

Quersubventionen und Verbundvorteile im EU-Beihilferecht

Lucyne Ghazarian

**Quersubventionen und Verbundvorteile
im EU-Beihilferecht unter besonderer
Berücksichtigung der beihilferecht-
lichen Zugangsregulierung und
Infrastrukturförderung**

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar

ISBN 978-3-96138-080-0

© 2018 Wissenschaftlicher Verlag Berlin

Olaf Gaudig & Peter Veit GbR

www.wvberlin.de / www.wvberlin.com

Alle Rechte vorbehalten.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung, auch einzelner Teile, ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für fotomechanische Vervielfältigung sowie Übernahme und Verarbeitung in EDV-Systemen.

Druck und Bindung: SDL – Digitaler Buchdruck, Berlin

Printed in Germany

€ 40,00

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität als Dissertation angenommen. Sie ist dort während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Europäische Integrationsforschung entstanden. Das Manuskript befindet sich hinsichtlich Rechtsprechung und Literatur auf dem Stand von Anfang Juni 2017.

Mein besonderer Dank gilt der Unterstützung meines Doktorvaters, Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., der durch die Einbindung in beihilfe-rechtliche Forschungsprojekte, Anregungen und stete Herausforderung die Entstehung der Arbeit ermöglicht und wohlwollend gefördert hat. Herrn Prof. Dr. Dr. Durner, LL.M. danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Veronika Koch, Katharina Nolte und Carl Prior haben mich bei den Schlusskorrekturen tatkräftig unterstützt. Ihnen und meinen weiteren Kollegen am Zentrum für Europäische Integrationsforschung, insbesondere Beate Förtsch und Dr. Matti Meyer, die jederzeit für Anregungen und Diskussionen bereitwillig zur Stelle waren, gilt mein herzlicher Dank.

Bedanken möchte ich mich zudem für die Förderung meines Promotionsvorhabens durch die Anschubfinanzierung des Maria-von-Linden Förderprogramms der Universität Bonn und das Promotionstipendium der Konrad-Redeker-Stiftung, Bonn. Dank gebührt ferner der Studienstiftung des Deutschen Volkes für die materielle und ideelle Promotionsförderung.

Mein herzlicher Dank gilt schließlich meinem Ehemann Jakob Bator, der mich fachlich und persönlich unermüdlich unterstützt hat. Ihm und meinen Eltern ist diese Arbeit gewidmet.

Köln, im Juni 2018

Lucyne Ghazarian

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung und Fragestellung	21
Gang der Untersuchung	27
1. KAPITEL: QUERSUBVENTIONEN UND VERBUNDVORTEILE AUF KOMPATIBILITÄTSEBENE	29
A. Der Untersuchungsgegenstand Quersubvention	29
B. Der Untersuchungsgegenstand Verbundvorteile und die Gemeinkosten	32
C. Die Mitigation von beihilfeinduzierten Wettbewerbsverfälschungen durch kompatible Beihilfen	34
D. Die Angemessenheit einer Beihilfemaßnahme oder Beihilferegulung	38
I. Instrumente zur Verhinderung von Quersubventionen	39
1. Wettbewerbliche Bedenken gegen Quersubventionierungen	40
2. Die Kumulation von Transparenz und angemessener Beihilfeshöhe	43
a) Das Abhilfeinstrument der Entflechtung	43
aa) Die dienende Funktion der buchhalterischen Entflechtung	44
bb) Abgrenzung von der Transparenzrichtlinie	45
b) Das Abhilfeinstrument der Verhinderung von Überkompensationen	46
aa) Ex ante Instrumente der Kommissionspraxis zur Bestimmung der angemessenen Beihilfeshöhe	47

bb) Ex post Instrumente der Kommissionspraxis zur Abschöpfung von Überkompensationen	47
aaa) Rückführungsmechanismen für ex post Überkompensationen	48
bbb) Rückforderung missbräuchlich angewandter oder formell rechtswidriger Beihilfen	49
cc) Abbau von Überkapazitäten als Abhilfeinstrument	49
II. Instrumente der Kommissionspraxis zur Begrenzung der Beihilfeintensität	51
1. Wettbewerbliche Bedenken gegen die Nutzung von Verbundvorteilen	52
2. Die Betroffenheit von Zweitmärkten - Verbundvorteile und angebotsseitige Kreuzelastizität	55
a) Keine angebotsseitige Substituierbarkeit im Sinne des hypothetischen Monopoltests	57
b) Praktische Defizite des Kriteriums der angebotsseitigen Substituierbarkeit	59
c) Marktabgrenzung und Marktanalyse im EU-Beihilferecht	60
3. Abhilfemaßnahmen nur bei Negativergebnis der Abwägungsprüfung	64
4. Die einzelnen Abhilfeinstrumente der Kommissionspraxis	65
a) Das Angebot geförderter Güter oder Dienstleistungen zu Marktpreisen	66
b) Die Gewährleistung diskriminierungsfreien Zugangs von downstream-Wettbewerbern	68
aa) Das Diskriminierungsverbot in der Infrastrukturförderpraxis der Europäischen Kommission	69
bb) Anforderungen an einen diskriminierungsfreien Zugang	69

aaa) Diskriminierungsfreier Zugang zu der Breitbandvorleistungsebene	71
bbb) Diskriminierungsfreier Zugang zu Flughafeninfrastrukturen	71
ccc) Diskriminierungsfreier Zugang im Rahmen der DAWI	72
ddd) Diskriminierungsfreier Zugang zu Forschungsinfrastrukturen	73
eee) Diskriminierungsfreier Zugang im Rahmen der AGVO	73
cc) Die Antizipation von Inputabschottungen in der Infrastrukturförderpraxis der Kommission	74
aaa) Voraussetzungen der partiellen oder vollständigen Inputabschottung	75
(1) Wichtigkeit/Wesentlichkeit von Infrastrukturen	77
(2) Antizipation der Fähigkeit zur Abschottung beihilfegeförderter Infrastrukturen	78
(a) Prämissen der Kompatibilität von Infrastrukturbeihilfen	78
(b) Antizipation der Marktmacht	80
(c) Antizipation der Abhängigkeit	80
bbb) Diskriminierungsfreier Zugang – eine beihilferechtliche Präventivmaßnahme	82
ccc) Effizienzvorteile einer vertikalen Integration	85
ddd) Mindestkostendeckungsbeitrag oder level-playing-field?	86
eee) Übertragbarkeit der Einwände gegen die essential facilities-Doktrin	87
c) Die Begrenzung der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sonderfall der Vorhaltekapazität	88
aa) Insuffizienz der üblichen Abhilfemaßnahmen	90

bb) Begrenzung auf die Nutzung für den Vorhaltezweck als Abhilfemaßnahme	91
cc) Die nachfrageunabhängige Vorhaltekapazität als DAWI	94
dd) Unterschied zur intendierten Quersubventionierung bei Universaldienstleistungen	95
E. Ergebnis des 1. Kapitels	95
2. KAPITEL: QUERSUBVENTIONIERUNGEN UND VERBUNDVORTEILE AUF BEIHILFETATBESTANDSEBENE	97
A. Quersubventionierung aus staatlichen Mitteln	97
I. Das konstitutive Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit	98
1. Das Erfordernis der Belastung des mitgliedstaatlichen Haushaltes	99
2. Erforderlichkeit der Referenzbildung zur Bestimmung von Belastungsverminderungen	100
a) Keine Berücksichtigung hypothetischer Einnahmen	101
b) Mit der wirtschaftlichen Tätigkeit ökonomisch-tatsächlich verbundene Belastungen	102
c) Staatliche Mittel öffentlicher Unternehmen	103
d) Anormale oder unregelmäßige Belastung auch bei öffentlichen Unternehmen erforderlich	105
3. Das Erfordernis der kontrollierenden Einflussnahme des Mitgliedstaates im Maßnahmeneinzelfall	105
a) Materielle Vermutung der Kontrollausübung bei öffentlichen Unternehmen	107
b) Bezugsobjekt der Kontrollausübung	109
c) Darstellung am Beispiel der Breitbandmitverlegung	109

II. Kritik an der extensiven Qualifizierung der Mittel öffentlicher Unternehmen als staatlich	110
1. Restitutionsrisiken aufgrund des Durchführungsverbots	112
2. Teleologische Reduktion des Beihilfetatbestandes	115
B. Selektive Begünstigung zugunsten eines Unternehmens oder Produktionszweiges	119
I. Grundsätzliche Geltung des EU-wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriffs	120
II. Getrennte Betrachtung von Unternehmen einer Unternehmensgruppe	122
1. Keine getrennte Betrachtung innerhalb von wirtschaftlichen Einheiten	123
2. Auch nach Kommissionspraxis keine „Janusköpfigkeit“	124
3. Abgrenzung von der Bildung wirtschaftlicher Einheiten bei wirtschaftlicher Kontinuität	125
III. Keine getrennte Betrachtung nur aufgrund ausschließlicher oder besonderer Rechte	127
IV. Keine getrennte Betrachtung innerhalb eines Einzelunternehmens	128
1. Begünstigungstransfer zwischen Tätigkeiten nach Unionsrechtsprechung	129
2. Kommissionspraxis	130
3. Getrennte Betrachtung innerhalb eines Rechtsträgers bei organisatorischer Trennung?	131
a) Abgrenzung zwischen bestehenden und neuen Beihilfen	132
b) Entfallen des Bestandsschutzes	132
c) Primärrechtsgrundsatz der Rechtssicherheit i. V. m. Artikel 17 VO (EU) 2015/1589	134

C. Die EU-beihilfetatbestandliche Begünstigung durch Quersubventionierung	135
I. Das Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten	136
II. Der Privatinvestortest und seine Unterformen	137
1. Der beihilfetatbestandliche Ermessensspielraum bezüglich der Begünstigung	139
2. Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe – Notion of State aid	140
a) Grundsätzlicher Vorrang empirischer Marktdaten vor Benchmarkingmethoden	140
b) Kein Vorrang aber Vermutung der Marktüblichkeit nach Unionsrechtsprechung	141
c) Beteiligung besonderer Wirtschaftsbeteiligter	142
aa) Nachweis der Ausrichtung an der langfristigen (Konzern-) Rentabilität	144
bb) Langfristiger (Konzern-) Rentabilitätshorizont in der Notion of State aid	145
cc) Langfristiger (Konzern-) Rentabilitätshorizont in der Kommissionspraxis	146
dd) Qualifizierung als Investitionsmaßnahme	147
aaa) Tätigkeit als Kapitalgeber	149
bbb) Instrumente zur Bestimmung der angemessenen Rendite in der Kommissionspraxis	150
3. Grundsätzliche Marktunüblichkeit von Betriebskostenentlastungen	151
a) Die Definition der Betriebsbeihilfe	153
b) Negative Definition der Regionalbeihilfen und AGVO	154
4. Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen	155

a) Sektorübergreifender Anwendungsbereich	155
b) Abweichung von den Grundsätzen der wirtschaftlichen Einheit	156
III. Güter- oder Dienstleistungstransaktionen zu marktunüblichen Vorzugsbedingungen	156
1. Der Marktpreis als Referenz für die normale Gegenleistung	158
2. Vorrang empirischer Marktdaten in der Kommissionspraxis	158
3. Keine Ausnahme vom Vorrang des Marktpreises durch Chronopost-Entscheidung	159
IV. Der EU-beihilferechtliche Fremdvergleichsgrundsatz	161
1. Der Fremdvergleichsgrundsatz des OECD-MA	162
a) Getrennte Unternehmensbetrachtung – separate entity approach	163
b) Grenzen der Referenzwirkung des OECD-MA	164
c) Die dreistufige Vergleichsprüfung des Gerichtshofs der EU bei Abgabenbefreiungen	164
2. Die Beschlüsse zu aggressiven Steuerplanungspraktiken („tax rulings“)	166
3. Diskussion des Fremdvergleichsgrundsatzes	167
a) Fehlen des Interessengegensatzes der Marktmechanismen	168
b) Integrationsbedingte Synergieeffekte und Skalenvorteile	168
c) Unvollkommenheit der Märkte - Opportunitätskostenansatz	169
d) Differenzierung zwischen Referenzbildung und wirtschaftlicher Rechtfertigung	170
e) Beihilferechtsspezifische Transaktionskosten des Fremdvergleichsgrundsatzes	172
f) Transaktionskosten und Restitutionsrisiken des Privatkreditortests	173
g) De-Minimis-Verordnung	174

h) Einheitliche Betrachtung – kein geeignetes Alternativkonzept im EU-Beihilferecht	175
i) Kein Maßstab eines marktüblichen Quersubventionierers	177
4. Langfristig rentable Güter- oder Dienstleistungstransaktionen unterhalb des Marktpreises	179
a) Die investierende Güter- oder Dienstleistungstransaktion	179
aa) Mitgliedstaat als Verkäufer und Privatisierer	181
bb) Wirtschaftliche Kontinuität	182
b) Rabattierung als Bestandteil einer langfristigen Rentabilitätsstrategie	183
V. Zwischenergebnis	184
VI. Das Fehlen empirischer Marktdaten und von Vergleichsmaßstäben	185
1. Sektorspezifische Verzerrungen und Abwesenheit von Vergleichspreisen	186
2. Der kostenorientierte Gesamtkostenansatz des Chronopost-Urteils	187
a) Sektorübergreifende Heranziehung der tatsächlichen Kosten eines Monopolunternehmens	189
b) Simulierung hypothetischer Marktbedingungen auf Grundlage tatsächlicher Kosten?	190
c) Kommissionsermessensspielraum umfasst Kostendeckung unterhalb der Gesamtkosten	192
d) Verdrängung der Chronopost-Formel durch sektorspezifische Regulierung	193
aa) Kollision von EU-Beihilferecht und Regulierungsrecht?	194
bb) Regulierungstätigkeit der Bundesnetzagentur	195
cc) Vorleistungspreise in den Breitbandleitlinien	197

dd) Übertragung auf das Beispiel terrestrischer Breitbandmitverlegung	198
3. Herleitung des Gesamtkostenmaßstabes	200
4. Kritik an dem Erfordernis der Gemeinkostentragung	202
a) Die Übertragbarkeit der AKZO-Formel oder des as-efficient-Competitor-Tests	204
aa) Abgrenzung zu Kostenmaßstäben der Missbrauchs- kontrolle	204
bb) Grundsatz der „EU-beihilferechtlichen Kostenver- innerlichung“	205
cc) Geringe Kostentragung aufgrund der Ausrichtung an langfristiger Rentabilität	208
b) LRAIC	209
aa) Beispiel der Breitbandmitverlegung	210
bb) LRAIC de lege ferenda	211
c) Wettbewerbsvorteil trotz anteiliger Gemeinkostenallokation	214
aa) Grenzen des EU-Beihilfeverbots	216
bb) Symmetrische Regulierung in Richtlinie 2014/61/EU	217
cc) Im Vertikalverhältnis Kombination aus diskriminierungs- freiem Zugang und LRAIC	218
dd) Der diskriminierungsfreie Zugang zu Input	219
aaa) Der Zugangsanspruch nach der essential facilities- Doktrin	220
bbb) Kein unmittelbarer Zugangsanspruch von Wettbe- werbern aus EU-Beihilferecht	221
ccc) Mittelbare Zugangsregulierung durch Kompatibilitätsanforderungen	222
d) Ergebnis des Abschnitts VI.	222

3. KAPITEL: DIE EU-BEIHILFERECHTLICHE KOLLATERALZUGANGSREGULIERUNG	224
A. Die Nutzung öffentlicher Infrastrukturen oder Ressourcen	224
I. Ausweitung der EU-Beihilfekontrolle auf „kommerziell“ betriebene Infrastrukturen	225
II. EU-beihilferechtliche Vertikalbetrachtung nach der Leipzig-Halle- Rechtsprechung	226
III. Keine Gleichstellung von Öffentlichkeit und Allgemein- verfügbarkeit	228
IV. Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten	230
1. Nichtwirtschaftlich und wirtschaftlich tätige Unternehmen	232
2. Schwerpunkttheorie am Beispiel der Sportinfrastruktur	233
B. Begünstigungs- und Wettbewerbsverzerrungspotenzial durch bevorzugte Nutzung	234
C. Die kollaterale Zugangsregulierung öffentlicher Infrastrukturen und Ressourcen	235
I. Diskriminierungsfreiheit als konstitutive Voraussetzung mitgliedstaatlicher Regulierungstätigkeit	236
1. Das Eventech-Urteil	237
2. Bouygues Télécom / Kommission	238
3. Abgrenzung wirtschaftspolitischer Autonomieausübung und selektiver Beihilfegewährung	239
II. Diskriminierungsfreie Auswahlkriterien – ein Widerspruch?	241
III. Regulierungstätigkeiten öffentlicher Unternehmen	243
1. Kommissionsverständnis	244
2. Übertragung auf die Errichtung und Nutzung von Leerrohren	245
3. Übertragbarkeit auf Breitbandmitverlegung	246

D. Ergebnis des 3. Kapitels	247
4. KAPITEL: QUERSUBVENTIONIERUNGEN INNERHALB EINES RECHTSTRÄGERS ODER EINER WIRTSCHAFTLICHEN EINHEIT	249
A. Nettokostendeckung nichtwirtschaftlicher Tätigkeit	250
B. Die zweite kumulative Voraussetzung der getrennten Buchführung	252
I. Die dienende und entflechtende Funktion der getrennten Buchführung	253
II. Beispiel der Forschungsinfrastruktur	254
III. DAWI-Freistellungsbeschluss	256
C. Gesamtkostenmaßstab in Unternehmensgruppen die mit DAWI betraut sind	256
D. Fehlende Transaktionsbezogenheit echter Gemeinkosten und das <i>Pool-Konzept</i> des Konzernsteuerrechts	257
I. Bewertung des Gemeinkostenpools nach dem OECD-MA	258
II. Übertragung des Pool-Konzeptes auf das EU-Beihilferecht	259
E. Ergebnis des 4. Kapitels	260
5. KAPITEL: ZUSAMMENFASSUNG	262
A. Instrumente zur Verhinderung von Quersubventionen auf Kompatibilitätsebene	262
I. Ex ante und ex post Verhinderung von Überkompensationen	263
II. Entflechtung und die dienende Funktion der getrennten Buchführung	264
B. Berücksichtigung von Zweitmärkten auf Kompatibilitätsebene	265

I. Verbundvorteile und angebotsseitige Kreuzelastizität als Indikatoren für Betroffenheit	265
II. Mitigation von Wettbewerbsverfälschungen – Abhilfeinstrumente bei Negativergebnis	266
1. Angebot von Gütern oder Dienstleistungen zu Marktpreisen	266
2. Abbau von Überkapazitäten und Begrenzung der wirtschaftlichen Tätigkeit	267
III. Die mittelbare beihilferechtliche Zugangsregulierung	267
1. Anforderungen an den diskriminierungsfreien Zugang	268
2. Antizipation einer möglichen Inputabschottung	268
3. Diskriminierungsfreier Zugang – eine im Einzelfall überschießende Präventivmaßnahme	269
C. Die kollaterale Zugangsregulierung – die zweite Säule der beihilferechtlichen Zugangsregulierung	270
D. Getrennte Betrachtung von wirtschaftlichen Einheiten in Unternehmensgruppen	271
E. Keine getrennte Betrachtung innerhalb von wirtschaftlichen Einheiten und Einzelunternehmen	272
F. Zurechenbarkeit mittelbarer Quersubventionierung zum Mitgliedstaat	273
G. Begünstigungstransfer innerhalb von wirtschaftlichen Einheiten und Einzelunternehmen	274
I. Keine Quersubventionierung bei getrennter Buchführung und Gesamtkostendeckung	274
II. Anteilige Gemeinkostentragung im Unternehmen aufgrund von Gemeinkostenpool	275

H. Der beihilferechtliche Fremdvergleichsgrundsatz	275
I. Die zweistufige beihilferechtliche Vergleichbarkeitsanalyse	276
II. Einmalige Güter- oder Dienstleistungstransaktionen	277
III. Gesamtkostentragung und beihilferechtlicher Grundsatz der Kostenverinnerlichung	278
IV. LRAIC de lege ferenda	279
V. Grenzen des Beihilfeverbots bei Erfassung von Wettbewerbsverfälschungen	280
VI. Die ergänzende Funktion der beihilferechtlichen Zugangsregulierung	281