

Vortrag

Die kommunale Finanzierung des Breitbandausbaus aus der Perspektive des Wettbewerbs- rechts - Fallstricke und Chancen

Prof. Dr. Sven Leif Erik Johannsen, LL.M.oec.

3. Fachtagung Digitale Verwaltung, 11.04.2024



HOCHSCHULE KEHL
UNIVERSITY OF APPLIED SCIENCES

Verwaltung - Gestalten & Entwickeln

Das Problem:



Startseite > Newsroom

22.11.2023

Nach Haushaltssperre: Erneuter Förderstopp für den Glasfaserausbau Förderung von Fischerbach und Ottenhöfen aber noch gesichert

Nach dem Haushaltsurteil des Bundesverfassungsgerichts hat das Bundesfinanzministerium die für den Klima- und Transformationsfonds verfügte Haushaltssperre an

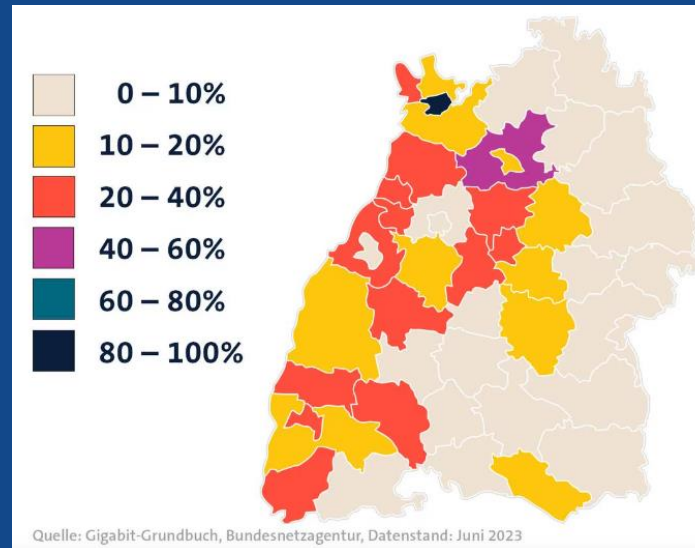


Kein Geld für Breitbandnetz

Länder und Kommunen schreiben Brandbrief

Stand: 23.10.2022 12:35 Uhr

Weil das Budget des Bundes für den Breitbandausbau aufgebraucht ist, haben Länder und Kommunen einen Brandbrief an die Regierung geschrieben. Eine weitere Verzögerung des Ausbaus sei nicht hinnehmbar.



SWR» AKTUELL

BW liegt im Bundesvergleich zurück

Glasfaser kommt in BW langsam voran: Woran es beim Ausbau hapert

Stand: 24.3.2024, 6:46 Uhr

Von Matthias Breiting

Teilen:



Baden-Württemberg liegt beim Glasfaserausbau deutlich unter dem Bundesdurchschnitt. Aber auch innerhalb des Landes sind



HOCHSCHULE KEHL
UNIVERSITY OF APPLIED SCIENCES

Verwaltung - Gestalten & Entwickeln

Das Problem: Die Finanzierung?



Entwicklung	
04/2021	1. Förderaufruf: Gesamtförderquote Bund + Land = 90% für Gebietskörperschaften + Unternehmen in ausschließlich öff. Trägerschaft
10/2022	Förderungsstopp durch BMDV nach Überzeichnung des Fördertopfes
04/2023	2. Förderaufruf: aber mit Einschränkungen: Branchendialoge + Rückerstattung nach Veräußerung binnen 20 J.
12/2023	Förderungsstopp nach Haushaltsurteil des BVerfG
AKTUELL	weitgehende Verschiebung der Ausbauziele (von 2025 auf 2027); neuer Förderaufruf angekündigt

Die Finanzierung?

SÜDKURIER

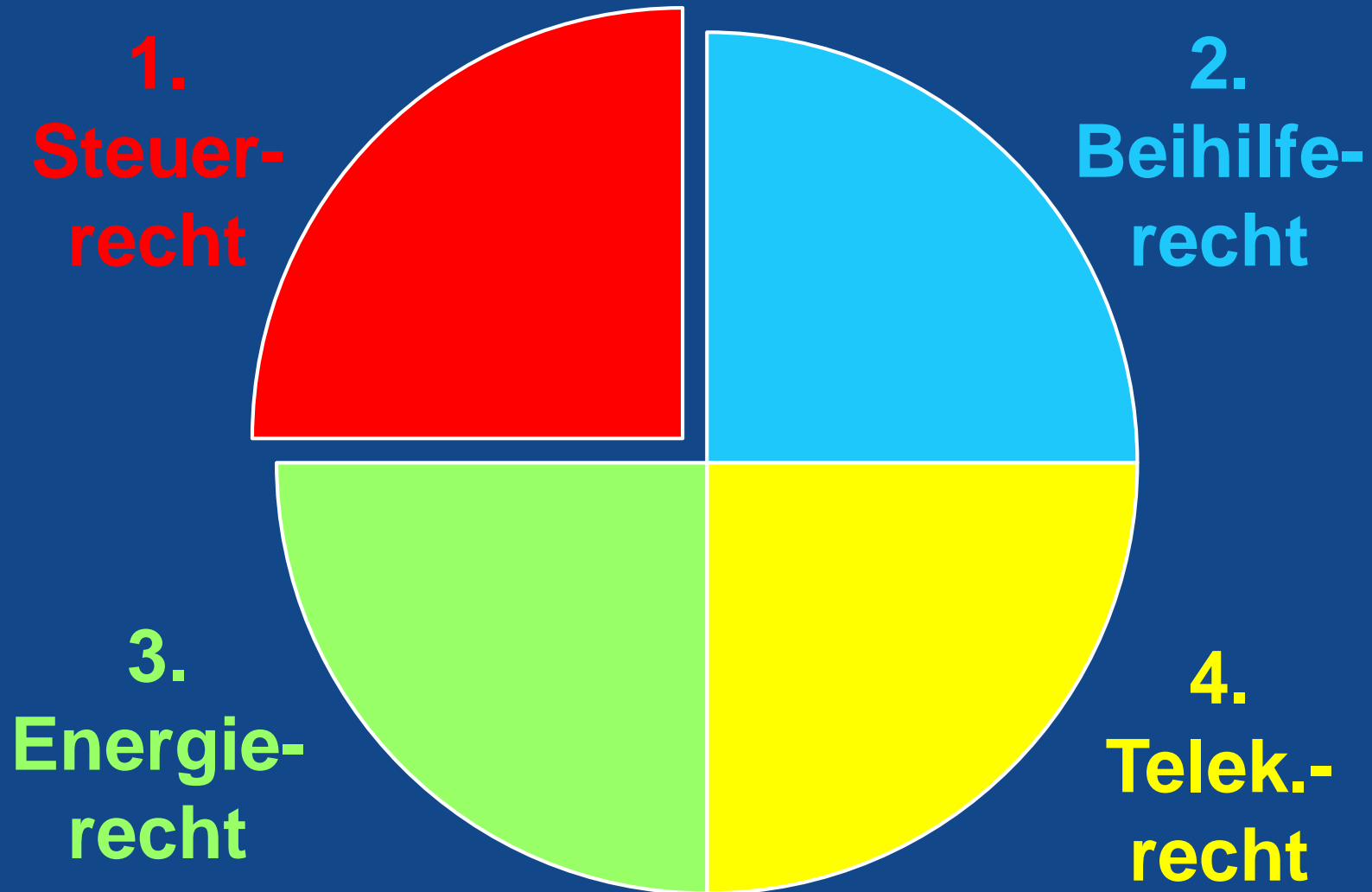
BERMATINGEN 27. Januar 2021, 15:01 Uhr

Eigenbetrieb wird umstrukturiert: Wasserversorgung und Breitbandausbau werden zu einem **Querverbund** zusammengelegt

Es ist zu einer der zukunftserschaffenden Aufgaben der Gemeinde geworden, den Breitbandausbau für schnelles und leistungsfähiges Internet in die eigene Hand zu nehmen, da privatwirtschaftliche Telekommunikationsanbieter in der Regel aus mangelnder Wirtschaftlichkeit kein Interesse für Investitionen im ländlichen Raum an den Tag legen.



Die Finanzierung?



HOCHSCHULE KEHL
UNIVERSITY OF APPLIED SCIENCES

Verwaltung - Gestalten & Entwickeln

1. Steuerrechtliche Grundlagen

- a) Beteiligungsgesellschaft: = eig. Steuersubjekt
- **Grundsatz:** verschiedene gewerbliche Tätigkeiten können miteinander verrechnet werden
 - **Ausnahme:** verdeckte Gewinnausschüttung **vGA?** Gesellschafter veranlasst Vermögensminderung, die sich auf Einkommen auswirkt ohne Ausschüttung
 - **BMF-Schreiben 9.9.19: Glasfaserausbau ≠ Veranlassung**, da „Gesamtkonzept“ mit **Zuwendungen** die „schwarze Null“ anstrebt, **ABER** **→ Risiken**
 - **Umkehrschluss:** Ohne Förderung = vGA (?), welche Auswirkung hat Rückerstattungspflicht seit 2023?
 - BFH-Rspr.: „schwarze Null“ genügt bei wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb ggf. nicht



1. Steuerrechtliche Grundlagen

b) **Eigenbetrieb** → steuerpflichtig §§ 4, 1 I Nr. 6 KStG

- ... betrifft Betrieb & Verpachtung der Infrastruktur
- **Grundsatz:** steuerrechtliche Gewinnermittlung für jeden Betrieb gewerblicher Art (BGA) einzeln →
- **Ausnahme:** Verrechnung nach § 4 VI KStG mit Eigenbetrieben Wasser, Gas, Strom, Fernwärme möglich
- **ABER Problem:** Übertragung des Risikos vGA



HOCHSCHULE KEHL
UNIVERSITY OF APPLIED SCIENCES

Verwaltung - Gestalten & Entwickeln

1. Steuerrechtliche Grundlagen

c) Die Lösung (?) → § 8 VII KStG

Die Rechtsfolgen einer [vGA] [...] sind

1. bei **Betrieben gewerblicher Art** im Sinne des § 4 *nicht bereits deshalb zu ziehen, weil sie ein Dauerverlustgeschäft ausüben*;
2. bei **Kapitalgesellschaften** *nicht bereits deshalb zu ziehen, weil sie ein Dauerverlustgeschäft ausüben*. [...] gilt nur bei Kapitalgesellschaften, bei denen die **Mehrheit der Stimmrechte** unmittelbar oder mittelbar auf **juristische Personen des öffentlichen Rechts** entfällt [...].



HOCHSCHULE KEHL
UNIVERSITY OF APPLIED SCIENCES

Verwaltung - Gestalten & Entwickeln

2. Beihilferecht

Art. 107 I AEUV: „[...] sind **staatliche oder aus staatlichen Mitteln** gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die **Begünstigung bestimmter Unternehmen** [...] den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Staat (Bundesrepublik Deutschland) gewährt aus **seinem Haushalt kommunalen Eigenbetrieben und Beteiligungsgesellschaften** (→ funktioneller Unternehmensbegriff) einen **Steuervorteil**, den private Unternehmen nicht erhalten, soweit diese vGA verwirklichen (Minderung der **Belastung** \triangleq **Begünstigung**) → BFH, 13.3.19, I R 18/19



HOCHSCHULE KEHL
UNIVERSITY OF APPLIED SCIENCES

Verwaltung - Gestalten & Entwickeln

2. Beihilferecht

Keine Wettbewerbsverfälschung, da Verlustgeschäft? (so Kohlhepp in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, § 8 Rn. 829; Weber/Jürschik, EuZW 2020, 233, 236) → **BFH**, Rn. 66:

Wettbewerbsverfälschung mit selektivem Vorteil indiziert

Ausnahme wegen „allgemeinwirtschaftlicher Interessen“ nach Altmark-Rspr./Art. 106 II AEUV? (so Märtens, FS Gosch, 2016, 279, 286 ; Weber/Jürschik, EuZW 2020, 233, 236) → **BFH**, Rn. 55 ff.: keine hinreichende Konkretisierung in § 8 VII KStG auf Daseinsfürsorge

Ausnahme von Beihilferecht nach de-minimis-VO? → **BFH**, Rn. 67: nicht anwendbar, da keine Begrenzung des Betrags in § 8 VII KStG vorgesehen



HOCHSCHULE KEHL
UNIVERSITY OF APPLIED SCIENCES

Verwaltung - Gestalten & Entwickeln

2. Beihilferecht

Risiken:

- Rückforderung der Steuervorteile wegen Verstoß gegen Durchführungsverbot gemäß Art. 108 III AEUV mangels Notifizierung (vgl. BFH, Rn. 68 ff.; a.A. teilw. in Lit.)
- Verjährungsfrist: 10 Jahre (Art. 17 Abs. 1 VO 2015/1589)
- Entgegenstehende nationale Vorschriften finden keine Anwendung (Art. 4 III EUV, vgl. EuGH, 20.3.1997, C-25/95 - Alcan)

Ergebnis:

Finanzierung Glasfaserausbau über Querverbund **ohne Förderung** (Bund/Land) **risikobehaftet**; **Zusätzliche Finanzierung** gem. BMF-Schreiben denkbar, *jedenfalls soweit mehr als „schwarze Null“ angestrebt wird*



HOCHSCHULE KEHL
UNIVERSITY OF APPLIED SCIENCES

Verwaltung - Gestalten & Entwickeln

3. Energiewirtschaftsrecht

Ansatzpunkt:

SWR **AKTUELL**

Stand: 24.3.2024, 6:46 Uhr

Von Matthias Breiting

"Da 80 Prozent der Kosten des Glasfaserausbaus beim Tiefbau liegen, sind geologisch herausfordernde Regionen - wie etwa der Schwarzwald - schwieriger eigenwirtschaftlich erschließbar", sagt Oliver Ulke vom Bundesverband Breitbandkommunikation (BREKO). Dünn besiedelte Regionen, in denen die Häuser weit auseinander liegen, erfordern beim Glasfaserausbau mehr Tiefbau, was die Kosten



HOCHSCHULE KEHL
UNIVERSITY OF APPLIED SCIENCES

Verwaltung - Gestalten & Entwickeln

3. Energiewirtschaftsrecht

- Zusammenlegung Energieversorgung + Glasfaserausbau energierechtlich sinnvoll?
→ Mitverlegung Glasfaser bei Tiefbau für Strom-/Gasnetz
- Tiefbaukosten für Gas-/Stromnetz werden in Netzentgelte eingepreist (§§ 21 II EnWG, 6 I ARegV, 4 ff. Strom/GasNEV)
- Kostenprüfung: Schlüsselung ggf. notwendig



HOCHSCHULE KEHL
UNIVERSITY OF APPLIED SCIENCES

Verwaltung - Gestalten & Entwickeln

3. Energiewirtschaftsrecht

- maßgeblich für Kosten (§ 6 I 4 ARegV): Basisjahr (Gas: 2025, Strom: 2026)
- aber: „Besonderheiten des Geschäftsjahres“ bleiben unberücksichtigt (§ 6 II 1 ARegV)
- Ergebnis: Glasfaserausbau kann auch ohne Förderung und sogar ohne Beschränkung auf weiße/graue Flecken z.B. durch Stadtwerke sinnvoll sein, wenn Tiefbau mit Energiesparten koordiniert werden kann (\triangleq Gedanke des § 143 TKG)



4. Telekommunikationsrecht

DigiNetz-Gesetz (2016): Mitnutzung öff. Versorgungsnetze

- **berechtigt:** Eigent./Betr. öff. TK-Netze (§ 3 Nr. 42 TKG)
- **verpflichtet:** Betreiber öff. Versorgungsnetze (§ 3 Nr. 45 TKG: Gas- /Strom-/TK-Netzbetreiber)
- **Inhalt:**
 - Zugang nur zu passiver Netzinfrastruktur (vgl. § 3 Nr. 45 TKG: Leerrohre, nicht Glasfaser);
 - nur gegen angemessenes Entgelt (§ 138 II Nr. 1 TKG);
 - **Versagungsgründe** (insb. § 141 II Nr. 2, 7 TKG: fehlende Kapazität, Überbauschutz) → AKTUELLES THEMA: „Strategischer Überbau“ (Antrag CDU/CSU im BT 17.3.23)



HOCHSCHULE KEHL
UNIVERSITY OF APPLIED SCIENCES

Verwaltung - Gestalten & Entwickeln