffentliche Hand aber keinen Einfluss mehr auf betriebsinterne Entscheidungen.

In Verbundunternehmen kann dieses „Vakuum“ in der Übergangszeit als Aufforderung gesehen werden, in monopolistischen Märkten erwirtschaftete Vorteile in die Bereiche fließen zu lassen, die bereits mit anderen Wettbewerbern konkurrieren. Dafür kann es durchaus gute Gründe geben. So kann die Finanzierung der Neuausrichtung von Unternehmensbereichen mit Geldern, die in einem anderen Bereich erwirtschaftet wurden, ebenso wünschenswert sein wie ein Mittelabfluss in Forschungs- und Entwicklungsbereiche, um neue oder bessere Produkte zu entwickeln.

\* Näheres über den Autor finden Sie auf S. IV.

Eine Allokation von in einem geschützten Markt erwirtschafteten Überschüssen in einen anderen Markt kann aber auch aufgrund wettbewerbsbehindernder Erwägungen stattfinden, z. B. um Kampfpreise zu finanzieren, mit denen die Konkurrenz aus dem Markt gedrängt werden soll (gezielte Kampfpreisunterbietung, sog. *Predatory Pricing*), oder um die Marktzutrittsschranken für neue Wettbewerber zu erhöhen.<sup>1</sup> Gleichzeitig verlangsamt sich dadurch der technische Fortschritt bei der Entwicklung und Verbreitung neuerer und/oder verbesserter Produkte und Produktionsverfahren.<sup>2</sup> Solche Mittelzuflüsse verzerren den Wettbewerb und gehen damit letztlich zu Lasten der Verbraucher. Aus diesem Grund versuchen Legislative und Judikative auf nationaler wie internationaler Ebene, diese Vorteilsgewährung zu unterbinden.

## II. Das Wesen der Quersubvention

### 1. Allgemeine Definition der Quersubvention

#### a) Zuordnung der Kosten eines Produkts/ Geschäftsbereichs ...

Die Quersubvention ist keine Subvention im eigentlichen – technischen – Sinne. Während für Subventionen der Einsatz öffentlicher Mittel ein konstituierendes Merkmal ist, ist für Quersubventionen aufgrund der jeweils im Einzelnen zu betrachtenden Unternehmensstruktur diese Voraussetzung gerade nicht zwingend.

#### b) ... zu einem anderen Produkt/Geschäftsbereich

Grundsätzlich erfasst der Begriff der Quersubventionierung alle Verhaltensweisen, mit denen die Kosten eines Produkts oder Geschäftsbereichs einem anderen Produkt oder Geschäftsbereich zugerechnet werden, so dass ein Produkt A die Kosten des Produkts B am Markt zu Erlösen hat. Das Unternehmen muss infolgedessen durch eine entsprechende Preisgestaltung des Produkts A den Erlösausfall beim Produkt B abdecken. Ein Geldmitteltransfer zwischen den Bereichen ist nicht zwangsläufig notwendig.<sup>3</sup> Da auch alle Maßnahmen zur Reduzierung der relevanten Selbstkosten eines Produkts eine Quersubvention darstellen können, kann ganz allgemein von der Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils gesprochen werden. Die Abnehmer des Produktes A tragen somit nicht nur die von ihnen selbst verursachten Kosten, sondern auch die finanziellen Einbußen, die durch den Absatz des Produktes B hervorgerufen werden.<sup>4</sup>

### 2. Wettbewerbswidrigkeit

#### a) Subventionierung des Wettbewerbs- durch den Sonderrechtsbereich

Quersubventionen sind nicht in allen Fällen wettbewerbsrechtlich bedenklich. Quersubventionierungen zwischen reservierten Bereichen eines Unternehmens sind wettbewerbsrechtlich ebenso unbedenklich wie Quersubventionen zwischen nicht reservierten Bereichen.<sup>5</sup> Während Erstere den geschützten Bereich nicht verlassen, sind Letztere freie Unternehmensentscheidungen.

Wettbewerbsverzerrungen können aber dann auftreten, wenn ein Unternehmen sowohl im Sonderrechts- als auch im Wettbewerbsbereich tätig ist und eine der Förderung der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe zugeordnete Beihilfe oder aufgrund eines ausschließlichen Rechts erzielte Einnahmen in den Wettbewerbsbereich leitet.<sup>6</sup> In der Vergangenheit kam

es aus diesen Gründen immer wieder zur Anrufung der Europäischen Kommission und des EuGH.

#### b) Beispiele

Der Deutschen Post wurde vorgeworfen, das Briefporto stehe in keinem vernünftigen Verhältnis zur erbrachten Leistung, während das Unternehmen Großkunden im Bereich des Versandhandels erhebliche Rabatte einräume.<sup>7</sup> Die Deutsche Bahn AG soll durch interne Konzernverrechnung von Zugfahrten den öffentlich geförderten Nahverkehr überproportional zur Finanzierung der Schieneninfrastruktur herangezogen haben, da die Trassenpreise bei Benutzung durch Regionalzüge viel höher angesetzt worden seien als beim Fern- und Güterverkehr.<sup>8</sup> Private Banken behaupteten, die sich aus der öffentlichen Rechtsform ergebenden Haftungszusagen der Länder oder Kommunen führten zu einer besseren Bewertung von Sparkassen durch Rating-Agenturen und damit zu niedrigeren Refinanzierungskosten.<sup>9</sup>

### 3. Markt und Teilmärkte

#### a) Abgrenzung des relevanten Marktes: Substituierbarkeit

Entscheidend für die Feststellung von Quersubventionen sind somit die Bereiche des Marktes, in denen das Unternehmen agiert. Der Markt kann allgemein als die Gesamtheit der Angebots- und Nachfragebeziehungen für ein Gut oder eine Gütergruppe definiert werden.<sup>10</sup> Er wird als Plattform zur Ressourcenallokation genutzt, indem die Marktteilnehmer durch ihr jeweiliges Eigeninteresse die zur Verfügung stehenden Ressourcen (u. a. Arbeit, Kapital) möglichst effizient aufteilen. Konkret geschieht dies durch das „Insgesamtige-Verhältnis-Setzen“ von Produkten oder Dienstleistungen durch den Verbraucher, indem dieser schließlich entscheidet, ob er sein Geld für diese oder jenes Produkt oder Dienstleistung ausgeben oder doch eher sein Geld behalten möchte. Durch diesen Preismechanismus kommt es in einem – modellhaft angenommenen – vollkommenen Markt normalerweise zu einem Marktgleichgewicht, das eine effiziente (pareto-optimale) Allokation der Ressourcen herbeiführt.<sup>11</sup>

Allerdings besteht „der“ Markt aus einer Vielzahl von Teilmärkten, die sich durch qualitative, räumliche oder zeitliche Charakteristika des gehandelten Gutes unterscheiden.<sup>12</sup> Für die Quersubvention entscheidend sind die relevanten Märkte.<sup>13</sup> Der für das jeweilige Produkt relevante Markt ist

1 *Niederprüm*, WIK 2001, Nr. 225, 6.

2 *Baßeler/Heinrich/Utecht*, Grundlagen und Probleme der Volkswirtschaft, 17. Aufl. 2002, S. 17.

3 *Eilmansberger*, wbl 2004, 101.

4 *Nolte*, Quersubventionen in der deutschen Elektrizitätswirtschaft, 1998, S. 42.

5 *Niederprüm*, WIK 2001, Nr. 225, 32.

6 *Britz*, DVBl. 2000, 1641.

7 LG Mainz (Vorabentscheidungsersuchen) Rs. C-61/99, Deutsche Post AG/Landal Green Parks GmbH zur Auslegung der Art. 30, 52, 59 und 90 EG-Vertrag; Schreiben der Europäischen Kommission vom 23. 10. 1999, ABI. C 306/25.

8 Frankfurter Rundschau vom 8. 8. 2000, 9.

9 v. *Friesen*, EuZW 1999, 581; *Kruse*, NVwZ 2000, 721.

10 *Baßeler/Heinrich/Utecht* (Fn. 2), S. 99; *Heertje/Wenzel*, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl. 2001, S. 132.

11 *Perloff*, Microeconomics, 3. Aufl. 2004, 311; *Jehle/Reny*, Advanced microeconomic theory (international edition), 2. Aufl. 2001, 171.

12 *Baßeler/Heinrich/Utecht* (Fn. 2), S. 99.

13 Der relevante Markt ist in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abgrenzbar; der Schwerpunkt wird im Rahmen dieser Ausführungen, wie auch bei der Europäischen Kommission, auf die sachliche Abgrenzung gelegt (vgl. Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABIEG C

zu ermitteln.<sup>14</sup> Er wird durch diejenigen Produkte definiert, die aus der Sicht der Nachfrager kurzfristig substituierbar sind.<sup>15</sup>

#### b) Beispiel

So kann der (übergeordnete) sachliche Markt für Getränke in alkoholhaltige und alkoholfreie Getränke unterschieden werden. Innerhalb des alkoholfreien Getränkemarkts bestehen wiederum Teilmärkte für Heiß- oder Kaltgetränke, Letztere können wiederum in die Produkte Wasser, Saft, kohlenensäurehaltige Getränke wie Apfelschorle oder Cola, oder andere Trinkprodukte wie Eistee, Trinkjoghurt, Buttermilch usw. differenziert werden. Möchte der Verbraucher ein alkoholfreies Kaltgetränk erwerben, werden in dem Geschäft dagegen nur alkoholische Getränke angeboten, ist zu erwarten, dass er eher ein zweites Geschäft aufsucht, anstatt das alkoholfreie Getränk mit einem alkoholischen zu substituieren. Da in der Regel alkoholfreie Getränke nicht durch Bier oder Wein substituiert werden, sind alkoholische und alkoholfreie Getränke folglich als zwei unterschiedliche sachliche Märkte anzusehen.

Möchte ein Verbraucher jedoch eine Apfelschorle erwerben und es wird lediglich Mineralwasser angeboten, wird er anstelle der Apfelschorle wahrscheinlich ein Mineralwasser kaufen. Daher befinden sich Apfelschorle und Mineralwasser in einem gemeinsamen (Teil-)Markt.

Eine solche Substitutionsentscheidung ist umso wahrscheinlicher, wenn der Käufer die Entscheidung kurz vor Ladenschluss treffen muss (zeitliche Markt Komponente) und ein anderes Geschäft weiter entfernt ist (räumlicher Aspekt des Markt begriffs).

### 4. Definition der Europäischen Kommission

#### a) Abwälzung von Kosten von einem auf einen anderen räumlichen oder sachlichen Markt, ...

Die EU-Kommission hat in ihrer Bekanntmachung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor Quersubventionierung derart definiert, dass ein Unternehmen die in einem bestimmten räumlichen oder sachlichen Markt anfallenden Kosten ganz oder teilweise auf einen anderen räumlichen oder sachlichen Markt abwälzt.<sup>16</sup>

#### b) ... wenn die Produkte für die Nachfrager funktional substituierbar sind

Die Europäische Kommission legt bei der Abgrenzung der relevanten Märkte den Schwerpunkt auf die Nachfragesubstitution, da durch diese der stärkste Wettbewerbsdruck ausgeübt wird.<sup>17</sup> Hierbei geht es um die funktionale Austauschbarkeit der Güter, d. h. ob und inwieweit Nachfrager bei Preis- und Qualitätsänderungen ihre Nachfrage auf andere Produkte verlagern können.<sup>18</sup> Unerheblich ist dagegen für die Bejahung der Quersubvention, ob die finanzierende und die finanzierte Leistung aus demselben räumlichen oder sachlichen Markt oder aus verschiedenen Märkten stammen.<sup>19</sup>

### 5. Organisatorische Struktur der Unternehmen

#### a) Unterscheidung von Mehrprodukt- und Einproduktunternehmen

Nicht nur das Marktumfeld, sondern auch die jeweilige Unternehmensorganisation ist für die Ermittlung von Quersubventionen wesentlich. Hier ist zu unterscheiden zwischen

Mehrproduktunternehmen, die auf voneinander abgrenzbaren Märkten aktiv sind und deren Angebotportfolio mindestens zwei klar unterscheidbare Produkte umfasst, die unterschiedliche Kundenpräferenzen bedienen, sowie Einproduktunternehmen, wenn diese ihr Produkt auf unterschiedlichen Märkten anbieten. Im letzteren Fall nutzt das Unternehmen etwa eine künstliche – selbst herbeigeführte oder aufrechterhaltene – Trennung der Märkte, um eine Politik unterschiedlicher Preise zu praktizieren.

#### b) Beispiel

Das Unternehmen unterscheidet zwischen Kundengruppen oder bietet dasselbe Produkt unter verschiedenen Markennamen an.<sup>20</sup>

## III. Rechnungswesen und Kostenbegriffe

Ein- und Mehrproduktunternehmen ist gemeinsam, dass beim Geschäftsbetrieb Kosten anfallen, die nicht unmittelbar mit der Herstellung des jeweiligen Produkts in Verbindung stehen. Diese müssen somit, wenn das Unternehmen gewinnbringend arbeiten möchte, auf die einzelnen Produkte aufgeschlagen werden.

### 1. Fixe und variable Kosten, Stückkosten und Grenzkosten

Einige Faktoren, wie beispielsweise Rohmaterialien, sind bei der Warenproduktion in ihrer Einsatzmenge anpassbar. Die hierfür anfallenden Kosten sind abhängig von der Produktmenge und steigen, je mehr produziert wird. Dementsprechend werden sie als *variable Kosten* bezeichnet.<sup>21</sup>

Aber nicht alle Produktionsfaktoren können mengenmäßig durch das Unternehmen angepasst werden. Die unabhängig von der Produktionsmenge verursachten Kosten fallen auch dann an, wenn nicht produziert werden sollte und werden folglich als *Fixkosten* bezeichnet.

So müssen beispielsweise Faktoreinsatzentscheidungen wie Maschineneinstellungen oder -laufzeiten im Voraus geplant werden. Kündigungsschutzbestimmungen verhindern eine kurzfristige laufende Anpassung der Beschäftigtenzahl eines Unternehmens.

Die Summe der fixen und variablen Kosten bilden die Gesamtkosten eines Produkts.<sup>22</sup> Diese Gesamtkosten – bezogen auf die produzierte Gütermenge über einen bestimmten Produktionszeitraum – bestimmen wiederum die durchschnittlichen *Stückkosten* des Produkts, indem man für die jeweilige Ausbringungsmenge die Gesamtkosten durch die Stück-

372/5 vom 9. 12. 1997. Vgl. auch zur Marktdefinition *Eilmansberger*, wbl 2001, 501.

14 Vgl. *Schierenbeck*, Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, 16. Aufl. 2003, S. 18.

15 *Baßeler/Heinrich/Utecht* (Fn. 2), S. 195.

16 Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Maßnahmen betreffend Postdienste, ABIEG 1998 C 39/2.

17 Europäische Kommission (1997a), Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft.

18 *Hardes/Schmitz*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 7. Aufl. 2000, S. 139.

19 KOM, 5. 5. 2001, ABl. L 2001 125/27, 29 – Deutsche Post AG.

20 Beispielsweise die Unterscheidung zwischen Geschäfts- und Privatkunden bei Mobilfunkbetreibern oder Frachtlogistikern.

21 *Heertje/Wenzel* (Fn. 10), S. 113; *Stiglitz*, Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl. 1999, S. 292.

22 *Stiglitz* (Fn. 21), S. 293.

zahl dividiert. Diese Fixkosten pro produzierte Einheit können durch Verbundvorteile verringert werden, wobei diese so genannte Fixkostendegression in der Regel auf zwei Wegen erreicht werden kann:

## 2. Verbundvorteile (Synergies & Economies of Scope)

### a) Wegen des Verteilungsspielraums bei nicht produktspezifischen Fixkosten ...

Da die meisten Unternehmen mehr als ein Produkt herstellen, hat die Herstellung eines Produkts auch Einfluss auf die Herstellungskosten eines anderen Produkts. Werden diese zusammen produziert, liegt eine *Verbundproduktion* vor.<sup>23</sup> Die durch Verbundvorteile entstehende Fixkostendegression wird auch als Synergieeffekt bzw. *Economies of Scope* bezeichnet.<sup>24</sup> Kostenersparnisse durch die Nutzung von Unternehmensressourcen (z. B. Software, Überwachungs- und Verwaltungskosten, gemeinsame Nutzung von Maschinen etc.) sind dann anzunehmen, wenn die Summe der so genannten *Stand-Alone Costs* (= Kosten der jeweiligen Produkte bei getrennter Herstellung, SAC<sup>25</sup>) die Kosten bei gemeinsamer Herstellung der Produkte übersteigt.<sup>26</sup>

Wird die Produktion erweitert oder verschlankt bzw. Unternehmensaktivitäten mit einem Wettbewerber zusammengelegt oder dessen Produktion übernommen (*Mergers and Acquisitions*, M&A), können so genannte Größenvorteile (*Economies of Scale*) ausgenutzt werden. Durch den entstehenden Mehrbedarf sinken die durchschnittlichen Stückkosten mit steigender Ausbringung, da mit steigender Produktion der Anteil der Fixkosten – beispielsweise bei Rohstoffen oder Zulieferteilen – für jede produzierte Einheit immer geringer wird.<sup>27</sup>

Die größtmögliche Senkung der Durchschnittskosten der Produktion wird durch die Kombination der Größenvorteile, *Economies of Scale*, und der Synergieeffekte, *Economies of Scope*, erreicht.<sup>28</sup>

Gleichzeitig eröffnet dieser Verteilungsspielraum auch die Möglichkeit, die Kosten ungleich zu verteilen. Insoweit verfügt ein Mehrproduktunternehmen bezüglich der nicht produktspezifischen Fixkosten über einen Verteilungsspielraum, ohne dass hieraus eine Quersubventionierung einzelner Produkte abgeleitet werden kann.<sup>29</sup>

### b) ... ist eine konkrete Erfassung der Kostenersparnisse erforderlich

Um die Kostenersparnisse konkret erfassen zu können, benötigt man Messkonzepte, die sich regelmäßig auf eine äußerst umfassende Interpretation der Produktionskosten der gesamten Wertschöpfungskette erstrecken.<sup>30</sup>

## IV. Theoretischer Nachweis von Quersubventionen

### 1. Ausgangsfall

Im Rahmen der den Bilanzen zugrunde liegenden Kostenrechnungen sind zum Nachweis von Quersubventionierung mehrere Kostenkonzepte entwickelt worden.<sup>31</sup>

Im Ausgangsfall produziert ein Mehrproduktunternehmen n Güter kostendeckend und erwirtschaftet keinen Gewinn (Null-Gewinn-Annahme). Weiterhin wird angenommen, dass kein Anreiz für eine separate Produktion der einzelnen Güter besteht und keine anderen Finanzierungsquellen zur Verfügung stehen. Frag-

lich ist somit, welche Kosten der Preis einer Leistung mindestens decken muss, damit keine Quersubventionierung vorliegt.

### 2. Incremental Costs (IC): Ansatz nur der leistungsspezifischen Zusatzkosten

Entscheidend könnten zunächst die leistungsspezifischen Zusatzkosten (Incremental Costs, IC) sein. Dabei handelt es sich um die durch die Erbringung einer zusätzlichen Leistung des Unternehmens entstehenden zusätzlichen Kosten ohne Berücksichtigung der gemeinsamen Fixkosten aller Leistungen des Unternehmens oder der Unternehmensgruppe.

Gemäß dem IC Ansatz ist eine Quersubvention dann ausgeschlossen, wenn der Wettbewerbsaktivität für die von ihr beanspruchten (gemeinwirtschaftlichen) Ressourcen keine Festkosten, sondern nur die durch diese sekundäre Nutzung verursachten, d. h. die leistungsspezifischen Zusatzkosten in Rechnung gestellt oder zugewiesen werden. Dies ist der Fall, wenn die Summe der Produkterlöse gerade deren Gesamtkosten entsprechen.<sup>32</sup>

Spiegelbild des IC Tests oder Zusatzkostentests ist der so genannte *Wegfallkosten-Test*<sup>33</sup>, bei dem ermittelt wird, welche Kosten auf lange Sicht wegfallen, wenn die Erstellung eines Produkts oder einer Dienstleistung wegfällt. Demgemäß wird Subventionsfreiheit angenommen, wenn die Erlöse gerade diese Wegfallkosten decken. Kritisch zu bewerten ist, dass hierbei mögliche Erlös- und Kostenreaktionen bei anderen Diensten unberücksichtigt bleiben. Die Beziehung zu anderen Diensten ist aber zur Erfassung von Kreuzpreiselastizitäten zwischen den einzelnen Diensten von entscheidender Bedeutung.

### 3. Stand-Alone Costs (SAC): Ansatz der Alleinstellungskosten

Demgegenüber wird das Erreichen der Stand-Alone Costs gefordert, um das Vorliegen einer Beihilfe zu verneinen. Danach hätte der Leistungsempfänger diejenigen Kosten zu tragen, die ein Unternehmen ohne Konzernunterstützung für die betreffende Leistung tragen müsste.<sup>34</sup> Gemäß dem SAC-Ansatz kann eine Quersubvention erst dann ausgeschlossen werden, wenn der sekundären Aktivität zusätzlich zu den leistungsspezifischen Zusatzkosten auch noch die gesamten Festkosten für die beanspruchten Ressourcen, d. h. die bei alleiniger Nutzung anfallenden Kosten (Alleinstellungskosten), zugewiesen werden.

### 4. Fully Distributed Costs (FDC): Vollkostenansatz

Ein neuerer Ansatz bezieht die Kostenrechnung mit ein. Grundsätzlich wird hierbei zwischen den produktspezifischen

23 Vgl. Stiglitz (Fn. 21), S. 312.

24 Vgl. Rhumbler in: Hirtzel/Leder & Partner (Hrsg.), Synergiemanagement: Komplexität beherrschen – Verbundvorteile erzielen, 1993, S. 23.

25 Mortensen/Grohnhoff/Fristrup, ZfE 2003, 123.

26 Niederprüm, WIK 2001, Nr. 225, 3.

27 Baßeler/Heinrich/Utecht (Fn. 2), S. 151.

28 Baßeler/Heinrich/Utecht (Fn. 2), S. 46.

29 Niederprüm, WIK 2001, Nr. 225, 5.

30 Rhumbler (Fn. 24), S. 131.

31 Vgl. Abbamonte, ELR 1998, 414; Hancher/Buendia Sierra, CMLR 1998, 901; Montag/Leibenath, in: Heidenhain (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 27 Rdnr. 6; jeweils m. w. N.

32 Niederprüm, WIK 2001, Nr. 225, 19.

33 Vgl. Niederprüm, WIK 2001, Nr. 225, 19.

34 Vgl. Montag/Leibenath (Fn. 31), § 27 Rdnr. 6.

schen, mengenabhängigen Einzelkosten und den Gemeinkosten<sup>35</sup> unterschieden, wobei nochmals je nach Ausmaß zwischen der Teil- und Vollkostenrechnung differenziert wird. Während bei der Vollkostenrechnung die anteiligen Gemeinkosten über die Verwendung von Verteilungsschlüsseln den Einzelkosten zugerechnet wird<sup>36</sup>, berücksichtigt die Teilkostenrechnung nur die Einzelkosten, die direkt bei der Herstellung eines Produktes anfallen.

Gemäß dem Vollkostenansatz (Fully Distributed Cost Method, FDC) wird eine angemessene Vergütung dann bejaht, wenn der Wettbewerbsaktivität neben den inkrementellen Kosten auch die gemeinsamen Fixkosten im Ausmaß ihrer Beanspruchung, d.h. die anteiligen Vollkosten, zugeordnet werden.<sup>37</sup>

Die *Faulhaber-Formel*<sup>38</sup> verbindet die Konzepte der leistungsspezifischen Zusatzkosten und der Stand-Alone Kosten.<sup>39</sup> Demnach liegt keine Quersubventionierung vor, wenn der Preis einer Leistung zwischen den leistungsspezifischen Zusatzkosten und den Stand-Alone Kosten liegt. Bei einer subventionsfreien Preisstruktur und einer Null-Gewinn-Annahme sind die Stand-Alone Costs die Obergrenze und die inkrementellen Kosten die Untergrenze für die entstehenden Erlöse.<sup>40</sup>

### 5. Zwischenergebnis

Theoretisch gibt es drei Möglichkeiten, eine Quersubventionierung nachzuweisen (s. Schema rechts):

- Beim *Stand-Alone Test* wird geprüft, ob ein Produkt in einem Markt sich „notfalls“ allein trägt. Ist dies der Fall, ist dieses Produkt nicht quersubventioniert.
- Beim *Vollkostenansatz* wird geprüft, ob das Unternehmen nicht nur die variablen Kosten wie Rohmaterialien dem Produkt zurechnet, sondern auch einen angemessenen Anteil an den Gemeinkosten, wie z.B. Forschung und Entwicklung oder allgemeine Verwaltungskosten (Overhead Costs). Nicht notwendig ist, dass dieser zugerechnete Anteil so groß ist, dass dieses Produkt sich allein tragen könnte. In der Praxis werden sich bei einem Mehrproduktunternehmen durch die Nutzung von Synergieeffekten zwei Produkte gewinnbringend herstellen lassen. Gleichzeitig kann eine getrennte Prüfung beider Produkte anhand des Stand-Alone Tests die Unrentabilität ergeben.
- Beim *Incremental-Cost-Test* sind lediglich die variablen Kosten Kriterium der Beurteilung. Verkauft ein Unternehmen ein Produkt unterhalb des Einstandspreises (z. B. ein Stück Brot unter dem Preis des dafür benötigten Mehls), liegt unzweifelhaft eine Quersubventionierung vor.

Verfolgt das Unternehmen lediglich das Ziel der Kostendeckung (Null-Gewinn-Annahme), reicht die Durchführung des einfacheren<sup>41</sup> IC-Tests aus. Handelt es sich aber um ein Unternehmen mit Gewinnmaximierungszielsetzung, bedarf es der Durchführung beider Tests, um eine Quersubventionierung nachzuweisen.

Zu beachten ist, dass eine Überschreitung der Stand-Alone Costs bei einem Produkt nicht gleichzeitig zwingend mit der Quersubventionierung eines anderen Produkts verbunden ist. Weiterhin bedeutet die Erzielung eines ökonomischen Gewinns nicht zwangsläufig, dass ein Produkt Erlöse erzielt, die dessen Stand-Alone Costs übersteigen. Der Gewinn kann sich auch aus der Realisierung von Verbundvorteilen ergeben.

### Schema: Ermittlung einer Quersubventionierung nach dem SAC-Test oder IC-Test im 2-Güter-Fall

	Gewinn = 0	Gewinn > 0
<b>SAC-Test</b>		
$E(x_1) > SAC_1$	$\Rightarrow E(x_2) < IC_2$ Gut 2 besteht den IC-Test nicht! SAC-Test liefert notwendige und hinreichende Bedingungen	$E(x_2) ? IC_2$ Ausgang des IC-Tests unklar SAC-Test ist nicht aussagekräftig
	$\Rightarrow$ Quersubventionierung von Gut 2	$\Rightarrow$ Quersubventionierung nicht nachweisbar, Erlöse von $x_2$ sind potentielle Finanzierungsquelle
$E(x_1) < SAC_1$	$\Rightarrow E(x_2) > IC_2$ Gut 2 besteht IC-Test! SAC-Test liefert notwendige und hinreichende Bedingungen	$\Rightarrow E(x_2) > IC_2$ Gut 2 besteht IC-Test! SAC-Test liefert notwendige und hinreichende Bedingungen
	$\Rightarrow$ keine Quersubventionierung von Gut 2	$\Rightarrow$ keine Quersubventionierung von Gut 2
<b>IC-Test</b>		
$E(x_2) > IC_2$	$\Rightarrow E(x_1) < SAC_1$ Gut 1 besteht SAC-Test! IC-Test liefert notwendige und hinreichende Bedingungen	$E(x_1) ? SAC_1$ Bestehen des SAC-Tests unsicher
	$\Rightarrow$ keine Quersubventionierung	$\Rightarrow$ keine Quersubventionierung, aber Erlöse von $x_1$ sind potentielle Finanzierungshilfe
$E(x_2) < IC_2$	$\Rightarrow E(x_1) > SAC_1$ Gut 1 besteht den SAC-Test nicht! IC-Test liefert notwendige und hinreichende Bedingungen	$\Rightarrow E(x_1) > SAC_1$ Gut 1 besteht SAC-Test nicht Nur der IC-Test liefert notwendige und hinreichende Bedingungen
	$\Rightarrow$ keine Quersubventionierung des Gutes 2	$\Rightarrow$ Quersubventionierung des Gutes 2

Quelle: *Niederprüm*, Quersubventionierung, S. 2.

Legende: E = Erlös  $x_1$  = Produkt I  $x_2$  = Produkt 2

IC = Incremental Costs SAC = Stand-Alone Costs

Bietet ein Mehrproduktunternehmen allerdings ein Produkt zu einem Preis an, der unterhalb der durchschnittlichen inkrementellen Kosten liegt, müssen die Erlöse des zweiten Produkts zwingend oberhalb der Stand-Alone Costs liegen, damit das Unternehmen kostendeckend arbeitet.<sup>42</sup> Die Überdeckung der Stand-Alone Kosten zeigt damit die Quelle der

35 Dies sind die nach Abzug der geschäftsbereichsspezifischen Kosten von den Gesamtkosten verbleibenden Kosten.

36 *Niederprüm*, WIK 2001, Nr. 225, 23.

37 Vgl. hierzu auch *Mortensen/Grohnheit/Fristrup*, ZfE 2003, 123; *Montag/Leibenath* (Fn. 31), § 27 Rdnr. 8.

38 *Faulhaber*, Cross Subsidization: Pricing in Public Enterprises American Economic Review 65, 1975, 966.

39 *Eilmansberger*, wbl 2004, 101.

40 *Mortensen/Grohnheit/Fristrup*, ZfE 2003, 123.

41 Da im Gegensatz zu der Ermittlung der Stand-Alone Costs kein Vergleichsunternehmen, welches nur dieses eine Produkt herstellt, vorhanden sein muss.

42 KOM, 5. 5. 2001, ABl. L 2001 125/27, 29 – Deutsche Post AG.

Subvention an, die Unterdeckung der leistungsspezifischen Zusatzkosten deren Ziel.

Im Urteil AKZO<sup>43</sup> hat der EuGH entschieden, dass in der Regel eine unzulässige Kampfpriesterbietung vorliegt, wenn ein Unternehmen seine Produkte unter den variablen Kosten anbietet; in diesem Fall sei das Verhalten des Unternehmens nicht anders als mit der Absicht der Verdrängung von Wettbewerbern zu erklären.<sup>44</sup>

## V. Praktischer Nachweis von Quersubventionen

Die praktische Anwendung beider Tests ist allerdings aufgrund des umfangreichen Informationsbedarfs hinsichtlich der Kostendaten mit erheblichen Problemen verbunden. Daher ist zu untersuchen, wie die theoretischen Möglichkeiten des Nachweises in der Praxis umgesetzt werden können.

### 1. Informationsanforderungen

Entscheidend bei der praktischen Anwendung beider Tests sind die damit zusammenhängenden Informationsanforderungen.<sup>45</sup>

Fraglich ist zunächst, welche Unternehmensrechnungen überhaupt geeignet sind, Quersubventionierung zu identifizieren. Bei der Unternehmensrechnung ist die interne Kostenrechnung von der externen Bilanzierung zu unterscheiden. Die Jahresabschlüsse richten sich nach steuer- und handelsrechtlichen Vorgaben, eine Differenzierung nach Produktgruppen ist hier nicht üblich und von den Unternehmen auch nicht gewollt. Insoweit ist der Jahresabschluss für die Ermittlung von Quersubventionen ungeeignet.

Die in der Kostenrechnung enthaltenen Informationen sind grundsätzlich besser geeignet, Quersubventionierung zu ermitteln. Zwar ist die Kostenrechnung eigentlich ein Kontroll- und Steuerungsinstrument des Unternehmensmanagements. Entscheidend ist allerdings, auf welchem Weg die für jede Sparte errechneten Kostensummen und dazugehörigen Erlöse ermittelt werden, um so auch den Spielraum der Unternehmen bei der Kostenverteilung auszuloten.

### 2. Prozesskostenrechnung

a) *Die moderne Prozesskostenrechnung ist geeignet, produktspezifische Kosten zu identifizieren und zuzurechnen*

Solange der Gemeinkostenanteil nur eine geringe Rolle spielte, fand die Vollkostenrechnung Anwendung. Als der Gemeinkostenanteil aufgrund struktureller Veränderungen zunahm – wie z. B. Expansion oder Unternehmenszukaufe, zunehmende Produktvielfalt und damit einhergehende Verbundvorteile –, war eine verursachungsgerechte Ermittlung und Zurechnung auf der Basis der einzelnen Kostenträger, d. h. Produkte oder Dienstleistungen, nicht (mehr) möglich. Daraus ergaben sich Probleme bei der Preispolitik, die zu Wettbewerbsnachteilen sowie zu strategischen Fehlentscheidungen führen konnten, weil profitable und verlustbringende Produkte nicht eindeutig identifiziert werden konnten. Die Notwendigkeit, den Gemeinkostenanteil besser zu kontrollieren, führte Ende der 80er Jahre zu der Einführung der so genannten Prozesskostenrechnung, einer modifizierten Art der Vollkostenrechnung.

Der Vorteil dieser Kostenrechnungsart ist, dass über die Kostentreiber als Bezugsgröße zur Kostenermittlung auch

ein großer Teil der Gemeinkosten verursachungsgerecht auf die Kostenträger verteilt werden kann. Kostentreiber sind hierbei jene Faktoren, die die Kostenentstehung auf Prozessebene maßgeblich beeinflussen. Es verbleiben die leistungsmengenneutralen Gemeinkosten als nicht zurechenbarer Rest, der – wie bisher – über Zuschläge den einzelnen Produkten zugerechnet werden muss.

Letztlich würde die moderne Prozesskostenrechnung die besten Möglichkeiten bieten, produktspezifische Kosten auf der Basis der Kostenverursachung zu identifizieren und zuzurechnen. Hierfür bedarf es spezifischer Informationen über die Struktur der Produktionsprozesse des Unternehmens, den Umfang von Verbundproduktion auf Prozessebene und den Umgang hiermit auf dem Wege der produktspezifischen Kostenzurechnung. Je größer allerdings der Gemeinkostenblock ist, desto größer ist die Differenz zwischen SAC und IC und desto größer ist auch der Preissetzungsspielraum, den das Unternehmen nutzen kann, ohne sich dem Verdacht der Quersubventionierung auszusetzen.<sup>46</sup>

b) *Der Nachweis einer Quersubventionierung ist bei privaten Unternehmen auf den IC-Test reduziert (Angebot unter Einstandspreis)*

Dies bedeutet, dass sich der Nachweis einer Quersubventionierung bei privaten Unternehmen einerseits wegen der nicht bestehenden Offenlegungspflicht der Prozesskostenrechnung, andererseits wegen des Freiraums bei der Allokation der Gemeinkosten auf den IC-Test reduziert. Weitergehende Überprüfungen wären in der Praxis aufgrund des Umfangs der durchzuführenden Nachprüfung und der damit verbundenen ungewissen Beweislage in der Regel wenig Erfolg versprechend. Wettbewerbswidrig ist somit ein Verhalten, Produkte unter dem Einstandspreis anzubieten.<sup>47</sup>

Allerdings ist eine weitergehende Regulierung aus Sicht des Gesetzgebers auch nicht notwendig, da sich der Markt selbst reguliert und Unternehmen kostendeckend wirtschaften müssen.<sup>48</sup> Aus Sicht der privatwirtschaftlichen Wirtschaftszweige ist eine Strategie, einen defizitären Bereich zu unterstützen, langfristig nicht aufrecht zu erhalten. Eine unbefristete Quersubventionierung entspricht nicht den Interessen der Anteilseigner des quersubventionierenden Unternehmens, da dieses Geld nicht zur Gewinnmaximierung verwandt wird. Vereinzelt Ausnahmen, wie z. B. im Bereich des Journalismus oder aus Marketingergwägungen, gehen nicht zu Lasten der Verbraucher. Befristete Quersubventionen sind ebenfalls nicht als wettbewerbsverzerrend anzusehen, sofern sie z. B. zur Platzierung von Produkten in neuen Märkten verwandt werden.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Gesetzgeber sich zurückgezogen hat und auf die Selbstregulierung des Marktes baut. Zum Schutz des Wettbewerbs existieren zahlreiche Normen und Richtlinien, die sowohl für Unternehmen gelten, die ausschließlich im freien Markt, insbesondere aber

43 EuGH, 3. 7. 1991 – Rs. 62/86, AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, EuZW 1992, 21.

44 Vgl. auch *Weitbrecht*, EuZW 2002, 581; sowie *Eilmansberger*, wbl 2001, 501.

45 Vgl. *Mortensen/Grohnhil/Fristrup*, ZfE 2003, 123.

46 Vgl. zu dieser Thematik *Niederprüm*, WIK 2001, Nr. 225, 24 und 27.

47 Vgl. die Ausführungen des EuGH Rs. 62/86, AKZO (Fn. 43).

48 *Ludwig*, Zur Ökonomie in den Medien: Zwischen Marktversagen und Querfinanzierung, 1998, S. 219.

auch für Unternehmen, die sowohl in reservierten Bereichen tätig sind als auch in anderen Märkten sich dem Wettbewerb stellen.

## VI. Europäische Regulierungsvorschriften zur Verhinderung von Quersubventionen

Neben Art. 49 EG, der die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft verbietet<sup>49</sup>, wendet sich insbesondere das EG-Kartellrecht an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen – nicht an die Mitgliedstaaten. Die Art. 81 ff. EG sind somit für Private nur dann unanwendbar, wenn dies ausdrücklich bestimmt ist.

### 1. Unternehmen: Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen und Beherrschungsmissbrauch (Art. 81 und Art. 82 EG)

Gemäß Art. 81 EG sind mit dem gemeinsamen Markt alle Vereinbarungen unvereinbar, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Art. 81 EG ist einschränkungslos und gilt für jede Betätigung in jeder Branche.<sup>50</sup>

Art. 82 EG enthält ein Missbrauchsverbot für Unternehmen. Art. 81 und 82 EG bestehen unabhängig voneinander und verfolgen unterschiedliche Ziele: Art. 81 EG soll die Koordination des Verhaltens mehrerer Unternehmer unterbinden, Art. 82 EG den Unternehmen im Interesse eines wirksamen Wettbewerbs Schranken bezüglich etwaigen einseitigen Marktverhaltens<sup>51</sup> aufzeigen.

### 2. Mitgliedstaaten: Wettbewerbsrecht für öffentliche und monopolartige Unternehmen und Beihilfeverbot (Art. 86 und Art. 87–89 EG)

#### a) Geltung des Wettbewerbsrechts für öffentliche und monopolartige Unternehmen – Ausnahmeklausel für mit Dienstleistungen von öffentlichem Interesse betraute Unternehmen

Durch Art. 86 Abs. 1 EG werden alle Hoheitsträger der Mitgliedstaaten verpflichtet, sich jeder Einflussnahme auf öffentliche Unternehmen oder solchen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten zu enthalten, welche den Normen des EG-Vertrags, insbesondere dem Diskriminierungsverbot, den Wettbewerbs- und Beihilferregeln, zuwider läuft. Art. 86 Abs. 2 enthält eine von mehreren Voraussetzungen abhängige sachgebietsübergreifende Ausnahme für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von öffentlichem Interesse betraut sind oder den Charakter von Finanzmonopolen haben. Vor allem Dienstleistungsmonopole werden von Art. 86 EG erfasst. Hierdurch soll der öffentliche Sektor in die Wettbewerbsordnung der Gemeinschaft integriert werden. Art. 86 Abs. 2 EG gilt als zentraler normativer Ansatzpunkt für den Ausgleich zwischen Liberalisierungspolitik und Gemeinwohlinteressen.<sup>52</sup>

#### b) Generelles Beihilfeverbot mit Erlaubnisvorbehalt

Art. 87–89 EG schützen die Wettbewerbsgleichheit zwischen den Unternehmen, die durch eine unkontrollierte Beihilfenpraxis der Mitgliedstaaten gestört würde.<sup>53</sup> Anknüp-

fungspunkt im Bereich der Beihilfenkontrolle ist das generelle Beihilfeverbot mit Erlaubnisvorbehalt des Art. 87 EG.<sup>54</sup>

Danach sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen grundsätzlich unzulässig, soweit sie den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen.<sup>55</sup> Art. 87 EG wird von der Kommission und dem EuGH weit ausgelegt. Umfasst sind sowohl Beihilfen in Form positiver Zuwendungen oder Maßnahmen zur Verringerung von Belastungen, die Unternehmen normalerweise zu tragen haben<sup>56</sup>, als auch Anforderungen an die Merkmale „Wettbewerbsverfälschung“ und „Beeinträchtigung des Handels“.<sup>57</sup> Eine Handelsbeeinträchtigung ist bereits dann gegeben, wenn der Vorteil lediglich potentielle Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel hat.<sup>58</sup>

Früher war streitig, ob eine staatliche Maßnahme als Beihilfe anzusehen ist, wenn sie lediglich die mit der Wahrnehmung von Gemeinwohlaufgaben einhergehenden Belastungen kompensieren soll:

Ursprünglich hatte das EuG den sog. Beihilfenansatz als Bruttokonzeption entwickelt.<sup>59</sup> Danach sollten staatliche Maßnahmen grundsätzlich von der auferlegten Gegenleistung getrennt geprüft werden. War der Tatbestand des Art. 86 Abs. 2 EG erfüllt, sollte in einem zweiten Schritt die Rechtfertigung der Maßnahme zu prüfen sein. Nach der Bruttokonzeption ließ der Kompensationszweck den Beihilfencharakter grundsätzlich nicht entfallen.

Diese Sichtweise des EuG stieß in der Literatur zum Teil auf Kritik<sup>60</sup>, und der EuGH entwickelte in der Folgezeit einen als Nettokonzeption auszulegenden Beihilfenansatz. Danach soll die gewährte Leistung unter bestimmten Voraussetzungen keine Beihilfe darstellen.

Eine Rechtfertigung der Zuwendungen sei nach Art. 86 Abs. 2 EG nicht zu prüfen, wenn sich die entstehenden (zusätzlichen) Aufwendungen für die Gemeinwohlpflichten und die hierfür gewährte Kompensation die Waage halten und damit weder ein Gewinn erwirtschaftet wird noch ein

49 Kluth, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007; Art. 49, 50 EGV Rdnr. 50.

50 Weiß, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 49), Art. 81 EGV Rdnr. 1 m. w. N. in Fn. 1.

51 Weiß, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 49), Art. 81 EGV Rdnr. 20.

52 Jung, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 49), Art. 86 EGV Rdnr. 2, 3, 10.

53 Koenig/Kühling, NJW 2000, 1065.

54 Vgl. Niggemann, Staatsbürgerschaften und Europäisches Beihilfenrecht, 2001, S. 14 m. w. N.

55 Hierzu Eilmansberger, wbl 2004, 101. Auslegung des Tatbestandsmerkmals „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“ ist umstritten, vertiefend hierzu Koenig/Kühling, ZUM 2001, 537.

56 Vgl. EuGH, 1. 12. 1998 – Rs. C-200/97, *Ecotrade*, Slg. 1998, I-7907, EWS 1999, 28, Rdnr. 34; EuGH, 17. 6. 1999 – Rs. C-75/97, *Belgien/Kommission*, Slg. 1999, I-3671; EWS 1999, 311, Rdnr. 23; *Hoischen*, Die Beihilferegelung in Art. 92 EWGV, 1989, S. 4; Niggemann (Fn. 54), S. 19. – Der Beihilfebegriff geht damit weiter als der Subventionsbegriff, der im strengen Sinne des Wortes nur positive Leistungen umfasst, so dass es keiner genaueren Abgrenzung der „Subventionen“ von den „Beihilfen“ bedarf; zum Subventionsbegriff siehe insbesondere *Hoischen* (a. a. O.), S. 8.

57 Sellnick, ThürVBl. 2000, 173.

58 EuGH, 17. 9. 1980 – Rs. 730/79, *Philip Morris*, Slg. 1980, 2671, 2689, RIW 1981, 185, NJW 1981, 1152, Rdnr. 12.; vgl. *Hoischen* (Fn. 56), S. 67; Niggemann (Fn. 54), S. 70 m. w. N.

59 EuG, 27. 2. 1997 – Rs T-106/95, *FFSA u. a./Kommission*, Slg. 1997, II-233; EuG, 10. 5. 2000 – Rs T-46/97, *SIC/Kommission*, Slg. 2000, II-2125.

60 Gegen den Beihilfencharakter beim Kompensationszweck *Bartosch*, EuZW 1999, 178.

Verlust entsteht.<sup>61</sup> Des Weiteren müssen die Auferlegung bestimmter Gemeinwohlpflichten und ihr Ausgleich durch den Staat untrennbar miteinander verknüpft sein.

c) *Privatinvestortest: Würde ein privater Investor ein Geschäftsfeld aufgeben oder würde er die entstehenden Fixkosten so auf alle Geschäftsfelder verteilen, dass sich dieses Geschäftsfeld in der Gewinn- und Verlustrechnung trägt?*

Für die Quersubvention bedeutet der Nettoansatz, dass nicht von einer Begünstigung auszugehen ist, wenn die empfangene Leistung Tätigkeiten zugute kommt, für die eine Betrauung mit Sonderaufgaben besteht und wenn die Einnahmen im (quer)subventionierten Wettbewerbsbereich ihrerseits die Wahrnehmung einer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse unterstützen.<sup>62</sup> Maßstab für die Angemessenheit ist nach dem vom EuGH entwickelten Privatinvestortest („Market Economy Investor“-Test) die kaufmännische und wirtschaftliche Vernunft in der konkreten Situation.<sup>63</sup> Die gewährten Leistungen der öffentlichen Hand sind somit unbedenklich, wenn sie ein Entscheidungsträger der freien Wirtschaft im maßgeblichen Zeitpunkt der Investitionsentscheidung<sup>64</sup> unter den konkreten Umständen ebenfalls gewährt hätte.<sup>65</sup> Dieses Privatinvestorprinzip ist „eine Ausprägung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von öffentlichem und privatem Sektor.“<sup>66</sup> (Kompensation)

Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz zwingt die Unternehmen, auch die spezifische Situation von Unternehmensgruppen zu berücksichtigen.<sup>67</sup> Synergien, die von privaten Unternehmen genutzt werden dürfen, müssen auch bei der beihilferechtlichen Beurteilung konzern- oder unternehmensinterner Transaktionen öffentlicher Unternehmen Berücksichtigung finden.<sup>68</sup> Dies gilt nicht nur für die Beurteilung von Kapitalzuschüssen oder Beteiligungserwerben nach dem Privatinvestormaßstab, sondern auch für die Bewertung von Quersubventionen.<sup>69</sup>

Konkret ist somit zu prüfen:

1. Schritt: Gibt ein Unternehmer der freien Wirtschaft ein Geschäftsfeld als unrentabel auf oder würde er die entstehenden Fixkosten so auf alle Geschäftsfelder verteilen, dass sich dieses Geschäftsfeld in der Gewinn- und Verlustrechnung trägt?

So können beispielsweise Leistungen, die ein Geschäftszweig eines Unternehmens für einen anderen Geschäftszweig erbringt, sowohl direkt als auch indirekt verrechnet werden.<sup>70</sup> Folglich kann festgelegt werden, dass eine bestimmte Leistung sowohl zu sehr günstigen Konditionen erbracht (z. B. indem keine Fixkosten verrechnet werden) und damit die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass in dem betreffenden Markt hohe Erträge erwirtschaftet werden. Andererseits kann das Unternehmen den Produkten für diesen Markt auch reale Preise<sup>71</sup> für die Überlassung der Ressourcen in Rechnung stellen und sich die Erbringung der Leistung damit in erster Linie direkt vergüten lassen.<sup>72</sup> Die indirekte Vergütungsvariante wäre offenkundig stark wettbewerbsverzerrend und würde nicht dem Privatinvestorgrundsatz entsprechen.

2. Schritt: Ist das Geschäftsfeld nach der erfolgten Aufschlüsselung der Gemeinkosten noch unrentabel, ist hypothetisch zu prüfen, ob ein Unternehmer nach kaufmännischer und wirtschaftlicher Vernunft das Geschäftsfeld weiter betreiben würde (break even). Bis zu dieser Höhe

(inkl. eines vertretbaren Gewinns) ist eine staatliche Begünstigung zu verneinen.

Allerdings kann eine Kostenverteilung aus kaufmännischen Gesichtspunkten<sup>73</sup> auch dann vernünftig sein, wenn sie nicht den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten entspricht. Der sich daraus ergebende „Graubereich“ der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit hat dazu geführt, dass der Ausnahmehervorbehalt des Art. 86 Abs. 2 EG extensiv ausgelegt wurde. So haben EuGH und Kommission in verschiedenen Fällen angenommen, Art. 86 Abs. 2 EG gestatte dem Betrauten, unrentable mit rentablen Marktsegmenten zu verbinden.<sup>74</sup> Obwohl von der Literatur als verfehlt erachtet<sup>75</sup>, entschied der EuGH in den Rechtssachen *Corbeau* und *TNT Traco*, dass eine Quersubventionierung zwar zulässig, aber nicht geboten gewesen sei.<sup>76</sup>

d) *Umfasst die Gegenleistung alle variablen Zusatzkosten, die durch die Unterstützung entstanden sind, einen angemessenen Beitrag zu den Festkosten und eine angemessene Vergütung des Eigenkapitals?*

Aus bilanzieller Sicht hat der Gerichtshof in der Folgezeit auf dem Gebiet des Postwesens mit dem *Chronopost-Urteil*<sup>77</sup> den Vollkostenansatz als Standard für die beihilfenrechtliche Beurteilung von Quersubventionen festgelegt. In dem Urteil folgte der Gerichtshof den Schlussanträgen des GA *Tizzano*<sup>78</sup> und schloss eine Beihilfe erst dann aus, wenn die Gegenleistung „alle variablen Zusatzkosten, die durch die Gewährung der logistischen und kommerziellen Unterstützung entstanden sind, einen angemessenen Beitrag zu den Festkosten infolge der Nutzung des öffentlichen Postnetzes

61 EuGH, 22. 11. 2001 – Rs. C-53/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-9098, RIW 2002, 230, EWS 2001, 583.

62 *Britz*, DVBl 2000, 1641.

63 Vgl. EuGH, 29. 2. 1996 – Rs. C-56/93, *Belgien/Kommission*, Slg. 1996, I-723; *Eilmansberger*, RIW 2001, 902.

64 *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2002, S. 45 m.w.N. in Fn. 138.

65 Vgl. *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 49), Art. 87 EGV Rdnr. 10; *Hakenberg/Erlbacher*, EWS 2001, 208; *Harings*, Praxis des Europäischen Beihilfenrechts, 2001, S. 15; Rdnr. 22; *Koenig/Kühling/Ritter* (Fn. 64), S. 45.

66 EuG, 12. 12. 2000 – T-296/97, *Alitalia/Kommission*, Slg. 2000, II-3871, Rdnr. 80; EuGH, 21. 3. 1991 – Rs. 303/88, *Italien/Kommission*, Slg. 1991, I-1433 Rdnr. 19 – „ENI-Lanerossi“; EuG, 21. 1. 1999 – verb. Rs. T-129/95, 2/96, 97/96, *Neue Maxhütte Stahlwerke*, Slg. 1999, II-17 Rdnr. 105.

67 Vgl. *Eilmansberger*, RIW 2001, 902; *Koenig*, ZIP 2000, 53.

68 *Eilmansberger*, RIW 2001, 902.

69 So GA *Jacobs* in EuGH, 11. 7. 1996 – Rs. C-39/94, *SFEI u. a.*, Slg. 1996, I-3547, EWS 1996, 355; vgl. *Eilmansberger*, RIW 2001, 902.

70 Dies gilt in der Regel für Abteilungen, die sowohl als Cost Center als auch als Profit Center betrieben werden können. Als Beispiel sei der IT-Support angeführt. In Form des Cost Centers werden nur die tatsächlichen Kosten auf die Abteilungen umgelegt, als profit center müssen diese Abteilungen auch einen Gewinn erwirtschaften und stellen daher ihre Aufwendungen in der Höhe in Rechnung, in der sie gegenüber einem Geschäftspartner abrechnen würden.

71 Die sich am tatsächlichen Wert der Leistung orientieren.

72 *Eilmansberger*, RIW 2001, 902.

73 Beispielsweise Eintritt in neue Märkte, Einführung eines neuen Produkts mit Rabatten, Erhöhung der Werksauslastung bei saisonalen Schwankungen, etc.

74 Vgl. EuGH, 19. 5. 1993 – Rs. C-320/93, *Corbeau*, Slg. 1993, I-2533, EWS 1994, 251, Rdnr. 17.

75 *Eilmansberger*, wbl 2004, 101; *Neu*, EuZW 2000, 285; *Bartosch*, NJW 2000, 2251.

76 Vgl. *Grave*, EuZW 2001, 709.

77 EuGH, 3. 7. 2003 – Rs. C-83/01, *Chronopost/Ufex u. a.*, Slg. 2003, I-6993, EWS 2003, 459.

78 *Chronopost*, Schlussanträge vom 12. 12. 2002, Tz. 58, Fn. 77.

und eine angemessene Vergütung des Eigenkapitals“ umfasst.<sup>79</sup> Konkret wurde gefordert, dass ein Kapitaleinsatz angemessen vergütet werden muss und somit nicht als zinsloses Darlehen bereitgestellt werden darf.

Aus rechtlicher Sicht wurde gegen die vom EuGH entwickelte Nettokonzeption eingewandt, dass diese der Systematik des EG widerspreche<sup>80</sup>, da Art. 86 Abs. 2 EG nach dieser Sichtweise seine rechtfertigende Bedeutung verliere.<sup>81</sup> Mittlerweile hat der EuGH den Beihilfenansatz in dem Urteil *Altmark Trans*<sup>82</sup> weiterentwickelt.<sup>83</sup> Eine Überkompensation ist nicht mehr statthaft und der bisherige pauschale Ausgleich entstandener Kosten durch die öffentliche Hand<sup>84</sup> rechtswidrig. Vielmehr müssten die Kriterien, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, vor Gewährung der Leistung objektiv und transparent aufgestellt werden. Anschließend seien lediglich die tatsächlich entstandenen Kosten in Form der marktüblichen Aufwendungen zu ersetzen. In der Konsequenz dürften nach dem EuGH nunmehr lediglich diejenigen Kosten ersetzt werden, die einem durchschnittlichen, gut geführten Privatunternehmen zur Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung entstehen dürften, nicht aber die tatsächlich entstandenen Kosten.<sup>85</sup>

Diese strikten Kriterien waren allerdings nicht im Sinne der Legislative. Daher gab die Kommission im Juli 2005 die Verabschiedung des „Monti-Pakets“ bekannt, welches die Kommission zu Entscheidungen zur Konkretisierung der Ausnahmeregelung nach Art. 86 Abs. 2 EG ermächtigt.<sup>86</sup> Nach der daraufhin ergangenen Kommissionsentscheidung dürfen die „durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten“<sup>87</sup> ersetzt werden, nicht nur die marktüblichen Kosten. Diese Ausdrucksweise erinnert an den in der Rs. *Ferring* etablierten Maßstab.<sup>88</sup> Unklar bleibt jedoch, nach welchem Kriterium „überhöhte“ Ausgleichszahlungen festzustellen sind, deren etwaige Rückzahlung durch die Kontrollpflicht der Mitgliedstaaten sichergestellt werden soll.<sup>89</sup>

### e) Zwischenergebnis

Betraute Unternehmen müssen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse „unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen“ erbringen können. Das wirtschaftliche Überleben des Unternehmens darf hierbei nicht gefährdet werden. Solange das Unternehmen aber keine adäquate Gegenleistung erhält, welche alle verursachten Kosten deckt, darf es von seinen Rechten Gebrauch machen, ohne dass ein Verstoß gegen Art. 82 EG vorliegt.<sup>90</sup> Gleichzeitig ist aber auch eine Inrechnungstellung der IC allenfalls für eine „Start Up“-Phase eines Geschäftsfeldes mit dem Privatinvestorprinzip vereinbar; kein Anspruch auf Beihilfe besteht auf der Grundlage der SAC.<sup>91</sup>

## 3. Transparenzrichtlinie

### a) Unternehmen, die sowohl im Sonderrechts- als auch im Wettbewerbsbereich tätig sind, ...

Die Transparenzrichtlinie und deren nachfolgende Änderung<sup>92</sup> betrifft Unternehmen, die sowohl im Sonderrechts- als auch im Wettbewerbsbereich tätig sind. Ursprünglich erfasste die Transparenzrichtlinie nur öffentliche Unternehmen. Durch die Änderung ist sie nun auch auf Privatunternehmen anwendbar, da – insbesondere nach den Liberalisierungsmaßnahmen – im gemeinwirtschaftlichen Sonderrechtsbereich auch Private tätig sind, deren Quersubventionierung ebenso wettbewerbswidrig sein kann.<sup>93</sup>

### b) ... müssen die unterschiedlichen Geschäftsbereiche in ihrer Kosten- und Leistungsrechnung trennen ...

Die betroffenen Unternehmen sind verpflichtet, in ihrer Kosten- und Leistungsrechnung die unterschiedlichen Geschäftsbereiche zu trennen, sämtliche Kosten und Erlöse nach objektiv gerechtfertigten und einheitlich angewandten Grundsätzen zuzurechnen und die Aufzeichnungen fünf Jahre aufzubewahren.<sup>94</sup> Nach Art. 3a lit. a Transparenzrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten garantieren, dass die internen Konten der jeweiligen Geschäftsbereiche getrennt in separaten Büchern geführt werden. Diese Segmentierung soll Transaktionen zwischen den Geschäftsbereichen sichtbar machen, da nur bei klar abgegrenzten Geschäftsbereichen eine Anwendung des Wettbewerbsrechts ermöglicht wird. Art. 3a Abs. 1 lit. c der Richtlinie bestimmt, dass die der Buchführung zugrunde liegenden Kostenrechnungsgrundsätze eindeutig bezeichnet werden. Durch diese Transparenz in der Rechnungslegung sollen unzulässige Quersubventionierungen besser erkennbar und unterbunden werden.<sup>95</sup>

### c) ... und so die instrumentelle Voraussetzung für die wettbewerbsrechtliche Einordnung schaffen

Die Richtlinie stellt allerdings keine materiellrechtlichen Maßstäbe für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Quersubventionen auf, sondern schafft lediglich die instrumentelle Voraussetzung für die Durchsetzung bestehender materieller Maßstäbe.<sup>96</sup> Ob die fehlende oder geringe Einbeziehung eines Gemeinkostenanteils noch als zulässige Kostenallokation oder schon als quersubventionierter Kampfpfeils zu qualifizieren ist, wird nicht beantwortet.<sup>97</sup> Gerade dieser Spielraum bei der Gemeinkostenzuordnung im Rahmen der Segmentierung ist aber entscheidend für den Nachweis der Quersubventionierung. In der Praxis werden zwar verschiedene Ansätze diskutiert, ob und wie Anteile an den Gemeinkosten in die Kosten einzelner Segmente einzurechnen sind. Eine exakte Aufschlüsselung der Gemeinkosten ist aber kaum möglich.<sup>98</sup>

79 Vgl. *Eilmansberger*, wbl 2004, 101.

80 Vgl. den inneren Zusammenhang zwischen Art. 87 Abs. 1 EG zu Art. 87 Abs. 2 und 3 EG, sowie zu Art. 86 Abs. 2 EG und – als lex specialis – Art. 73 EG für den Verkehr.

81 *Kahl*, NVwZ 1996, 1082.

82 EuGH, 24. 7. 2003 – Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7788, EWS 2003, 419.

83 *Kahl*, WBl 2003, 401.

84 *Lackner*, *ecolex* 2004, 148.

85 *Oberndorfer*, *juridikum* 2005, 143.

86 *Hochbaum-Klotz*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), *Kommentar zum EU-/EWG-Vertrag*, 5. Aufl. 2000, Art. 86 EGV, Rdnr. 88.

87 Art. 5 Abs. 1 der Entscheidung 2005/842/EG, ABl. 2005 L 312.

88 *Oberndorfer*, *juridikum* 2005, 143.

89 Art. 6 Satz 2 der Entscheidung 2005/842/EG, ABl. 2005 L 312; *Oberndorfer*, *juridikum* 2005, 143.

90 *Grave*, *EuZW* 2001, 709.

91 *Eilmansberger*, *RIW* 2001, 902.

92 Richtlinie 2000/52/EG (Transparenz-Änderungsrichtlinie) der Kommission zur Änderung der Richtlinie 80/733/EWG (Transparenzrichtlinie) über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABIEG 2000 L 193/75.

93 Vgl. *Britz*, *DVBl.* 2000, 1641.

94 Vgl. für Deutschland § 4 Satz 1 *TranspRLG*.

95 *Koenig/Kühling/Ritter* (Fn. 64), S. 24.

96 *Britz*, *DVBl.* 2000, 1641.

97 Vgl. *Britz*, *DVBl.* 2000, 1641.

98 *Nolte* (Fn. 4), S. 44, m. w. N.

#### 4. Ex-ante-Kontrolle der Regulierungsbehörden

Während die den Gerichten vorgeschalteten Kartellbehörden das wettbewerbskonforme Verhalten von Marktteilnehmern in freien Märkten überwachen<sup>99</sup>, ist die Überwachung von Märkten, die dauerhaft nicht oder nur eingeschränkt dem Wettbewerb geöffnet werden können, Aufgabe der Regulierungsbehörden. Als Teil der öffentlichen Verwaltung betreiben Letztere eine Kontrolle ex-ante<sup>100</sup>, indem sie durch ein vorheriges Genehmigungsverfahren eine Benachteiligung der Verbraucher zu vermeiden versuchen. Konkret müssen die überwachten Unternehmen Preissteigerungen oder Produktänderungen genehmigen lassen und hierzu die einzelnen Gründe vortragen, welche aus deren Sicht eine Änderung – in der Regel zu Lasten der Verbraucher – zur Erreichung oder Beibehaltung der Unternehmensziele für unumgänglich erachten.

### VII. Regulierungspraxis in den USA

Hinsichtlich der Kostenorientierung wird in der amerikanischen Regulierungspraxis ähnlich dem EU-Recht grundsätzlich von den Ist-Kosten eines Unternehmens ausgegangen, die durch die Erlöse zu decken sind.

#### 1. Die Möglichkeit von Quersubventionen ...

Im Unterschied zum europäischen Regulierungsrecht grenzt das amerikanische Recht die Möglichkeit der Quersubvention nachfrage- und nicht produktbezogen ab.<sup>101</sup> Hauptkriterium der zurechenbaren Produktkosten ist die Kostenverursachung.<sup>102</sup> Deren Ermittlung setzt eine detaillierte Analyse der einzelnen Produktionsprozesse voraus und ist mit großem Informationsaufwand verbunden:

Zunächst wird jede einzelne Wertschöpfungsstufe in ihre Einzelprozesse zerlegt und die wesentlichen prozessspezifischen Kostentreiber identifiziert. Anschließend werden über empirische Studien und Ingenieurmodelle für die jeweiligen Prozesse Kostenelastizitäten ermittelt, die einen Zusammenhang zwischen der Menge des eingesetzten Kostentreibers und der Kostenentwicklung herstellen.<sup>103</sup> Im Fall von Verbundproduktionen wird versucht, die Prozesskosten verursachungsgerecht aufzulösen und in die Berechnung der zurechenbaren Kosten einzubeziehen.<sup>104</sup>

#### 2. ... wird nachfrage-, nicht produktbezogen ermittelt

Zwar ist das amerikanische Regelwerk hierdurch enger als das europäische Gesetzeswerk, nach welchem Synergieeffekte mit einbezogen werden dürfen. Jedoch können auch hier die produktspezifischen Zusatzkosten aufgrund des Spielraumes der Entscheidungsträger nicht korrekt berechnet werden.<sup>105</sup> Auch wenn ein größerer Teil der prozentualen Gesamtkosten produktspezifisch zugeordnet werden kann,<sup>106</sup> bleibt die Möglichkeit einer faktischen Quersubventionierung.

### VIII. Ausblick

Fraglich ist, ob die Erreichung allgemeiner Ziele von volkswirtschaftlichem Interesse durch öffentliche Ausschreibung und Vergabe möglich ist.<sup>107</sup>

Eine staatliche Maßnahme ist eine Begünstigung i. S. des Art. 87 Abs. 1 EG, wenn eine Leistung ohne marktübliche Gegenleistung erlangt wird. Im Umkehrschluss könnte hieraus folgen, dass eine Vermutung gegen eine Beihilfegewährung spricht, wenn die Höhe der Gegenleistung in einem „objektiven Verfahren“ bestimmt worden ist.<sup>108</sup>

Als ein solches objektives Verfahren sieht die Kommission ein offenes Bietverfahren an, bei dem die Beihilfevermutung entfällt, wenn der Gegenleistungserbringer als Meistbietender in einem hinreichend publizierten, offenen und diskriminierungsfreien Bietverfahren ermittelt worden ist.<sup>109</sup> Dies folgt daraus, dass das Bietverfahren einen transparenten Markt schafft und bei der Bestimmung des Marktpreises die Manipulationsmöglichkeiten reduziert.<sup>110</sup> Den Zuschlag erhält schließlich der Meistbietende bzw. derjenige, der das wirtschaftlichste Angebot abgibt.<sup>111</sup>

Völlig unklar ist allerdings, in welchen Fällen ein offenes Bietverfahren durchgeführt werden kann.<sup>112</sup> Denn die Rechtsgebiete des Vergaberechts, das unter bestimmten Bedingungen auch die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien gestattet,<sup>113</sup> und des EG-Beihilfenrechts stehen noch weitgehend unkoordiniert nebeneinander.<sup>114</sup>

Schließlich müssen einige Produkte und Dienstleistungen, wie z. B. die kommunale Versorgung mit Trinkwasser, aus höheren volkswirtschaftlichen Zielen weiterhin in der Obhut der öffentlichen Hand bleiben.

99 Beispielsweise den Schutz des Marktes vor Predatory Pricing; die Überprüfung erfolgt, wie bereits geschil­dert, anhand des IC-Tests.

100 Im Gegensatz zur ex-post Kontrolle der Kartellbehörden.

101 Vgl. z. B. § 3621 des U.S. Code (Titel 39) Satz 3 und 4.

102 Dies entspricht im Ergebnis der Prozesskostenrechnung.

103 *Niederprüm*, WIK 2001, Nr. 225, 51; zur genauen Berechnungsmethode vgl. *Niederprüm*, WIK 2001, Nr. 225, 52–57.

104 *Niederprüm*, WIK 2001, Nr. 225, 57.

105 *Niederprüm*, WIK 2001, Nr. 225, 57.

106 Waren es 1971 noch 40% zurechnungsfähiger Kosten, konnten 2001 bereits 60% der Gesamtkosten des USPS dienstespezifisch zugeordnet werden.

107 Zur Vergabe im Eisenbahnverkehr siehe *Brauner/Sattler*, Eisenbahn-Revue International, 2002, 296.

108 *Koenig/Kühling/Ritter* (Fn. 64), S. 40 und 44.

109 *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065; vgl. auch die Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand (Grundstücksmitteilung), ABIEG 1997 C 209/3 vom 10. 7. 1997.

110 *Koenig/Kühling/Ritter* (Fn. 64), S. 44.

111 *Koenig/Kühling/Ritter* (Fn. 64), S. 44 Fn. 131; vgl. Grundstücksmitteilung II (Fn. 566).

112 *Koenig/Kühling/Ritter* (Fn. 64), S. 45; *Koenig/Kühling*, NJW 2000, 1065.

113 *Bartosch*, Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EG: Sitzt das öffentliche Beschaffungswesen in Europa auf einem beihilferechtlichen Pulverfass? EuZW 2001, 229.

114 *Koenig/Kühling/Ritter* (Fn. 64), S. 44.

## EWS-Autoren



**Jan Frederik Bron**  
Jan Frederik Bron ist Doktorand am Lehrstuhl für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre (Prof. Dr. Gerhard Kraft) an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg sowie Wiss. Mitarbeiter eines gemeinsamen Forschungsprojektes des Lehrstuhls und SJ Berwin LLP.



**Professor Dr. Gerhard Kraft**  
Jahrgang 1960. Bankkaufmann; Jura-Studium und Promotion in Mannheim, dort auch Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. H.-W. Arndt; 1988–1989 DAAD-Stipendiat in den USA (Chicago); 1991 Steuerberater, 1995 Wirtschaftsprüfer; 1996–1998 International Tax Partner Price Waterhouse; seit 1998 Inhaber des Lehrstuhls für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre sowie seit 2000 Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht der Juristischen Fakultät der Universität Halle-Wittenberg.

### Professor Dr. Carl Otto Lenz

Jahrgang 1930. Studium in Deutschland, Schweiz und USA, Dr. jur., Generalsekretär der Christlich-Demokratischen Fraktion des Europäischen Parlaments, als Mitglied des Bundestages u. a. Vorsitzender des Rechtsausschusses, dann der Europa-Kommission des Bundestages, Generalanwalt am EuGH, Honorarprofessor, seit 1998 Rechtsanwalt, of counsel der internationalen Sozietät Baker & McKenzie, Frankfurt a.M./Brüssel. U.a. Herausgeber eines Handbuchs und eines Kommentars zum EU-Vertrag.



**Professor Dr. Matthias Pechstein**  
Jahrgang 1958, seit 1995 Inhaber des Jean-Monnet-Lehrstuhls für öffentliches Recht mit Schwerpunkt Europarecht an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder). Nach dem zweiten Juristischen Staatsexamen (1989) war er zunächst als Ministerialbeamter im Bundesministerium des Innern tätig. Von 1990 bis 1993 nahm er eine Stelle als Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Rudolf Strein, Bayreuth, wahr. 1994 erfolgte die Habilitation. Von 1993 an bis zur Ernennung als Professor an der Viadrina war er Richter am Verwaltungsgericht Berlin.



**Philipp Riesenkauff**  
Jahrgang 1973, studierte Rechtswissenschaften in Freiburg, Heidelberg, Lausanne, Tübingen und Speyer. Sein Referendariat absolvierte er in Düsseldorf, bevor er ein AACSB-akkreditiertes MBA-Studium an der GISMA in Hannover absolvierte. Der Autor arbeitet als AREA HR & Administration Manager bei der Borealis Polymere GmbH in Burghausen und ist zugelassener Rechtsanwalt und Anwaltmediator.

## Unser Serviceteam beantwortet Ihnen alle Fragen rund um die EWS

- ▶ **Servicetelefon** 069/7595-2788
- ▶ **Fax** 069/7595-2760
- ▶ **E-Mail** kundenservice@betriebs-berater.de

## Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht

Zitierweise: EWS

ISSN 0938-3050

Redaktionelle und kaufmännische Gesamtverantwortung: RA Martin Weber

Redaktion: Maria Wolfer

Verlag: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH; Mainzer Landstr. 251, 60326 Frankfurt am Main, Telefon: 069/75 95-27 88, Fax: 069/75 95-27 80, Geschäftsführung: Dr. Rolf Grisebach, Postbank Karlsruhe BLZ 660 100 75, Kto.-Nr. 137 300-750; Frankfurter Sparkasse 1822, BLZ 500 502 01, Kto.-Nr. 41 64 36.

Im Verlag Recht und Wirtschaft (RuW), einem Unternehmen der Verlagsgruppe Deutscher Fachverlag (dfv), erscheinen außerdem folgende wissenschaftliche Fachzeitschriften: Betriebs-Berater (BB), Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW), Der Steuerberater (StB), Kommunikation&Recht (K&R), Netzwirtschaften & Recht (N&R), DAJV Newsletter, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVgIRWiss) und Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR).

Im Deutschen Fachverlag erscheinen die wissenschaftlichen Fachzeitschriften Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP), Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (ZLR) und Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht (ZfU).

Anzeigen: verantwortlich Marion Gertzen, Tel. 0 69/75 95-27 11. E-Mail: gertzen@betriebs-berater.de. Es gilt Preisliste 14.

Vertrieb: RA Ralf Wagner, E-Mail: vertrieb@betriebs-berater.de.

Erscheinungsweise: monatlich. Nicht eingegangene Hefte können nur bis zu 10 Tage nach Erscheinen des nächstfolgenden Heftes kostenlos reklamiert werden.

Bezugspreis: Jahresvorzugspreis (12 Ausgaben): € 339,- incl. Versandkosten und MwSt., Sonderpreis für Studenten und Referendare: € 83,-. Beorderungsgebühr jährlich (fällt an bei Fremdzahler): € 2,- netto. Preis des Einzelheftes: € 40,-. Auslandspreise auf Anfrage. Rechnungslegung erfolgt jährlich. Die Abonnementgebühren sind im Voraus zahlbar. Der Abonnementvertrag ist auf unbestimmte Zeit geschlossen. Eine Kündigung ist jederzeit bis sechs Wochen vor Ende des Bezugsjahres möglich. Liegt dem Verlag zu diesem Zeitpunkt keine Kündigung vor, verlängert sich das Abonnement automatisch um ein weiteres Jahr zum dann gültigen Jahrespreis, zahlbar im Voraus.

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert bzw. erarbeitet sind.

Keine Haftung für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Alleinveröffentlichung erwirbt der Verlag alle Rechte, einschl. der Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank.

© 2007 Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main

Satz: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, Auf den Besenäckern 15, 69502 Hemsbach

Druck: Wilhelm & Adam, Werbe- und Verlagsdruck GmbH, 63150 Heusenstamm



## Weltverbesserer

Sie für Ihr Patenkind. Ihr Patenkind für seine Welt. Eine Patenschaft bewegt. Werden Sie Pate!

Rufen Sie uns an: 0180 33 33 300

(9 Cent/Min. aus dem dt. Festnetz; Mobilfunktarif ggf. abweichend)

Kindernothilfe e.V. · Düsseldorf Landstr. 180 · 47249 Duisburg · www.kindernothilfe.de

