



---

**Ausarbeitung**

---

**Beihilferechtliche Bewertung landesrechtlicher Kompensationszahlungen an Kommunen im Zusammenhang mit der Förderung des Breitbandausbaus aus Bundesmitteln**

## **Beihilferechtliche Bewertung landesrechtlicher Kompensationszahlungen an Kommunen im Zusammenhang mit der Förderung des Breitbandausbaus aus Bundesmitteln**

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 141/18  
Abschluss der Arbeit: 19.10.2018  
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

---

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen. Diese Ausarbeitung dient lediglich der bundestagsinternen Unterrichtung, von einer Weiterleitung an externe Stellen ist abzusehen.

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Fragestellung</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Überblick über das EU-Beihilferecht</b>	<b>4</b>
2.1.	Materielles EU-Beihilferecht	4
2.2.	EU-Beihilfeverfahren	5
2.2.1.	Vorabnotifizierung und Beihilfeverfahren	5
2.2.2.	Freistellung von der Notifizierung und ex-post-Kontrolle	6
<b>3.</b>	<b>Beihilferelevanz landesrechtlicher Kompensationszahlungen im Zusammenhang mit der Bundesförderung des Breitbandausbaus</b>	<b>7</b>
3.1.	Beihilferechtliche Einordnung der Förderrichtlinie	7
3.2.	Beihilferelevanz der Kompensationszahlungen	8
3.2.1.	Beihilfeelemente nach Kommissionsbeschluss	8
3.2.2.	Kommunen als Zuwendungsempfänger	9
3.2.3.	Kompensationszahlungen	10
3.2.4.	Zwischenergebnis	10
3.3.	Beihilferechtliche Konsequenzen einer Abweichung von den Förderrichtlinienvorgaben	10
3.4.	Ergebnis	11

## 1. Fragestellung

Der Fachbereich Europa wird um eine EU-beihilferechtliche Bewertung von Zahlungen des Landes Sachsen an seine Kommunen im Zusammenhang mit der Förderung des Breitbandausbaus ersucht.

Grundlage der Förderung ist die Richtlinie des Bundes „*Förderung zur Unterstützung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik Deutschland*“ (im Folgenden: Förderrichtlinie).<sup>1</sup> Diese sieht u. a. vor, dass die Kommunen grundsätzlich über einen Eigenanteil von 10 % der zuwendungsfähigen Ausgaben verfügen müssen, um Fördermittel des Bundes auf Grundlage der Förderrichtlinie zu erhalten.<sup>2</sup>

Nach Auskunft des Auftraggebers plant das Land Sachsen diesen Eigenanteil der Kommunen durch nachgelagerte Kompensationszahlungen zu ersetzen.<sup>3</sup> Gefragt wird, ob diese Kompensationszahlungen gegen das EU-Beihilferecht verstoßen.

Im Folgenden wird zunächst ein kurzer Überblick über das EU-Beihilferecht gegeben (2.). Im Anschluss daran wird die Beihilferelevanz der Kompensationszahlungen betrachtet (3.).

## 2. Überblick über das EU-Beihilferecht

Das EU-Beihilferecht lässt sich in materielle (2.1.) und formal-verfahrensrechtliche Bestimmungen (2.2.) aufteilen.

### 2.1. Materielles EU-Beihilferecht

Den materiellen Kern des EU-Beihilferechts bildet das an die Mitgliedstaaten gerichtete grundsätzliche Verbot staatlicher Beihilfen. Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV 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 den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Diesem Normtext werden mehrere Merkmale entnommen, die kumulativ erfüllt sein müssen, um von dem Vorliegen einer Beihilfe ausgehen zu können: Neben der aus staatlichen Mitteln gewährten Begünstigung an Unternehmen gehören hierzu die Selektivität (Begünstigung nur be-

---

<sup>1</sup> [Bekanntmachung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 22.10.2015, in der Fassung der 1. Novelle vom 3.07.2018.](#)

<sup>2</sup> Vgl. Pkt. 6.6. der Förderrichtlinie (Fn. 1).

<sup>3</sup> Nur der Vollständigkeit halber wird darauf verwiesen, dass die Förderrichtlinie (Fn.1) in Pkt. 6.6. selbst zwei Konstellationen vorsieht, in denen das Land den Eigenmittelanteil der Kommunen übernehmen kann. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass die hier relevanten Kompensationszahlungen davon nicht erfasst werden bzw. über die beiden geregelten Konstellationen hinausgehen.

stimmter Unternehmen oder Produktionszweige), die Wettbewerbsverfälschung und die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.<sup>4</sup> Fehlt es nur an einem der Merkmale, so liegt keine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV vor und das EU-Beihilferecht findet keine Anwendung.<sup>5</sup>

Sind die Merkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV hingegen erfüllt, so ist dies nicht gleichbedeutend mit einer Unionsrechtswidrigkeit der betreffenden nationalen Maßnahme. Denn das in dieser Vertragsvorschrift geregelte Beihilfeverbot gilt nicht absolut, sondern nur insoweit, als in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist. Zu diesen „anderen Bestimmungen“ zählt vor allem Art. 107 Abs. 3 AEUV und die dort aufgeführten Fallgruppen.<sup>6</sup> Danach können Beihilfen unter bestimmten Voraussetzungen als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen und insoweit gerechtfertigt bzw. als unionsrechtlich zulässig angesehen werden.

## 2.2. EU-Beihilfeverfahren

Der Vollzug des EU-Beihilferechts obliegt auf Grundlage von Art. 108 AEUV vor allem der Kommission.<sup>7</sup> In verfahrenstechnischer Hinsicht sind dabei zwei Ansätze zu unterscheiden: eine primärrechtlich vorgesehene ex-ante-Prüfung (siehe unter 2.2.1.) und eine sekundärrechtlich geprägte ex-post-Kontrolle (siehe unter 2.2.2.).

### 2.2.1. Vorabnotifizierung und Beihilfeverfahren

Nach Art. 108 Abs. 2 und 3 AEUV sowie der sekundärrechtlichen Konkretisierung dieser Bestimmungen in Gestalt der Beihilfenverfahrensordnung (Beihilfe-VerfO)<sup>8</sup> können mitgliedstaatliche Vorhaben zum einen vorab (präventiv) überprüft werden. Verfahrensrechtlicher Ausgangspunkt ist hierbei die Pflicht der Mitgliedstaaten, Beihilfen vor ihrer Einführung bei der Kommission anzumelden (Notifizierungspflicht, vgl. Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV<sup>9</sup>). Diese prüft sodann, ob eine

---

<sup>4</sup> Siehe zu den einzelnen Merkmalen und der dazu ergangenen Rechtsprechung die sog. Beihilfemitteilung der Kommission: [Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union](#), ABl.EU 2016 Nr. C 262/1 (letztmaliger Abruf unter 22.10.18). In dieser Mitteilung erläutert die Kommission unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH die einzelnen Merkmale des Beihilfetatbestandes.

<sup>5</sup> Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 24.07.2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans), Rn. 74, mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

<sup>6</sup> Weitere primärrechtliche Vorschriften in diesem Zusammenhang sind Art. 107 Abs. 2 AEUV (zwingende Legalausnahmen) oder Art. 106 Abs. 2 AEUV für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben.

<sup>7</sup> Zu den wenigen, zum Teil auf Ausnahmesituationen beschränkten Kompetenzen des Rates im EU-Beihilferecht nach Art. 107 Abs. 3 lit. e, Art. 108 Abs. 2 UAbs. 3 sowie Art. 109 AEUV, vgl. allgemein, Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3: Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 1224 ff.

<sup>8</sup> [Verordnung \(EU\) Nr. 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 AEUV](#), ABl.EU 2015 Nr. L 248/9 (letztmaliger Abruf am 22.10.18).

<sup>9</sup> Vgl. auch Art. 2 Abs. 1 Beihilfe-VerfO (Fn. 8).

Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt und – wenn das der Fall ist – ob sie insbesondere nach Art. 107 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt werden kann.<sup>10</sup> Erst im Anschluss hieran darf der betreffende Mitgliedstaat die Beihilfe gewähren (sog. Durchführungsverbot, vgl. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV<sup>11</sup>).

Von hoher praktischer Bedeutung sind an dieser Stelle zahlreiche Sekundärrechtsakte, in denen die Kommission einerseits ihre Ermessenspraxis u. a. zur Auslegung des Art. 107 Abs. 3 AEUV und andererseits die beihilferechtliche Rechtsprechung der Unionsgerichte zum Beihilfetatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV verschriftlicht hat, um die Rechtssicherheit (Vorhersehbarkeit) und Transparenz ihres Entscheidungsprozesses zu erhöhen.<sup>12</sup> Zu diesen Rechtsakten gehören überwiegend nicht verbindliche Maßnahmen, die – ähnlich wie nationale Verwaltungsvorschriften – zumindest eine Selbstbindung der Kommission begründen.<sup>13</sup> Diese nichtverbindlichen Maßnahmen werden in Form von (zum Teil bereichsspezifischen) Leitlinien, Unionsrahmen und Mitteilungen<sup>14</sup> erlassen.

Zu erwähnen ist für die tatbestandliche Seite des Art. 107 Abs. 1 AEUV die 2016 erlassene sog. Beihilfemitteilung, in welcher die Kommission den Beihilfetatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV anhand der bisherigen Rechtsprechung erläutert.<sup>15</sup> Im Hinblick auf die Rechtfertigungsebene ist im vorliegenden Kontext auf die sog. Breitbandleitlinien<sup>16</sup> zu verweisen.

Beziehen sich die unverbindlichen Vorschriften auf die Rechtfertigungstatbestände etwa des Art. 107 Abs. 3 AEUV, gewährleistet die Einhaltung der in den Vorschriften enthaltenen Vorgaben in der Regel einen positiven Ausgang des Beihilfeverfahrens.

#### 2.2.2. Freistellung von der Notifizierung und ex-post-Kontrolle

Neben der primärrechtlich vorgegebenen (präventiven) ex-ante Kontrolle eröffnet das Primärrecht die Möglichkeit, Beihilfen auch ohne vorherige Anmeldung und Kommissionsüberprüfung zu gewähren, soweit bestimmte vorab bekannte materielle und formale Anforderungen eingehalten

---

<sup>10</sup> Vgl. auch Art. 4, 6, 7 Beihilfe-VerfO (Fn. 8).

<sup>11</sup> Vgl. auch Art. 3 Beihilfe-VerfO (Fn. 8).

<sup>12</sup> *Cremer*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV, Rn. 4.

<sup>13</sup> Vgl. bspw. EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-288/96 (Deutschland/Deutschland), Rn. 62; EuGH, Urt. v. 7.03.2002, Rs. C-310/99 (Italien/Kommission), Rn. 52.

<sup>14</sup> Ein Gesamtüberblick über die verschiedenen Rechtsakte findet sich auf den [Seiten der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission](#) (Stand vom 15.04.2014, letztmaliger Abruf am 22.10.18). Zur Frage der Rechtsverbindlichkeit der ermessenskonkretisierenden Kommissionsakte, vgl. *Frenz* (Fn. 7), Rn. 747 ff.

<sup>15</sup> Siehe oben Fn. 4.

<sup>16</sup> [Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau](#), Mitteilung der Kommission, ABl.EU 2013 Nr. C 25/1 (letztmaliger Abruf am 22.10.18).

werden.<sup>17</sup> Diese Anforderungen ergeben sich v. a. aus sog. Freistellungsverordnungen, die die Kommission u. a. auf Grundlage von Art. 108 Abs. 4 AEUV in Verbindung mit einer sie dazu ermächtigenden Verordnung des Rates im Sinne des Art. 109 AEUV erlassen kann.<sup>18</sup> Bei Einhaltung der jeweiligen Vorgaben werden die Mitgliedstaaten von der Pflicht zur (vorherigen) Notifizierung des Beihilfevorhabens und seiner Vorab-Kontrolle nach Art. 108 Abs. 2 und 3 AEUV freigestellt. Die Kommission kann die ihr gleichwohl anzuzeigende Gewährung solcher Beihilfen jedoch nachträglich kontrollieren.

### **3. Beihilferelevanz landesrechtlicher Kompensationszahlungen im Zusammenhang mit der Bundesförderung des Breitbandausbaus**

Im Folgenden ist zunächst die Förderrichtlinie beihilferechtlich einzuordnen (3.1.). Sodann ist die Beihilferelevanz der Kompensationszahlungen zu betrachten (3.2.). Anschließend wird erörtert, ob und ggf. welche Konsequenzen ein in den Kompensationszahlungen liegendes Abweichen von den Förderrichtlinienvorgaben in beihilferechtlicher Hinsicht nach sich zieht (3.3.).

#### **3.1. Beihilferechtliche Einordnung der Förderrichtlinie**

Die Förderrichtlinie basiert ausweislich ihres Pkt. 2.1. auf der Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung (NGA-RR).<sup>19</sup>

Ausweislich ihres § 1 Abs. 1 NGA-RR stellt diese Bundesmaßnahme „*die beihilferechtliche Grundlage für die Gewährung einer Beihilfe für die Errichtung und den (anschließenden) Betrieb von NGA-Netzen*“ im Sinne der EU-Breitbandleitlinien<sup>20</sup> dar. Die §§ 1 bis 8 NGA-RR enthalten Vorgaben u. a. zu den Formen der Förderung, den Zielgebieten, dem Gegenstand und dem Umfang der Beihilfe sowie den Begünstigten etc.

Die Rahmenregelung wurde der Kommission nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV notifiziert und durch Beschluss vom 15. Juni 2015 genehmigt.<sup>21</sup>

Bei der Förderrichtlinie dürfte es sich um die förderrechtliche Umsetzung der Vorgaben der NGA-RR handeln, auf deren Grundlage dann (erst) Förderungen im Einzelfall vergeben werden

---

<sup>17</sup> Dieser Bereich des Beihilferechts wurde im Zuge der 2014 durchgeführten Beihilferechtsreform („State Aid Modernisation“) ausgebaut, vgl. *Soltész*, Das neue europäische Beihilferecht, NJW 2014, S. 3128 (3130).

<sup>18</sup> Bei der Verordnung des Rates auf Grundlage von Art. 109 AEUV handelt es sich um die [Verordnung \(EU\) 2015/1588 des Rates vom 13. Juli 2015 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen](#), ABl.EU 2015 Nr. L 248/1, (letztmaliger Abruf am 22.10.18).

<sup>19</sup> Abrufbar auf den [Seiten des BMVI](#) (letztmaliger Abruf am 22.10.18).

<sup>20</sup> Siehe oben Fn. 16.

<sup>21</sup> [Beschluss der Kommission vom 15.06.2015 – Staatliche Beihilfe SA.38348 \(2014/N\) – Deutschland](#): Ausbau einer flächendeckenden NGA-Breitbandversorgung in Deutschland (letztmaliger Abruf am 22.10.18).

können. Die in der NGA-RR enthaltenen Vorgaben werden dort aufgegriffen und um Regelungen zur innerstaatlichen Umsetzung bzw. Durchführung des Beihilfevorhabens ergänzt.

Ohne im Einzelnen einen vollständigen Abgleich zwischen der NGA-RR, der Förderrichtlinie und dem Kommissionsbeschluss zur NGA-RR vorgenommen zu haben, wird im Folgenden davon ausgegangen, dass die Förderrichtlinie den beihilferechtlichen Vorgaben der NGA-RR und dem darauf bezogenen Kommissionsbeschluss entspricht und daher als EU-beihilferechtlich zulässige innerstaatliche Maßnahme im Sinne einer Beihilferegelung<sup>22</sup> anzusehen ist.

### 3.2. Beihilferelevanz der Kompensationszahlungen

Um die Beihilferelevanz der Kompensationszahlungen zu ermitteln, ist zunächst kurz auf die durch die Kommission in ihrem Beschluss identifizierten Beihilfeelemente des NGG-RR-Vorhabens einzugehen (3.2.1.). Anschließend ist die Rolle der Kommunen als Zuwendungsempfänger nach der Förderrichtlinie zu erörtern (3.2.2.), bevor abschließend die Kompensationszahlungen betrachtet werden (3.2.2.).

#### 3.2.1. Beihilfeelemente nach Kommissionsbeschluss

Als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV werden nach dem Kommissionsbeschluss sowie der ihm zugrunde liegenden NGA-RR u. a. die folgenden Fördermaßnahmen identifiziert: die sog. Wirtschaftslückenförderung, die Zurverfügungstellung sog. passiver Infrastruktur und die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Tiefbauleistungen durch Kommunen.<sup>23</sup> Als hierdurch beihilferechtlich begünstigte Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV werden v. a. Betreiber von Breitbandnetzen ausgemacht.<sup>24</sup> Diese finden sich dann auch in der Förderrichtlinie als Begünstigte wieder (vgl. Pkt. 4.2).<sup>25</sup>

Die Kommunen als solche werden im Kommissionsbeschluss und der NGA-RR dagegen lediglich als Quelle der staatlichen Mittel ausgemacht, aus denen diese Fördermaßnahmen finanziert werden. Im Kommissionsbeschluss ist insoweit von „*Finanzierungsmaßnahmen deutscher Landes-*

---

<sup>22</sup> Nach der Legaldefinition in Art. 1 Buchst. d Beihilfe-VerfO (Fn. 8) sind Beihilferegelungen „*Regelung, wonach Unternehmen, die in der Regelung in einer allgemeinen und abstrakten Weise definiert werden, ohne nähere Durchführungsmaßnahmen Einzelbeihilfen gewährt werden können [...]*.“

<sup>23</sup> Vgl. Kommissionsbeschlusses (Fn. 21), Rn. 48 in Verbindung mit Rn. 5; § 3 Abs. 1 NGA-RR (Fn. 19).

<sup>24</sup> Vgl. Kommissionsbeschlusses (Fn. 21), Rn. 48 in Verbindung mit Rn. 5; § 3 Abs. 3 NGA-RR (Fn. 19). Daneben erfassen beide Akte auch noch „*reine Anbieter von Breitbandinfrastrukturen sein, die nicht selbst das entstehende Netz betreiben*“, vgl. § 3 Abs. 3 NGA-RR (Fn. 19); Kommissionsbeschlusses (Fn. 21), Rn. 48 in Verbindung mit Rn. 5.

<sup>25</sup> Nach telefonischer Auskunft aus dem BMVI wird die in der NGA-RR und dem Kommissionsbeschluss vorgesehene Begünstigtenkategorie der reinen Anbieter von Breitbandinfrastruktur (vgl. Fn. 24) von dem Betreiberbegriff der Förderrichtlinie erfasst.

und Kommunalbehörden, bei denen von diesen Behörden kontrollierte öffentliche Mittel mit einem gewissen Ermessen den Begünstigten zugewiesen werden“, die Rede,<sup>26</sup> in der NGA-RR wird allgemein von der „öffentlichen Hand“ gesprochen.<sup>27</sup>

Somit liegen Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV nach der Konzeption der NGA-RR und des darauf bezogenen Kommissionsbeschlusses allein im Verhältnis zu den Betreibern von Breitbandnetzen entsprechender Infrastrukturen vor, nicht aber im Verhältnis zu den Kommunen.

### 3.2.2. Kommunen als Zuwendungsempfänger

Dass auch die Kommunen Adressaten einer finanziellen Förderung in diesem Zusammenhang sein können, ergibt sich erst aus der Förderrichtlinie, die die Kommunen unter Pkt. 4.1 als „Zuwendungsempfänger“ ausweist. Die den Kommunen danach zustehende Förderung umfasst nach Pkt. 3.2 die Ausgaben für die „Ausstattung von Leerrohren mit unbeschaltetem Glasfaserkabel und/oder die Ausführung von Tiefbauleistungen mit oder ohne Verlegung von Leerrohren sowie die Bereitstellung von Schächten, Verzweigern und Abschlusseinrichtungen [...] und/oder die Mitverlegung von Leerrohren bei anderweitig geplanten Erdarbeiten (mit oder ohne Kabel) [...]“.<sup>28</sup>

Diese Zuwendungen an die Kommunen stellen keine Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Denn die Kommunen erhalten sie nach der Konzeption sowohl der Förderrichtlinie als auch der genehmigten NGA-RR nicht als Unternehmen im Sinne des Beihilfe- und EU-Wettbewerbsrechts, also als wirtschaftlich tätige Einheiten, die Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt anbieten.<sup>29</sup> Sie erhalten die Zuwendung vielmehr in ihrer Funktion als öffentliche Hand,<sup>30</sup> zu deren hoheitlichen Aufgaben auch die Gewährleistung eines ausreichenden Breitbandausbaus gehört.<sup>31</sup> Die aus den Bundeszuwendungen finanzierte Herstellung der passiven Infrastruktur dient nämlich nicht den Kommunen als deren späteren Betreibern, sondern ist „zur Nutzung durch privatwirtschaftliche Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze für die Errichtung und Betrieb einer Breitbandstruktur“ bestimmt.<sup>32</sup> Die Zuwendungen des Bundes unterstützen die Kommunen somit lediglich bei der Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben, nicht aber in einer – in beihilferechtlicher Hinsicht allein maßgeblichen – unternehmensrelevanten Tätigkeit. Diese üben in einem solchen Fall allein die Betreiber von Breitbandnetzen aus, die diese passive Infrastruktur

---

<sup>26</sup> Kommissionsbeschlusses (Fn. 21), Rn. 48.

<sup>27</sup> § 2 Abs. 1 sowie § 3 Abs. 1 Buchst. b NGA-RR (Fn. 19).

<sup>28</sup> Vgl. Pkt. 3.2 der Förderrichtlinie (Fn. 1).

<sup>29</sup> Siehe Beihilfemitteilung (Fn. 4), Rn. 7 ff., insb. 7 und 12.

<sup>30</sup> Siehe Beihilfemitteilung (Fn. 4), Rn. 17 ff.

<sup>31</sup> Vgl. etwa Art. 2 Abs. 2 [Kommunalverfassung Brandenburg](#) (letztmaliger Abruf am 22.10.18).

<sup>32</sup> Pkt. 3.2 der Förderrichtlinie (Fn. 1); vgl. auch § 3 Abs. 1 Buchst. b NGA-RR (Fn. 19).

anschließend nutzen und so den Beihilfetatbestand begründen.<sup>33</sup> Die Kommunen wirken in dieser Rolle, obgleich selbst Zuwendungsempfänger, somit vielmehr als beihilfegewährende Stellen, auch wenn sie im Ergebnis Nutznießer der Breitbandanbindung sind. Dieser Vorteil ist aus beihilferechtlicher Hinsicht irrelevant.

### 3.2.3. Kompensationszahlungen

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die landesrechtlichen Kompensationszahlungen, die die kommunalen Eigenmittel ersetzen, so fließen die Zahlungen des Landes im vorliegenden Zusammenhang – ebenso wie die Förderung des Bundes – an die Kommunen in ihrer Funktion als öffentliche Hand und nicht als Unternehmen im Sinne des Beihilferechts. Im Kontext des Breitbandausbaus und seiner Förderung sind sie Bestandteil der staatlichen Mittel im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV, die den Betreibern von Breitbandnetzen als beihilferechtlich relevanten Begünstigten zugutekommen. Die Herkunft dieser Mittel, sei es aus Kompensationszahlungen des Landes oder aus dem betreffenden Gemeindehaushalt, ändert daher an ihrer Qualifizierung als staatliche ebenso wenig wie an der Stellung der Betreiber von Breitbandnetzen als deren allein Begünstigte.

### 3.2.4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die landesrechtlichen Kompensationszahlungen zur Ersetzung des kommunalen Eigenanteils als Voraussetzung für den Erhalt der Bundesförderung nicht unter den Beihilfetatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV fallen. Denn die Kommunen als deren Empfänger handeln nicht als Unternehmen im Sinne des EU-Beihilferechts, sondern als öffentliche Hand in Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben. Die Kompensationszahlungen werden lediglich Bestandteil der staatlichen Mittel im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV, aus denen die Beihilfe(n) für die Betreiber von Breitbandnetzen finanziert werden.

## 3.3. Beihilferechtliche Konsequenzen einer Abweichung von den Förderrichtlinienvorgaben

Von beihilferechtlicher Relevanz könnten die Kompensationszahlungen danach allenfalls noch dann sein, wenn die dadurch ersetzten kommunalen Eigenmittel, die in Pkt. 6.6 der Förderrichtlinie vorausgesetzt werden, eine zwingende Bedingungen für das von der Kommission genehmigte Gesamtvorhaben sind. Dies ist jedoch gerade nicht der Fall. Vorgaben zu dieser Frage finden sich in der NGA-RR nicht und sind entsprechend auch nicht Bestandteil des darauf bezogenen Kommissionsbeschlusses.

Das ist auch beihilferechtlich konsequent, da die innerstaatliche Herkunft bzw. Aufteilung der staatlichen Mittel aus Sicht des EU-Beihilferechts nicht von Belang ist.<sup>34</sup> Ist – wie hier – von der Staatlichkeit der Mittel unzweifelhaft auszugehen, dann steht im Fokus des EU-Beihilferechts al-

---

<sup>33</sup> Vgl. § 3 Abs. 1 Buchst. b NGA-RR (Fn. 19).

<sup>34</sup> Vgl. Rn. 48 des Kommissionsbeschlusses (Fn. 21): „Finanzierungsmaßnahmen deutscher Landes- und Kommunalbehörden, bei denen von diesen Behörden kontrollierte öffentliche Mittel mit einem gewissen Ermessen den Begünstigten zugewiesen werden.“

lein die die daraus folgende Begünstigung von Unternehmen und die hierbei einzuhaltenden Bedingungen und Vorgaben, nicht aber, aus welchem Haushalt des Staates oder seiner Untergliederungen die hierfür eingesetzten Mittel fließen.

#### 3.4. Ergebnis

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass landesrechtliche Kompensationszahlungen, die den kommunalen Eigenanteil ersetzen, keinen Verstoß gegen das EU-Beihilferecht begründen. Weder handelt es sich bei den dadurch begünstigten Kommunen in dem hier relevanten Kontext um Unternehmen im Sinne des Beihilferechts, noch gehört die Eigenmittelvoraussetzung als solche zu den beihilferechtlichen Vorgaben des Kommissionsbeschlusses, mit welchem das Fördervorhaben genehmigt wurde, so dass auch die damit einhergehende Abweichung von der Förderrichtlinie beihilferechtlich irrelevant ist.

Eventuelle Rechtsverstöße könnten sich in diesem Zusammenhang allenfalls aus dem nationalen (Förder-)Recht ergeben. Eine darauf bezogene Prüfung war angesichts des nationalen Prüfungsmaßstabs jedoch nicht Gegenstand der Ausarbeitung des Fachbereichs Europa.