

## DIE LIBERALISIERUNG DER DASEINSVORSORGE\*

Von Reiner Schmidt, Augsburg

### I. Staat und Wirtschaft in der EU und in der Bundesrepublik Deutschland

1. *Die Ausgangssituation: das Primärrecht.* Daseinsvorsorge bedeutet die durch das Gemeinwesen sicherzustellende Versorgung mit wesentlichen Gütern und Dienstleistungen (einschließlich der Infrastruktur). Obwohl nach deutschem Verständnis hierzu auch Tätigkeiten nicht-wirtschaftlicher, beispielsweise kultureller Art zählen, soll im folgenden nur von der wirtschaftlichen Daseinsvorsorge die Rede sein, von der Strom- und Wasserversorgung, von den Verkehrs-, Telekommunikations- und Finanzdienstleistungen.

Wirtschaftspolitische Maßnahmen zur Liberalisierung dieser „Daseinsvorsorge“ stehen im größeren Rahmen des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft<sup>1</sup>. Das einschlägige Rechtsregime ist im jeweiligen Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, aber auch im primären und sekundären Gemeinschaftsrecht selbst zu finden.

Unternehmen, die mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“ (Art. 86 Abs. 2 EGV), haben den Wettbewerbsregeln der Art. 81 ff., 87 ff. EGV zu folgen, sofern sich deren Wettbewerbsverhalten auf den Marktverkehr des Binnenmarkts auswirkt oder auswirken kann. Für unsere Fragestellung entscheidend ist aber, daß diese Unternehmen von den Wettbewerbsregeln ausgenommen werden, soweit durch diese die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert wird. Dem Mitgliedstaat steht es nicht frei, zu bestimmen, was „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ sind. Es handelt sich um einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff, von

---

\* Der Beitrag geht auf einen Vortrag anlässlich des deutsch-italienischen Verfassungsrechtskolloquiums am 10. Mai 2002 in Tübingen zurück. Meiner Mitarbeiterin Hedda Hetzel danke ich für wirkungsvolle Mithilfe.

<sup>1</sup> Im modernen Staat besteht allerdings kein klarer Aufgabendualismus zwischen staatlichen Stellen und gesellschaftlichen Trägern. Statt vieler vgl. C. Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, S. 28 ff., 134 ff.; J. A. Kämmerer, Privatisierung, 2001, S. 526 ff.

dessen Auslegung es maßgeblich abhängt, inwieweit die Exemption von den Regeln des Binnenmarktes reicht.

Die durch das europäische Primärrecht ermöglichte Durchbrechung des Wettbewerbsregimes steht an der Schnittstelle zwischen Markt und Staat. Eine Kollision mit der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundposition des jeweiligen Mitgliedstaates liegt nahe. Hinzu kommt, daß die bis zum Vertrag von Amsterdam<sup>2</sup> bestehende Gewichtsverteilung zwischen Marktwirtschaft und Wettbewerb von einigen Mitgliedstaaten nicht mehr als angemessen betrachtet wurde. Entsprechend forderte das Europäische Parlament in einer Reihe von Entschlüssen eine stärkere Verankerung der Daseinsvorsorge als Ziel der Gemeinschaft. Gleichzeitig sollte das subjektive Recht der Bürger auf gleichen Zugang zu den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verstärkt werden. Ausdruck dieser Entwicklung ist die Einführung des Art. 16 EGV, wonach das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sein soll, daß sie ihren Aufgaben nachkommen können.

Art. 16 EGV verdeutlicht den Schutz gemeinwohlorientierter Wirtschaftsformen gegenüber dem Modell der Marktwirtschaft. Bei den Beratungen kam sogar die fundamentale Zielbestimmung des Marktprinzips in Art. 3 Abs. 1 lit. g, 4 Abs. 1 EGV in Gefahr. Zwar bleibt die Gemeinschaft weiterhin dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet; der Gegensatz dieses Prinzips zur Wirtschaftsverfassung vor allem einiger romanischer Länder wurde aber auf diese Weise abgemildert. Nunmehr besteht zur Sozialpolitik des Art. 3 Abs. 1 lit. j EGV ein deutlicher Zusammenhang. Eine Gleichstellung von wettbewerbswirtschaftlichen und gemeinwohlbezogenen Unternehmen wurde aber wohl nicht angestrebt. Der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb bildet weiterhin die Regel<sup>3</sup>.

*2. Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Situation in der Bundesrepublik.* Dies entspricht auch der grundsätzlichen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Situation in der Bundesrepublik, akzentuiert aber letztlich doch das Verhältnis zwischen freiem Markt und öffentlicher Wirtschaft neu.

In Deutschland schließt der den einzelnen mit den Grundrechten gewährte Anteil an der Wirtschafts- und Sozialgestaltung die absolute Herrschaft des politischen Systems über die Wirtschaft aus<sup>4</sup>. Wettbewerb ist hier der Wettbewerb unter Privaten. Der Staat ist kein geborener Mitspieler. Tritt er als Marktteilnehmer auf, dann ist dies Intervention<sup>5</sup>. Die Verfolgung

<sup>2</sup> ABl. EG 1997, Nr. C 340/1.

<sup>3</sup> Näheres bei A. Hatje in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 16 Rdnr. 3, 7 ff.

<sup>4</sup> Reiner Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990, S. 74.

<sup>5</sup> W. Löwer, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber: VVDStRL 60 (2001), S. 416 (419).

eines reinen Erwerbszwecks durch die öffentliche Hand ist verfassungsrechtlich unzulässig<sup>6</sup>. Die Behauptung, es gäbe keinen Schutz vor Konkurrenz, ist deshalb in dieser allgemeinen Form nicht richtig. Wenn der Staat selbst eine Leistung anbietet, dann hat dies jedenfalls eine grundrechtliche Dimension. Der Staat bedarf außerdem einer Kompetenz, wenn er sich wirtschaftlich betätigt. Wollte man mit einem Teil der Lehre stattdessen die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in die fiskalische Verwaltung hineininterpretieren, um sie von den Kompetenzbestimmungen der Art. 30, 83 ff. GG auszunehmen<sup>7</sup>, dann würde man für einen nicht unbedeutlichen Teil staatlicher Betätigung die grundgesetzliche Ordnung verlassen. Wenig überzeugend ist es auch, darauf abzustellen, ob die öffentlichen Unternehmen eine verwaltungsersetzende Funktion haben<sup>8</sup>. Dies setzte voraus, daß bei Fehlen des Unternehmens eine staatliche Behörde die gleiche Aufgabe wahrnehmen müßte<sup>9</sup>.

Die wirtschaftliche Betätigung des Staates wird in der Bundesrepublik zusätzlich begrenzt durch einfaches Gesetzesrecht. Nach § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO muß für die Gründung eines Unternehmens in der Rechtsform des privaten Rechts bzw. für die Beteiligung an einem solchen Unternehmen ein wichtiges Interesse des Bundes bzw. des Landes vorliegen. Außerdem darf sich der vom Bund bzw. vom Land angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lassen. Enger noch sind, ungeachtet gewisser landesrechtlicher Unterschiede, die kommunalrechtlichen Grenzen für eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, weil diese auf einen öffentlichen Zweck verpflichtet werden. Eine rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit ist aber kein öffentlicher Zweck<sup>10</sup>.

Bei pauschaler Betrachtung unterliegt die wirtschaftliche Betätigung von Staat und Kommunen auch im Bereich der sogenannten Daseinsvorsorge einer gesteigerten Legitimationspflicht<sup>11</sup>. Einschränkungen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit Privater bedürfen der Rechtfertigung durch überwiegende Gründe des Gemeinwohls; dies gilt auch auf dem Gebiet der öffentlichen Versorgung, für das ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten von Freiheit und Eigentum des Einzelnen besteht<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> So die h.M.; vgl. *H. Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, S. 492 ff. m.w.Nw.; a.A. *E.-W. Böckenförde*, Diskussionsbeitrag: VVDStRL 60 (2001), S. 594.

<sup>7</sup> So aber *K. Stern*, Staatsrecht II, 1980, S. 783, 831 f.

<sup>8</sup> So aber *G. Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 164.

<sup>9</sup> Näheres bei *T. Vollmöller* in: *Reiner Schmidt*, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1998, S. 116.

<sup>10</sup> Vgl. z. B. Art. 87 Abs. 1 Satz 2 BayGO.

<sup>11</sup> Vgl. statt vieler *J.-C. Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 475 m.w.Nw., und *T. Vollmöller*, Formelle Privatisierung als eigenverantwortliche Entscheidung der Gemeinde: ThürVBl. 1996, S. 193 ff.

Im folgenden wird näher zu untersuchen sein, ob und inwieweit das Rechtsregime der EU zur Tätigkeit der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse die skizzierten Rechtsregeln der Bundesrepublik modifiziert. Insbesondere soll gezeigt werden, wo das Letztentscheidungsrecht für die Regulierung des Verhältnisses von öffentlichem und privatem Wirtschaften liegt.

Zuvor ist eine Begriffsklärung angebracht<sup>13</sup>. Liberalisierung der Daseinsvorsorge ist nicht gleichbedeutend mit deren Privatisierung. Liberalisierung bedeutet, unabhängig davon, ob der Staat, eine Kommune oder Private die jeweilige wirtschaftliche Leistung erbringen, daß bestehende Monopole beseitigt bzw. Marktzugangschancen geschaffen werden. Privatisierung dagegen liegt vor, wenn ein vorhandener staatlicher oder kommunaler Bestand entweder in eine private Organisationsform oder in private Trägerschaft überführt wird oder wenn Private mit der Durchführung der Aufgaben, die in der öffentlichen Hand verbleiben, betraut werden<sup>14</sup>. Die Liberalisierung der Daseinsvorsorge hängt mit den speziellen Fragen der Organisation der materiellen und der funktionalen Privatisierung nur mittelbar zusammen. Der Zugang zu den Märkten ist weder von der Rechtsform noch von der Rechtsträgerschaft abhängig, sondern allein von den tatsächlichen und den rechtlichen Marktzugangsbedingungen. Der Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 4 Abs. 1 EGV) enthält keinen Privatisierungsauftrag<sup>15</sup>, sondern die Gewährleistung des Wettbewerbs als zentrales Regulativ einer marktwirtschaftlichen Produktion.

3. *Daseinsvorsorge nach deutschem Verständnis.* Mit dem Begriff der „Daseinsvorsorge“ kann keineswegs ein deutscher Sonderweg begründet werden. Es handelt sich um nichts anderes als um eine dem „service public“, dem „servizio pubblico“ oder den „Diensten von allgemeinem wirt-

<sup>12</sup> Vgl. D. Ehlers, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der BRD: JZ 1990, S. 1089; Reiner Schmidt (FN 4), S. 78 f.

<sup>13</sup> Zur Begrifflichkeit vgl. M. Burgi, Privatisierung der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, in: Hendlar/Marburger/Reinhardt/Schröder (Hrsg.), Umweltschutz, Wirtschaft und kommunale Selbstverwaltung, 2001, S. 101 (103 ff.). Zu den Formen der Privatisierung Reiner Schmidt, Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts, in: Biernat/Hendlar/Schoch/Wasilewski (Hrsg.), Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, Deutschpolnisches Verwaltungskolloquium, 1994, S. 210 (211 ff.). Zum Zusammenhang von Daseinsvorsorge und Privatisierung vgl. den Sammelband, hrsg. von M. Oldiges, Daseinsvorsorge durch Privatisierung – Wettbewerb oder staatliche Gewährleistung, 2001.

<sup>14</sup> Grundlegend H. Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben: VVDStRL 54 (1994), S. 243 ff. Vgl. auch aus der neueren monographischen Literatur M. Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, und C. Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001.

<sup>15</sup> Allerdings kann dem Vertrag durchaus ein „Limited Competition approach“ und ein entsprechender rechtlicher Privatisierungsdruck entnommen werden, vgl. Reiner Schmidt, Privatisierung und Gemeinschaftsrecht: Die Verwaltung 1995, S. 281 ff.

schaftlichem Interesse“ (Art. 86 Abs. 2 EGV) entsprechende Bezeichnung. Auch die Europäische Kommission macht sich diese deutsche Begrifflichkeit zu eigen, wenn sie ihren Bericht für den Europäischen Rat in Laeken mit „Leistungen der Daseinsvorsorge“ überschreibt<sup>16</sup>. Zwar ist für die Interpretation des Art. 86 Abs. 2 EGV der zugrunde liegende allgemeine service-public-Vorbehalt maßgebend<sup>17</sup>. Schon allein wegen des für die Bundesrepublik geltenden wirtschaftspolitischen Handlungs- und Interpretationsspielraums ist aber der geistesgeschichtliche Hintergrund und die damit verbundene dogmatische Einordnung von Daseinsvorsorgeleistungen von Bedeutung.

*Ernst Forsthoff*, der mit seiner im Jahr 1938 erschienenen Schrift „Die Verwaltung als Leistungsträger“<sup>18</sup> das Phänomen der Daseinsvorsorge ins Bewußtsein gehoben hatte, fürchtete nach seinem langen Weg über den Nationalsozialismus in den demokratischen Staat der Bundesrepublik am Ende selbst, daß man mit dem von ihm gebrauchten Allerweltsbegriff „am Ende alles und deshalb nichts beweisen“ könne<sup>19</sup>. Gemeint war ursprünglich ein Vorgang, welcher der Befriedigung bzw. Bedürftigkeit der Bürger, deren „Appropriationsbedürfnissen“<sup>20</sup> dienen sollte. Der Staat sollte Versorgungsbetriebe für Gas, Wasser und Elektrizität, die Verkehrsmittel und das Sozialsystem zur Verfügung stellen. Rechtliche Folgerungen wurden aus dieser Forderung nicht gezogen. Vielmehr wurde nur eine Entwicklung „von der individuellen über die kollektive zur politischen Daseinsverantwortung“<sup>21</sup> beschrieben. Die Einebnung der Scheidung von Staat und Gesellschaft, die Verbannung der Grundrechte in die Geschichte, wie sie Forsthoff vorgenommen hatte<sup>22</sup>, machte nach 1949 eine Uminterpretation erforderlich. Nunmehr ist in der Einleitung zu dem 1959 erschienenen teilweisen Neuabdruck der „Verwaltung als Leistungsträger“ davon die Rede, daß die staatliche Daseinsvorsorge „ergänzend“ zur Wahrnehmung durch die gesellschaftlichen Kräfte hinzutreten müsse<sup>23</sup>.

Als Rechtsbegriff konnte sich die Daseinsvorsorge nicht etablieren<sup>24</sup>. Zur Begründung von Teilhabeansprüchen ist sie angesichts von Grundrechten als subjektiv-öffentlichen Rechten ungeeignet bzw. überflüssig; auch fehlt

<sup>16</sup> Bericht vom 17.10. 2001, KOM (2001), 598.

<sup>17</sup> Vgl. *F. v. Burchard* in: Schwarze (FN 3), 2000, Art. 86 Rdnr. 55.

<sup>18</sup> *E. Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.

<sup>19</sup> *E. Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, Vorwort.

<sup>20</sup> *Forsthoff* (FN 18), S. 5.

<sup>21</sup> So *Forsthoff* (FN 18), S. 27. Zur Entwicklung aus heutiger Sicht *J. Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 16 ff.

<sup>22</sup> *Forsthoff* (FN 18), S. 1.

<sup>23</sup> Näheres hierzu bei *Pielow* (FN 11), S. 358.

<sup>24</sup> Statt vieler *F. Ossenbühl*, DÖV 1971, S. 513 (517); *O. Bachof*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung: VVDStRL 30 (1972), S. 193 (227).

ihr eine kompetenzzuweisende Wirkung. Ähnliches gilt für die Begründung einer öffentlich-rechtlichen Bindung staatlicher wirtschaftlicher Betätigung im Sinne einer Ausrichtung auf die Zweckorientierung „Daseinsvorsorge“. Die Grundrechtsbindung ergibt sich bereits aus Art. 1 Abs. 3 GG und ist nicht auf Daseinsvorsorgeleistungen beschränkt<sup>25</sup>. Die Zuordnung von Aufgaben in den Bereich der Daseinsvorsorge führt rechtlich deshalb kaum weiter<sup>26</sup>. Für die Bestimmung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG kommt es nicht auf eine Dogmatik einer wie auch immer gearteten „Daseinsvorsorge“, sondern auf den Funktionsgehalt der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie<sup>27</sup> selbst an.

## II. Das europäische Rechtsregime

1. *Der Inhalt von Art. 86 Abs. 2 EGV.* Die Bedeutung des Art. 86 Abs. 2 EGV ergibt sich aus seiner konzeptionellen Einbindung in das System des EG-Vertrages. Der Bezug zu den Leistungen der Daseinsvorsorge wird über Art. 86 EGV in seiner Gesamtheit hergestellt, da sich die Daseinsvorsorgeleistungen dadurch auszeichnen, meist durch öffentliche Unternehmen im öffentlichen Interesse erbracht zu werden.

Der scheinbar strikt marktbezogene Ansatz des Europarechts, das über die an die Mitgliedstaaten gerichtete „Brückennorm“ des Art. 86 Abs. 1 EGV in Verbindung mit den Vorschriften der Art. 81 ff. EGV Unternehmen unabhängig von öffentlicher oder privater Trägerschaft an die Wettbewerbsregeln bindet<sup>28</sup>, stellt öffentliches Wirtschaften in vielen Bereichen unter Legitimationszwang<sup>29</sup>. Die Erbringung staatlicher Dienstleistungen, die unter dem Schlagwort der „Daseinsvorsorge“ quasi originär der dem Gemeinwohl verpflichteten Verantwortlichkeit öffentlicher Wirtschaftstätigkeit zugeschrieben wird, droht einem allein auf wirtschaftliche Prinzipien ausgerichteten Regime ausgeliefert zu sein.

Diese Sichtweise greift jedoch in vielerlei Hinsicht zu kurz. Europa bzw. das Europarecht überläßt die liberalisierten Märkte, die noch vor kurzem von öffentlicher Leistungserbringung dominiert waren, nicht sich selbst. Gemeinwohlbelange, deren Sicherstellung unter anderem durch „Dienste von allgemeinem Interesse“ erfolgen kann, sind zentrales Anliegen europä-

<sup>25</sup> So u. a. S. Storr, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, S. 111, 152 ff.; K. Stern, *Staatsrecht III/I*, 1988, S. 1411; Schmidt (FN 4), S. 448, 491 ff., 523.

<sup>26</sup> Vgl. z. B. auch W. Rüfner, *Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR*, Bd. 3, 2. Aufl. 1996, S. 1037 ff.

<sup>27</sup> Vgl. Burgi (FN 14), S. 307 f.

<sup>28</sup> C. Jung in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV-/EGV-Kommentar*, 2. Aufl. 2002, Art. 86 Rdnr. 3; Pielow (FN 11), S. 48 ff.

<sup>29</sup> G. Püttner, *DÖV* 2002, S. 731 f., spricht infolge des Wirkens der EG von einer „Sinnkrise der öffentlichen Wirtschaft“.

ischer Regulierungspolitik<sup>30</sup>. Der Ansatz dieses Vorgehens, die Ziele und den Leistungsstandard im Interesse aller Betroffenen zu definieren, die Erfüllung der Vorgaben aber den Marktkräften zu überlassen, zwingt zu Veränderungen hinsichtlich des mitgliedstaatlichen Verständnisses von „service public“ und „Daseinsvorsorge“.

Das europäische Primärrecht selbst erkennt jedoch die Bedeutung der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ als notwendiges Korrektiv einer auf marktwirtschaftliche und wettbewerbsrechtliche Aspekte gerichteten europäischen Integrationsbemühung an.

Untersucht man die Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts<sup>31</sup> auf ihre Relevanz für das Gebiet der Daseinsvorsorge, oder allgemeiner für Gegenstände der „öffentlichen Versorgung“<sup>32</sup>, so ist eine Realisierung des Art. 86 Abs. 2 EGV unausweichlich. Art. 86 Abs. 2 EGV gilt innerhalb dieses Normenkomplexes als „die thematische Zentralnorm auf dem Gebiet der öffentlichen Versorgung“<sup>33</sup>.

Sinn und Zweck der Vorschrift erschließen sich erst nach einem Blick auf den Entstehungsprozeß. Zusammenfassend läßt sich das Bestreben einiger Mitgliedstaaten, insbesondere Frankreichs, konstatieren, dem in einigen Staaten ausgeprägten Bereich „öffentlichen Wirtschaftens“ im Primärrecht einen angemessenen Stellenwert zu sichern. Zwar besagt Art. 295 EGV<sup>34</sup>, daß der EG-Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt läßt, was nach allgemeiner Ansicht die Freiheit der Mitgliedstaaten einschließt, sich wirtschaftlich durch öffentliche Unternehmen zu betätigen bzw. in einem umfassenden Sinne Unternehmen zu verstaatlichen oder im Gegensatz hierzu zu privatisieren<sup>35</sup>. Eine völlige Freistellung der öffentlichen Unternehmen von den Regeln des Wettbewerbsrechts kam aber angesichts der Bedeutung des „öffentlichen Sektors“ in einigen Staaten nicht in Betracht.

Art. 86 Abs. 2 EGV stellt sich als Kompromißlösung dar, die bei Festlegung eines umgrenzten Ausnahmebereichs zweierlei Anliegen gerecht wird: zum einen dem Schutz der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem In-

<sup>30</sup> Zu dieser Entwicklung allgemein *J. Masing*, Stand und Entwicklungstendenzen eines Regulierungsverwaltungsrechts, in: Bauer/Huber/Niewiadomski (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Referate und Diskussionsbeiträge des XII. Deutsch-Polnischen Verwaltungskolloquiums vom 20.-22. September 2001 in Warschau, 2002, S. 161 (164 ff.).

<sup>31</sup> Wenn in diesem Zusammenhang vom europäischen Wettbewerbsrecht die Rede ist, dann betrifft dies zuvörderst die Art. 81 ff. EGV einschließlich des EG-Beihilfenrechts gemäß Art. 87 ff. EGV.

<sup>32</sup> So *Pielow* (FN 11), S. 10 ff., insb. S. 18 ff., in Abgrenzung zu verwandten Begriffen, die einen funktionalen Untersuchungsansatz nicht ermöglichen.

<sup>33</sup> *Pielow* (FN 11), S. 75.

<sup>34</sup> Art. 222 EGV a.F.

<sup>35</sup> *I. Brinker* in: Schwarze (FN 3), Art. 295 Rdnr. 3.

teresse“, deren Bestand bei unbeschränkter Anwendung der Regelungen des EG-Vertrags unter Umständen gefährdet wäre, zum anderen der Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, durch Unternehmen des öffentlichen Sektors wirtschafts- und fiskalpolitische Zwecke zu verfolgen<sup>36</sup>.

Die Kommission spricht von „Daseinsvorsorge“ und meint damit *marktbezogene* oder *nichtmarktbezogene* Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden. „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“<sup>37</sup> unterscheiden sich hiervon nur dadurch, daß lediglich marktbezogene Tätigkeiten erfaßt sind<sup>38</sup>.

Einschlägig ist das europäische Wettbewerbsrecht demnach im Bereich der Daseinsvorsorgeleistungen nur bei *wirtschaftlicher* Betätigung. Insofern entspricht der Unternehmensbegriff des Art. 86 Abs. 2 EGV dem funktional zu interpretierenden Unternehmensbegriff der Art. 81 ff. EGV, wonach als Unternehmen jede „eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“<sup>39</sup> zu verstehen ist. Folge des funktionalen Verständnisses ist bei einer Gesamtbetrachtung des Art. 86 EGV einschließlich des Art. 86 Abs. 1 EGV die Feststellung einer Bindung des Staates an die Vorschriften des Wettbewerbsrechts, insbesondere die Art. 81 und 82 EGV, soweit dieser wirtschaftlich tätig wird<sup>40</sup>.

Als *allgemein* sind Dienstleistungen dann zu qualifizieren, wenn sie nicht lediglich Privatinteressen oder bestimmten Unternehmensinteressen zu dienen bestimmt sind<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> G. Wilms, Das Europäische Gemeinschaftsrecht und die öffentlichen Unternehmen, 1996, S. 99 f.

<sup>37</sup> Der Begriff der „Dienstleistungen“ in Art. 86 Abs. 2 EGV entspricht dem der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ in Art. 16 EGV; vgl. hierzu C. Jung in: Callies/Ruffert (FN 28), Art. 16 Rdnr. 8; C. O. Lenz, EG-Vertrag, Art. 16 Rdnr. 11; S. Magiera, FS Rauschnig, 2001, S. 269 (270), unter Hinweis auf den einheitlichen Wortlaut in der französischen und englischen Textfassung des Vertrages, wo von *services* die Rede ist.

<sup>38</sup> Zu der Definition der Begriffe: Mitteilung der Kommission zu den „Leistungen der Daseinsvorsorge“ aus dem Jahre 2000, KOM (2000) 580 endg., ABl. EG 2001, Nr. C 17/4, Anhang II; ebenso Mitteilung der Kommission KOM (96) 443 endg. vom 11.09.1996, ABl. EG 1996, Nr. C 281/3.

<sup>39</sup> Ausgehend von EuGH, Slg. 1991, I-1979 (2016), Tz. 21 – Höfner und Elser.

<sup>40</sup> Erfrischend deutlich für einen Vorrang des regulierten Wettbewerbs A. Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung: VVDStRL 62 (2003), S. 266 (291). Der Unternehmensbegriff weist aufgrund seiner Weite viel Konfliktpotential auf; vgl. insgesamt hierzu J. Schwarze, Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts: EuZW 2000, S. 613 (614).

<sup>41</sup> Die gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Definitionen sind diesbezüglich sehr allgemein bzw. bezüglich des Merkmals der „Dienstleistung“ sehr weit gefaßt, indem neben den Dienstleistungen im Sinne von Art. 50 EGV „alle wirtschaftlichen Aktivitäten zur Sicherung von Infrastruktur und Daseinsvorsorge“ umfaßt sind; vgl. Jung (FN 28), Art. 86 Rdnr. 36.



Der gemeinschaftsrechtliche Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“, der dementsprechend gemeinschaftsrechtlich zu interpretieren ist, bedarf der inhaltlichen Ausfüllung durch die Mitgliedstaaten. In diesem Zusammenhang fällt das mißverständliche Schlagwort von der „Definitionshoheit der Mitgliedstaaten“<sup>42</sup>. Die Kommission erkennt diese bezüglich der Bestimmung des „allgemeinen Interesses“ ausdrücklich an, indem sie als einen der drei Grundsätze, die Art. 86 EGV zugrunde liegen, die *Gestaltungsfreiheit* nennt. Gemeint ist die Kompetenz der Mitgliedstaaten, näher zu bestimmen, was als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu gelten hat. Der Kommission bleibt entsprechend ihren eigenen Ausführungen nur eine Evidenzkontrolle<sup>43</sup>. In ihrer Mitteilung aus dem Jahr 2000 hält sie sich jedoch die Option eines gemeinsamen Konzepts für Leistungen der Daseinsvorsorge offen<sup>44</sup>. Die Beschwörung der „Definitionshoheit der Mitgliedstaaten“ ist deshalb mißverständlich.

Der Grundkonflikt zwischen Wettbewerb auf Gemeinschaftsebene einerseits und mitgliedstaatlicher Autonomie zur Ausgestaltung der Leistungen der Daseinsvorsorge andererseits wird durch das Postulat der Definitionshoheit nur überdeckt. Sowohl der EuGH als auch die Kommission betonen zwar den vorhandenen Entscheidungs- und Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten, Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu betrauen und im Rahmen mitgliedstaatlicher Politikverwirklichung einzusetzen<sup>45</sup>. Die EG-vertraglich vorgesehene Kontrollkompetenz von Kommission und EuGH muß aber davon unberührt bleiben. Der europäischen Rechtsprechung obliegt die einheitliche Auslegung der Kriterien des Art. 86 Abs. 2 EGV, um gemeinschaftsweit geltende Grundsätze für das Verhältnis nationaler Interessen und einheitlicher Durchsetzung des EG-Rechts festzulegen. Ähnliches gilt für die Kompetenzen der Kommission im Rahmen des Art. 86 Abs. 3 EGV oder darüber hinausgehend bei der Beihilfenaufsicht (Art. 87 f. EGV). Die Annahme, hierbei würden Sonderlasten öffentlicher Unternehmen, welche ihnen aufgrund der ohnehin wenig präzisen Bindung an die öffentliche Zwecksetzung entstehen, nicht hinreichend berücksichtigt, läßt sich nicht bestätigen. Bisher ist angesichts der moderaten Äußerungen von EuGH und Kommission<sup>46</sup> sowie des zurückhaltenden Gebrauchmachens von Art. 86 Abs. 3 EGV<sup>47</sup> nicht

<sup>42</sup> H. Lecheler / J. Gundel, Die Rolle von Art. 90 Abs. 2 und 3 EGV in einem liberalisierten Energiemarkt – Zur Bedeutung der EuGH-Entscheidungen vom 23.10.1997 für die Zukunft, S. 92 (93); S. Albin, Daseinsvorsorge und EG-Beihilfenrecht: DÖV 2001, S. 890 (894); Pielow (FN 11), S. 80 ff.

<sup>43</sup> Mitteilung der Kommission, KOM (2000) 580 endg., Tz. 22.

<sup>44</sup> Mitteilung der Kommission (FN 43), Tz. 64.

<sup>45</sup> EuGH, Slg. 1997, I-5815 (5834), Tz. 55 f. – Kommission/Frankreich, sowie die Mitteilung der Kommission (FN 43), Tz. 22.

<sup>46</sup> Vgl. FN 45.

von einer übermäßigen Beeinträchtigung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums auszugehen.

2. *Der Bedeutungswandel des Art. 86 Abs. 2 EGV.* Unmittelbar im Zusammenhang mit den Feststellungen zu den mitgliedstaatlichen Kompetenzen im Rahmen der Definition gemeinwohlorientierter Leistungen steht eine zunehmend extensive Interpretation der Merkmale des Art. 86 Abs. 2 EGV durch den EuGH.

Ausgehend von einer ursprünglich restriktiven Auslegung der Norm unter Betonung ihres Ausnahmecharakters<sup>48</sup> stand zunächst ihre unmittelbare Anwendbarkeit in Frage. Mittlerweile ist diese unstreitig<sup>49</sup>, ebenso wie die Tatsache, daß sich auch Mitgliedstaaten auf Art. 86 Abs. 2 EGV berufen können, soweit sie einem Unternehmen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse übertragen bzw. Verstöße gegen die Art. 31 und 49 EGV rechtfertigen wollen<sup>50</sup>. Von einiger Dynamik ist darüber hinaus der Auslegungsprozeß des Merkmals der „Betrachtung“. Formale und inhaltliche Klarheit ist unabdingbare Voraussetzung, um den Anwendungsbereich von Art. 86 Abs. 2 EGV konkret bestimmen zu können. Wie, d. h. in welcher Form und in welcher Detailliertheit muß der Betrachtungsakt erfolgen? Zunächst im „Almelo“-Urteil<sup>51</sup>, zuletzt grundlegend in den Urteilen vom 23. Oktober 1997 zu den staatlichen Ein- und Ausfuhrmonopolen für Elektrizität und Gas<sup>52</sup> ging der EuGH von einer Betrachtung durch *hoheitlichen* Akt aus<sup>53</sup>. Heute kann festgestellt werden, daß für eine „Betrachtung“ jedenfalls keine Rechtsvorschrift notwendig ist. Einige Ansichten gehen erheblich weiter. So wird zum Teil die Aufnahme eines dem französischen Verständnis entsprechenden Konzessionsbegriffes in das deutsche Recht gefordert<sup>54</sup>. Weitergehend soll sogar eine „privatrechtliche Betrachtung“ ausreichend

<sup>47</sup> Jung (FN 28), Art. 86 Rdnr. 60 ff.; F. v. Burchard in: Schwarze (FN 3), Art. 86 Rdnr. 90 ff.

<sup>48</sup> Vgl. etwa P. v. Wilmsky, ZHR 155 (1991), S. 545 ff., der nahezu keinen Anwendungsbereich für die Norm sieht.

<sup>49</sup> EuGH, Slg. 1989, 803 (853), Tz. 53 – Ahmed Saeed; der Gerichtshof räumte dem nationalen Gericht die Befugnis zur Anwendung der Vorschrift des Art. 90 EWG-Vertrag ein.

<sup>50</sup> EuGH, Slg. 1993, I-2533 (2568), Tz. 14 – Corbeau; EuGH, Slg. 1994, I-1477 (1516 ff.), Tz. 27 ff. – Almelo; EuGH, Slg. 1997, I-5815 (5828 ff.), Tz. 31 ff. – Kommission / Frankreich.

<sup>51</sup> EuGH (FN 50).

<sup>52</sup> Entscheidungen des EuGH vom 23.10.1997 zur Zulässigkeit nationaler Import- und Exportmonopole für Strom und Gas, Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5768 – Kommission / Niederlande; C-158/94, Slg. 1997, I-5789 – Kommission / Italien; C-159/94, Slg. 1997, I-5815 – Kommission / Frankreich; C-160/94 – Kommission / Spanien.

<sup>53</sup> Das Gericht untersucht den Betrachtungsakt genau, vgl. EuGH, Slg. 1997, I-5815 (5836), Tz. 66 – Kommission / Frankreich.

<sup>54</sup> V. Götz, Die Betrachtung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art. 86 Abs. 2 EG) als Akt der öffentlichen Gewalt, in: FS Maurer, 2001, S. 921 (933).

sein, soweit eine besondere Pflichtanspannung des betroffenen Unternehmens erkennbar ist<sup>55</sup>. Eine eindeutige Reaktion insbesondere der europäischen Rechtsprechung steht noch aus<sup>56</sup>. Auch angesichts der Bemühungen, Art. 86 Abs. 2 EGV weniger restriktiv zu interpretieren und den Mitgliedstaaten in weitem Umfang Gestaltungsrechte einzuräumen, dürfte doch eines außer Frage stehen: Die Transparenz des Betrauungsvorganges, der bezüglich eines Unternehmens die Geltung wesentlicher Vertragsgrundsätze relativiert, ist grundlegend für das Funktionieren des Regel-Ausnahme-Prinzips, das Art. 86 Abs. 1 und 2 EGV zugrunde liegt. Angesichts der Rechtsunsicherheiten, die die Ausgestaltung der „Betrachtung“ betreffen, sollten sich angestrebte Konkretisierungen der Gemeinschaft durch Sekundärrecht (z. B. aufgrund von Art. 86 Abs. 3 EGV) mehr auf das formale Element der „Betrachtung“ als auf den Inhalt der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ konzentrieren.

Darüber hinaus muß im Falle eines Eingreifens des Art. 86 Abs. 2 EGV die Anwendung der Vertragsvorschriften die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe „verhindern“ (Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV a.E.). Der EuGH ist insofern von der vorher herrschenden Ansicht<sup>57</sup> abgerückt, als es nun unter Zugrundelegung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise für ausreichend erachtet wird, daß die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen der Unternehmen sachlich oder rechtlich „gefährdet“<sup>58</sup>.

3. *Grenzziehung durch Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV.* Es liegt nahe, dieser Entwicklung sowie den Äußerungen des EuGH und der Kommission zur Definitionshoheit bezüglich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ein Zugeständnis an einen originär mitgliedstaatlichen Zuständigkeitsbereich bei der Übertragung von Sonderaufgaben im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV zu entnehmen. Ein Korrektiv hierzu bildet jedoch Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV, wonach „die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden darf, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft“<sup>59</sup>. Zugrunde liegt eine Abwägung der

<sup>55</sup> Pielow (FN 11), S. 85 f.

<sup>56</sup> Diese Tendenz andeutend EuGH, Rs. C-209/98, Tz. 76 mit 17, 26 – Sydhavnens Sten & Grus; hierzu W. Frenz, Kommunale Entsorgungsdienste und EG-Wettbewerbsrecht: NuR 2000, S. 611 (612).

<sup>57</sup> Eine bloße Erschwerung oder Behinderung der Aufgabenerfüllung genüge nicht für die Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 2 EGV; vgl. EuGH, Slg. 1985, 873 (887 ff.), Tz. 28 ff. – British Telecommunications; EuG, Slg. 1997, II-997 (1043), Tz. 138 – Air Inter / Kommission; I. F. Hochbaum in: Groeben / Thiesing / Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU- / EG-Vertrag, 5. Aufl. 1999, Art. 90 Rdnr. 63; I. Pernice in: Grabitz / Hilf (Hrsg.), Kommentar zur EU, Stand: Okt. 1999, Art. 90 Rdnr. 52 f.

<sup>58</sup> EuGH, Slg. 1997, I-5815 (5835), Tz. 59 – Kommission / Frankreich; EuGH, Slg. 1997, I-5699 (5780), Tz. 43 – Kommission / Niederlande; hierzu U. Ehrlicke, Zur Konzeption von Art. 37 I und Art. 90 II EGV: EuZW 1998, S. 741 (745); Götz (FN 54), S. 921 (927 f.).

von der Kommission zu definierenden Gemeinschaftsinteressen<sup>60</sup> mit entgegenstehenden nationalen Interessen an der in Frage stehenden Sonderaufgabe. Es ist Aufgabe der Kommission zu bestimmen, wo diesbezüglich die Grenzen mitgliedstaatlicher Befugnisse zu ziehen sind. Dabei steht ihr ein beachtlicher Beurteilungsspielraum zu, den sie insbesondere bei der Schaffung sekundären Gemeinschaftsrechts gemäß Art. 86 Abs. 3 EGV nutzen kann und muß. Aufgrund dieser Konstellation ist eine Gefährdung mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume nicht so sehr im Bereich der Definition der gemeinwohlorientierten Leistungen zu suchen als vielmehr im Bereich der Definition der gemeinschaftsrechtlichen Interessen durch die Kommission. Sie trifft bezüglich eines Eingreifens des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV die Beweislast<sup>61</sup>.

Da der Kommission in großem Umfang Aufgaben der Sekundärrechtssetzung zugewiesen werden, ist von einem Bedeutungszuwachs europäischen Sekundärrechts für den Bereich des Art. 86 Abs. 2 EGV auszugehen. Sekundärrecht kann die inhaltliche Ausfüllung der Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Abs. 2 EGV erheblich prägen. So wäre etwa die Verleihung eines Ausschließlichkeitsrechts an ein Unternehmen nicht gerechtfertigt, wenn sekundärrechtlich eine den innergemeinschaftlichen Marktwettbewerb weniger beeinträchtigende Maßnahme vorgesehen ist.

Hierbei verdient die Rechtsetzungskompetenz nach Art. 86 Abs. 3 EGV besondere Beachtung. Der Kommission ist durch diese Norm bei Wahrnehmung ihrer Überwachungs- und Konkretisierungsaufgaben in weitem Umfang Ermessen eingeräumt<sup>62</sup>. Der präventive Handlungsansatz<sup>63</sup> sowie umfassende Befugnisse der Kommission außerhalb des gängigen Rechtssetzungsverfahrens im EG-Vertrag schalten die Beteiligung des Rates sowie des Europäischen Parlaments aus. Unverfälscht von nationalen Interessen steht der Kommission als einem der unabhängigsten Organe der Gemeinschaft<sup>64</sup> die Befugnis zu, die Entwicklung des öffentlichen Wirtschaftssektors zu gestalten<sup>65</sup>. Insofern stellt sich die Aufgabe der Kommission als aus-

<sup>59</sup> Die Funktion als Schranken-Schranke erläuternd *T. Mann*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb: JZ 2002, S. 819 (823).

<sup>60</sup> Zum Inhalt des Begriffes, der umfänglich die Ziele und Grundsätze des EGV umfaßt, vgl. *Jung* (FN 28), Art. 86 Rdnr. 52; *Pernice* (FN 57), Art. 90 Rdnr. 58.

<sup>61</sup> Vgl. die Urteile zu den Ein- und Ausfuhrbeschränkungen für Elektrizität und Gas (FN 52); hierzu *Pielow* (FN 11), S. 89 ff.; *Lecheler / Gundel* (FN 42), S. 93.

<sup>62</sup> I. *Pernice* in: *Grabitz / Hilf* (FN 57), Art. 90 Rdnr. 68; *Jung* (FN 28), Art. 86 Rdnr. 57.

<sup>63</sup> Neben diesen im EG-Vertrag nur vereinzelt geregelten Rechtsetzungsbefugnissen obliegen der Kommission als „Hüterin des Gemeinschaftsrechts“ (Art. 11 1. Spiegelstrich EGV) vorwiegend Kontrollaufgaben; zu den Aufgaben der Kommission vgl. *R. Streinz*, *Europarecht*, 5. Aufl. 2001, Rdnr. 291 ff.

<sup>64</sup> Art. 213 Abs. 1 EGV; vgl. hierzu *Streinz* (FN 63), Rdnr. 288.

<sup>65</sup> *Jung* (FN 28), Art. 86 Rdnr. 56 a.E.

schließliche Gemeinschaftskompetenz dar. Eine unmittelbare Anwendbarkeit des in Art. 5 Abs. 2 EGV geregelten Subsidiaritätsprinzips scheidet in diesem Fall aus. Die Grenzen der Rechtsetzungsbefugnisse der Kommission hat der EuGH in Urteilen zur Transparenzrichtlinie<sup>66</sup> sowie zu den im Telekommunikationssektor erlassenen Endgeräte-<sup>67</sup> und Dienstleistungsrichtlinien<sup>68</sup> formuliert. Art. 86 Abs. 3 EGV ist *lex specialis* zu Art. 83 und 95 EGV. Die Kommission kann in diesem Bereich die Pflichten aus Art. 86 Abs. 1 und 2 EGV präzisieren. Eine Grenzziehung erfolgt hierbei durch eine Prüfung der Erforderlichkeit des Vorgehens, was eine Ziel-Mittel-Relation anhand der zu beachtenden Vorschriften voraussetzt. Unter Einschluß der Möglichkeit, Entscheidungen *ex post* zu erlassen, stellt sich Art. 86 Abs. 3 EGV als wirksames, aber auch notwendiges Instrument der Gemeinschaft dar, in Ausgleich zu den mitgliedstaatlichen Interessen die Wettbewerbsvorstellungen der EG hinsichtlich des Verhältnisses Staat und Wirtschaft durchzusetzen.

Allerdings ist Art. 86 Abs. 3 EGV in seiner Reichweite dahingehend begrenzt, als er Kompetenzen nur in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht verleiht<sup>69</sup>. Eine umfassende Kodifikation für den öffentlichen Wirtschaftssektor hinsichtlich des Daseinsvorsorgebereichs als solchem läßt sich jedenfalls nicht auf Art. 86 Abs. 3 EGV stützen. Erwartungen, die an eine Rahmenrichtlinie für die öffentlichen Dienstleistungen gestellt werden, sind daher nicht zu hoch anzusetzen<sup>70</sup>.

4. *Die Bedeutung von Art. 16 EGV.* Mit Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam<sup>71</sup> am 1. Mai 1999 fand Art. 16 EGV Aufnahme in den EG-Vertrag. Er richtet sich sowohl an die Gemeinschaft als auch an die Mitgliedstaaten mit der Aufforderung, im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse dafür Sorge zu tragen, daß die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ so gestaltet sind, daß sie ihren Aufgaben nachkommen können.

<sup>66</sup> Richtlinie der Kommission vom 25.06.1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG 1980, Nr. L 195 / 35; zuletzt geändert durch die Richtlinie 2000 / 52 / EG vom 26.07.2000, ABl. EG 2000, Nr. L 193 / 75; hierzu Urteil des EuGH, Slg. 1982, 2545.

<sup>67</sup> Richtlinie der Kommission vom 16.05.1988 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsendgeräte, ABl. EG 1988, Nr. L 131 / 73; hierzu Urteil des EuGH, Slg. 1991, I-1223.

<sup>68</sup> Richtlinie der Kommission vom 28.06.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. EG 1990, Nr. L 192 / 10; hierzu Urteil des EuGH, Slg. 1992, I-5833.

<sup>69</sup> Mit weiteren Nachweisen hierzu *R. Stober*, Neuregelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen?: NJW 2002, S. 2357 (2364).

<sup>70</sup> Zu den Erwartungen der öffentlichen Wirtschaft an eine Rahmenrichtlinie und weitere Reformansätze vgl. FAZ, Nr. 59 v. 11.03.2003, S. 22.

<sup>71</sup> Vom 02.10.1997; BGBl. II S. 386.

Die Verortung des Art. 16 EGV im Ersten Teil des EG-Vertrags innerhalb der „Grundsätze“ scheint auf einen entscheidenden Bedeutungszuwachs der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ hinzudeuten<sup>72</sup>. Eine genauere Analyse bestätigt diese Annahme jedoch nicht. Ausgehend von einer Initiative der Europäischen Kommission, bestanden zunächst verschiedene Vorschläge bezüglich des Standorts einer zusätzlichen Regelung für die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse<sup>73</sup>. Die letztlich gewählte Lösung veranschaulicht schon durch die Plazierung des Art. 16 EGV, abgegrenzt von den Wettbewerbsvorschriften des Vertrags, aber dennoch unmittelbar anschließend an die Vorschriften über den Binnenmarkt (Art. 14 und 15 EGV), den Kompromißcharakter der Norm, welche über den Bereich des Wettbewerbsrechts hinaus ein neues „Gemeinschaftsstrukturprinzip“<sup>74</sup> kreiert. Eine darüber hinausgehende Festschreibung der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ im EG-Vertrag, etwa im Sinne einer Bereichsausnahme, die das Wettbewerbssystem der Gemeinschaft aushebeln könnte, stand von vornherein außer Frage. Auch inhaltlich läßt sich dieser Befund bestätigen, da Art. 16 EGV schon durch seinen Wortlaut („Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 ...“) verdeutlicht, daß keine Abweichung von den allgemeinen Vorgaben des Wettbewerbsrechts beabsichtigt ist. Die Bindung an vorgegebene Strukturen bei der Bewertung der Dienste i. S. d. Art. 86 Abs. 2 EGV wird bekräftigt in der 13. Erklärung für die Schlußakte der Amsterdamer Konferenz<sup>75</sup>, in der es heißt: „Der die öffentlichen Dienste betreffende Art. 7d (jetzt Art. 16 EGV) des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft wird unter uneingeschränkter Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs u. a. in bezug auf die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Qualität und der Dauerhaftigkeit der sozialen Dienste, umgesetzt.“

Trotzdem ist die Einfügung des Art. 16 EGV nicht völlig folgenlos. Eine unmittelbare Anwendbarkeit der Norm zugunsten der Träger der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, insbesondere im Sinne eines einklagbaren subjektiven Rechts, scheidet zwar aus<sup>76</sup>. Die Existenz der Norm zeigt aber das Bestreben auf europäischer Ebene, den Fortbestand der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse grundsätzlich zu

<sup>72</sup> Zu der Funktion der Vorschrift im Hinblick auf die Bedeutung gemeinwohlorientierter Wirtschaftsformen R. Geiger, EUV/EGV, Art. 16 Rdnr. 1; Hatje (FN 3), Art. 16 Rdnr. 1 f.; Jung, (FN 28), Art. 16 Rdnr. 7.

<sup>73</sup> Für die Aufnahme als Politikfeld (Art. 3 EGV) die Kommission; für einen ergänzenden Art. 94a EGV der Europäische Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft (CEEP); vgl. zum Entstehungsprozeß sowie zum zugrundeliegenden deutsch-französischen Gegensatz W. Frenz, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Neuerungen durch Art. 16 EG: EuR 2000, S. 901 ff.; Lenz (FN 37), Art. 16 Rdnr. 2 ff.

<sup>74</sup> So Pielow (FN 11), S. 100.

<sup>75</sup> ABl. EG 1997, Nr. C 340 / 133.

<sup>76</sup> Umgekehrt werden aber auch die EG-Kompetenzen nicht ausgeweitet; hierzu ausführlich Frenz (FN 73), S. 901 (918 ff.).

sichern, was für die Dienste eine *Bestandsgarantie* bedeutet. Über den konkreten Aufgabenbestand wird dagegen keine Aussage getroffen. Bei jeglicher Politikgestaltung wird aber in Zukunft Art. 16 EGV sowohl gegenüber der Gemeinschaft als auch gegenüber den einzelnen Mitgliedstaaten zu beachten sein<sup>77</sup>. Konkrete Handlungsaufträge lassen sich angesichts der fehlenden Aufgabenkonkretisierung Art. 16 EGV nicht entnehmen. Doch dürfte schon die Tatsache, daß bei zukünftiger Politikgestaltung auf ein Funktionieren der Dienste zumindest im Rahmen einer Prüfpflicht zu achten ist, ein Bewußtsein für den Komplex der Gemeinwohlsicherung schaffen. Schließlich wird Art. 16 EGV auch *im Rahmen der Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts* Bedeutung erlangen, vor allem wenn der Stellenwert der Dienste in Abwägungsprozessen zu würdigen ist. Denkbar ist dies zum Beispiel im Falle des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EGV, wenn das Ausmaß einer Beeinträchtigung des Interesses der Gemeinschaft der Erfüllung der besonderen Aufgabe im Sinne des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV gegenübergestellt wird. Der Abwägungsprozeß gewinnt damit an Vielschichtigkeit zugunsten der mitgliedstaatlichen Position, da die Darlegungs- und Beweislast diesbezüglich die Kommission trifft<sup>78</sup>.

Insgesamt ist die Bestimmung des Art. 16 EGV aber „vor allem als politische Absichtserklärung und Handlungsaufforderung mit geringen rechtlichen Auswirkungen“<sup>79</sup> und in ihrem rechtsnormativen Gehalt als „eher gegen Null tendierend“<sup>80</sup> einzuschätzen. Bestrebungen, Art. 16 EGV quasi als Generalargument für eine vertragliche Privilegierung der betroffenen, vor allem kommunalen Unternehmen anzusehen, finden im EG-Vertrag keine Grundlage.

5. *Das Beihilfenrecht im Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EGV.* Die Beihilfenaufsicht nach Art. 87 ff. EGV bezeichnet einen sensiblen Bereich, in dem die Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmenssachverhalte Widerstände hervorruft. Hintergrund sind die vielfältigen Möglichkeiten der staatlichen Förderung von Gemeinwohlbelangen. Werden monopolisierte Wirtschaftssektoren im Zuge von Liberalisierungsanstrengungen dem Marktgeschehen und damit der Geltung des Wettbewerbsrechts unterstellt, so entstehen für bisher gängige Unterstützungspraktiken neue Begründungszwänge.

<sup>77</sup> Frenz (FN 73), S. 901 (918 ff.).

<sup>78</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1997, I-5699 (5786 f.), Tz. 66 ff. – Kommission/Niederlande; EuGH, Slg. 1997, I-5789 (5811 f.), Tz. 62 ff. – Kommission/Italien; EuGH, Slg. 1997, I-5815 (5843 ff.), Tz. 94, 101 f. – Kommission/Frankreich.

<sup>79</sup> Jung, (FN 28), Art. 16 Rdnr. 13.

<sup>80</sup> Pielow (FN 11), S. 98. Für *Vofskuhle* (FN 40) kommt trotz Art. 16 EGV eine Befreiung von wettbewerbssichernden Vorschriften des EG-Vertrages nur als ultima ratio in Betracht.

Das Recht der Beihilfenkontrolle durch die Kommission nach den Art. 87 ff. EGV zeichnet sich neben dem ursprünglichen Wettbewerbsrecht der Art. 81 und 82 EGV durch eine besondere Dynamik aus, die wesentlich durch die Rechtsprechung der europäischen Gerichte geprägt ist<sup>81</sup>. Die zur Gemeinwohlsicherung eingesetzte „Regulierungstechnik“ besteht in der direkten oder indirekten staatlichen Unterstützung von Unternehmen oder Unternehmensteilen<sup>82</sup>. Neben den zitierten Fällen der Quersubventionierung, d. h. eines Transfers von Mitteln aus einem gemeinwirtschaftlichen Aufgabenbereich in den Wettbewerbsbereich eines Unternehmens<sup>83</sup>, ist etwa die Entscheidung der Kommission zur Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Spartenkanäle „Kinderkanal“ und „Phoenix“<sup>84</sup> zu nennen, die anstehende Entscheidung des EuGH zu Zuschüssen im öffentlichen Personennahverkehr<sup>85</sup> oder die vorerst abgeschlossene Entwicklung im Bereich der öffentlichen Sparkassen und Landesbanken<sup>86</sup>.

Werden von den Mitgliedstaaten Ausgleichszahlungen für die Verpflichtungen der Unternehmen im Bereich der öffentlichen Dienste erbracht, dann können diese den Beihilferegeln des Art. 87 Abs. 1 EGV unterstellt werden<sup>87</sup>. Die Kommission hat dies nochmals mit wünschenswerter Klarheit in ihrem Bericht für den Europäischen Rat in Laeken klargestellt und vertieft<sup>88</sup>: „Im Prinzip können die den Mitgliedstaaten offen stehenden Möglichkeiten, die Erbringung von Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse finanziell zu unterstützen, durch Gemeinschaftsregelungen über staatliche Beihilfen eingeschränkt werden.“ Entscheidend für die Kommission ist die Tatsache, daß der Wert der gewährten Vorteile nicht die Mehrkosten der betreffenden Unternehmen bei der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse überschreitet<sup>89</sup>. Die rechtliche Wertung dieser Aussage bereitet jedoch Schwierigkeiten.

<sup>81</sup> Vgl. hierzu das Urteil des EuGH zum deutschen Stromeinspeisungsgesetz, das u. a. zu der staatlichen Zurechenbarkeit von Mitteln Stellung nimmt; EuGH, EuZW 2001, S. 242 ff.

<sup>82</sup> Zu verschiedenen Möglichkeiten der Gemeinwohlbindung vgl. *Pielow* (FN 11), S. 623.

<sup>83</sup> Ausführlich *G. Britz*, Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht: DVBl. 2000, S. 1641 ff.

<sup>84</sup> Kommission, Nr. NN 70/98 vom 24.02.1999.

<sup>85</sup> Rechtssache C-280/00, Altmark Trans GmbH/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH; hierzu Vorabentscheidungsersuchen des BVerwG, DVBl. 2000, S. 1617; Schlußanträge des GA Léger vom 19.03.2002 und vom 14.01.2003.

<sup>86</sup> Vereinbarung für den öffentlichen Bankensektor vom 17. Juli 2001; vgl. hierzu *I. Kemmler*, Keine Anstalt ohne Anstaltslast: DVBl. 2003, S. 100 ff.; *W. Möschel*, Anstaltslast bei öffentlichrechtlichen Kreditinstituten: WM 2001, S. 1895 ff.

<sup>87</sup> Vgl. nur *W. Kahl*, Das öffentliche Unternehmen im Gegenwind des europäischen Beihilferegimes: NVwZ 1996, S. 1082 ff.

<sup>88</sup> KOM (2001) 598, Tz. 9.

<sup>89</sup> KOM (2001) 598, Tz. 18.



Am Merkmal der „Begünstigung“ in Art. 87 Abs. 1 EGV, das hier in Frage steht, läßt sich das Zusammenspiel der Art. 87 und 86 Abs. 2 EGV mit den sich unmittelbar anschließenden Beweislastfragen aufzeigen. Die Verwirklichung eines beihilferechtlich relevanten Tatbestands ist dann nicht gegeben, wenn der Vorteilsgewährung eine marktübliche Leistung gegenübersteht, d. h. die Zuwendung lediglich die Gegenleistung für die Verpflichtung, eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu erbringen, darstellt<sup>90</sup>. Als objektives, neutrales Beurteilungsverfahren ist das offene Bietverfahren und dessen Ausgestaltung in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt<sup>91</sup>. Unklar und umstritten ist jedoch die Frage, inwieweit die Durchführung eines solchen Verfahrens, das eine angemessene Ausgleichsleistung impliziert, schon den Beihilfetatbestand des Art. 87 Abs. 1 EGV ausschließt<sup>92</sup> oder lediglich auf der Rechtfertigungsebene im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV Bedeutung erlangt<sup>93</sup>. Auswirkungen zeitigt diese Unterscheidung bei dem Erfordernis einer Anmeldung gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV.

Angesichts der nur beispielhaft angeführten Unsicherheiten wird die Forderung der Mitgliedstaaten nach mehr Rechtssicherheit verständlich<sup>94</sup>. Das Ziel von Gruppenfreistellungsverordnungen für einzelne Kategorien von Beihilfen im Bereich der Daseinsvorsorge ist vernünftig. Der vorgesehene Erlaß von Leitlinien für staatliche Beihilfen zu Gunsten der Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kann vorerst Maßstab sein.

Sowohl der europäische als auch der mitgliedstaatliche Gesetzgeber hat das Problem der Finanzierung von Gemeinwohlanliegen und der öffentlichen Dienste erkannt. Diese können trotz Wettbewerb unter Marktbedingungen oft nur defizitär erbracht werden. Eine Tendenz zur „gesetzlichen“ Regelung derartiger Sachverhalte ist unverkennbar. Erinnert sei nur an die verschiedenen Universaldienstkonzepte<sup>95</sup>, die für Fälle der Kostenunterdeckung Marktteilnehmer zur Unterhaltung eines Universaldienstfonds verpflichten. In anderen Wirtschaftsbereichen hat das Gemeinschaftsrecht

<sup>90</sup> *Magiera* (FN 37), S. 279 ff.

<sup>91</sup> *C. Koenig*, Funktionen des Bietverfahrens im EG-Beihilfenrecht: *EuZW* 2001, S. 741 (744 f.).

<sup>92</sup> *EuGH*, *NVwZ* 2002, S. 193 = *EuZW* 2002, S. 48 = *RIW* 2002, S. 230 – *Ferring/ACOSS*; hierzu *A. Bartosch*, Der *EuGH* zieht der EG-Beihilfenkontrolle engere Schranken – das Urteil in der Rechtssache *Ferring/ACOSS*: *NVwZ* 2002, S. 174, sowie *J. Gundel*, Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse: Zum Verhältnis zwischen Art. 86 Abs. 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht: *RIW* 2002, S. 222.

<sup>93</sup> Allgemein *Koenig* (FN 91), S. 744; *A. Bartosch*, Schnittstellen zwischen öffentlicher Auftragsvergabe und europäischem Beihilfenrecht: *WuW* 2001, S. 673 (676 ff.).

<sup>94</sup> Hierzu etwa das Positionspapier der Bayerischen Staatsregierung zu den „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, Januar 2002, Punkt III. 4., das sogar auf eine Vertragsänderung im Bereich der Ausnahmetatbestände zielt.

<sup>95</sup> Vgl. §§ 11 ff. *PostG*; §§ 17 ff. *TKG*.

schon früh mit einschlägigem Sekundärrecht reagiert<sup>96</sup>. Gemeinsam ist allen Konzepten ein gestuftes Vorgehen, wonach die primäre Verantwortlichkeit für die Erfüllung der öffentlichen Dienste bzw. der Gemeinwohlbelange dem Markt obliegt. Sekundär besteht die Möglichkeit, einzelne Unternehmen zur Erbringung zu verpflichten. Erst bei Kostenunterdeckung greifen die besonderen Regelungen zur Finanzierung. Derartige Kosten werden in den Markt verlagert, um staatliche Unterstützungsmaßnahmen unnötig zu machen<sup>97</sup>.

### **III. Daseinsvorsorge in Deutschland – unter dem Einfluß europäischen Wettbewerbsrechts**

1. *Kein deutsches Modell.* Ein „deutsches Modell der Daseinsvorsorge“ ist nicht zu erkennen<sup>98</sup>. Die Bereiche der Telekommunikation, der Energie- und Wasserversorgung, des öffentlichen Nahverkehrs, der Abwasser- und Abfallentsorgung oder der Postdienste zeichnen sich durch unterschiedliche Fortschritte auf den Gebieten der Marktöffnung sowie durch unterschiedliche Regelungsdichte aus. Staat und Privatwirtschaft handeln in den verschiedensten Formen zusammen und nebeneinander. Aufgaben der Gemeinwohlsicherung werden zum Teil mit Zwischenschaltung einer Regulierungsbehörde<sup>99</sup>, durch staatliche, kommunale, private und gemischtwirtschaftliche Unternehmen wahrgenommen. Dementsprechend komplex gestaltet sich das Zusammenspiel der verschiedenen Rechtsebenen, ausgehend von den europarechtlichen Vorgaben<sup>100</sup>, über die Vorschriften des Grundgesetzes (vgl. Art. 87 f. GG) bis hin zum Kommunalrecht (vgl. z. B. Art. 86 ff. BayGO).

Darüber hinaus stehen den Mitgliedstaaten verschiedenste Möglichkeiten offen, Leistungen der Daseinsvorsorge zu erbringen. Denkbar ist eine Libe-

---

<sup>96</sup> Vgl. etwa für den Verkehrssektor die VO (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26.06.1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl. EG 1969, Nr. L 156/1, sowie die VO (EWG) Nr. 1107/70 des Rates vom 04.06.1970 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr, ABl. EG 1970, Nr. L 130/1.

<sup>97</sup> Zur Reintegration von Gemeinwohlkosten in den Markt *Masing* (FN 30), S. 183 f.

<sup>98</sup> Im Gegensatz zu anderen europäischen Staaten, wobei hier exemplarisch Frankreich mit einem dogmatisch ausgeprägten System der öffentlichen Dienstleistungen und Großbritannien mit einem starken privaten Sektor und unabhängigen Regulierungsbehörden zu nennen sind; hierzu *J. Hellermann*, Daseinsvorsorge im europäischen Vergleich, in: Schader-Stiftung (Hrsg.), Die Zukunft der Daseinsvorsorge, 2001, S. 78 (82 ff.).

<sup>99</sup> Vgl. §§ 66 ff. TKG.

<sup>100</sup> Zu beachten sind diesbezüglich vor allem die Liberalisierungsrichtlinien sowie die Art. 81 f. EGV, denen auf liberalisierten Märkten eine besondere Bedeutung zukommt.

ralisierung des Marktes, um dem Wettbewerb selbst die Erfüllung dieser Aufgabe zu überlassen, die Auferlegung von Gemeinwohlverpflichtungen oder die Übertragung ausschließlicher und besonderer Rechte auf einen Anbieter oder eine begrenzte Zahl von Anbietern<sup>101</sup>.

2. *Einzelne Märkte.* Konflikte zeigen sich zum einen im Vorfeld von Liberalisierungs- und Privatisierungsvorhaben, indem das Vertrauen in den Markt bezüglich der Gewährleistung der Daseinsvorsorge in Frage gestellt wird. Deutlich wird das aktuell im Bereich der Öffnung der Wassermärkte. Obwohl derzeit noch keine Anstöße von europarechtlicher Seite ersichtlich sind, wird sich die Forderung nach „Mehr Markt für die Wasserwirtschaft“<sup>102</sup> wohl gegen alle Bedenken vor allem aus kommunaler Sicht durchsetzen. Unzweifelhaft geht mit einer Marktöffnung aus ökologischen Gründen ein erheblicher Regulierungsbedarf einher<sup>103</sup>.

Andere Fragestellungen ergeben sich nach der Öffnung der Märkte, die meist von staatlichen Monopolisten beherrscht wurden. Beispielhaft sei das Beihilfeverfahren der Kommission gegen die Deutsche Post AG wegen Quersubventionierungen erwähnt, das im März 2001 mit einer Entscheidung abgeschlossen wurde. Einnahmen aus dem Briefmonopol<sup>104</sup> wurden im Bereich der liberalisierten gewerblichen Paketdienste unter Verstoß gegen Art. 82 EGV verwendet. Die gegenseitige Beeinflussung von Art. 82 und Art. 86 Abs. 2 EGV ist des öfteren Gegenstand der Rechtsprechung der europäischen Gerichte<sup>105</sup>. Im Ergebnis kann Art. 86 Abs. 2 EGV eine an sich mißbräuchliche Maßnahme rechtfertigen, wenn auch unter strengen Voraussetzungen<sup>106</sup>.

In anderen Wirtschaftsbereichen bewegt sich die rechtliche Diskussion dagegen im Bereich des weiteren Ausbaus der Liberalisierungsvorhaben. Dies trifft vor allem auf den Energiesektor zu, in dem die Umsetzung eines Richtlinienvorschlags der Kommission zur Vollendung des Energiebinnen-

---

<sup>101</sup> Mitteilung der Kommission (FN 43), Tz. 25.

<sup>102</sup> Vgl. FAZ vom 15. 10. 2001.

<sup>103</sup> Vgl. hierzu umfassend *Burgi* (FN 13), S. 101 ff.; BMWi-Forschungsvorhaben: Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen für eine nachhaltige Wasserversorgung, Juli 2001.

<sup>104</sup> Zu der Exklusivlizenz unter verfassungs- und europarechtlichen Gesichtspunkten vgl. *J. A. Kämmerer*, Die Verlängerung der Exklusivlizenz der Deutschen Post AG – ein Privatmonopol im Zwielicht: DVBl. 2001, S. 1705 ff.

<sup>105</sup> So auch im Urteil *Deutsche Post AG / GZS Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH, Citicorp Kartenservice*, verb. Rs. C-147/97 und C-148/97, Slg. 2000, I-825. Um eine etwaige Mißbräuchlichkeit der Nachportoerhebung festzustellen, war konkret die Fragestellung zu klären, inwieweit die Erhebung durch Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt sein konnte.

<sup>106</sup> Weitere Beispiele aus der europäischen Rechtsprechung vgl. *S. Alber*, Unternehmen der Daseinsvorsorge im europäischen Wettbewerbsrecht, in: *Schwarze* (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001, S. 73 ff.

marktes<sup>107</sup> ansteht. Die Kommission erwägt einen Rückgriff auf Art. 86 Abs. 3 EGV, falls der Vorschlag scheitert. Vertragswidrig scheint die vorgesehene Einrichtung einer Regulierungsbehörde, obwohl das in Deutschland praktizierte System des verhandelten Zugangs zum Elektrizitätsversorgungsnetz nach §§ 5 und 6 EnWG<sup>108</sup> umstritten ist.

Schließlich ist im Bereich des öffentlichen Nahverkehrs mit weiteren Liberalisierungsforderungen der EU zu rechnen<sup>109</sup>. In einem überarbeiteten Vorschlag der Kommission<sup>110</sup> betreffend die Vergabe öffentlicher Aufträge für den Personenverkehr ist eine weitgehende Verpflichtung der Mitgliedstaaten enthalten, innerhalb eines festgesetzten Zeitrahmens Aufträge für den öffentlichen Personenverkehr unter Beteiligung privater Unternehmen auszuschreiben. Auch diesbezüglich stoßen die Vorschläge auf den Widerstand der Kommunen<sup>111</sup> sowie auf Kritik seitens der Literatur, soweit eine Zurückdrängung des Gemeinwohlauftrages durch das Wettbewerbsprinzip erkannt wird<sup>112</sup>.

Für den Telekommunikationsmarkt werden Angelegenheiten der Sicherstellung der Daseinsvorsorge überwiegend in Zusammenhang mit den Universaldiensten diskutiert. Für Art. 86 EGV, insbesondere Art. 86 Abs. 3 EGV, wird jedoch weiterhin kein besonderer Anwendungsbereich festgestellt, da die Kommission durch ihre auf Art. 86 Abs. 3 EGV gestützte Poli-

---

<sup>107</sup> KOM (2001) 125 endg.: Der Vorschlag sieht eine vollständige Öffnung der Strom- und Gasmärkte für alle Kunden einschließlich der Privathaushalte bis zum Jahr 2005 vor sowie die Einrichtung nationaler Regulierungsbehörden; mittlerweile liegt ein geänderter Vorschlag vor, vgl. KOM (2002) 304 endg. Vgl. ferner den geänderten Vorschlag für eine EG-Netzzugangsverordnung, KOM (2002) 304 endg., die den grenzüberschreitenden Stromtausch und den Wettbewerb im europäischen Strommarkt v.a. mittels Tarifvorgaben fördern will.

<sup>108</sup> P. Becker/M. Faber, Verletzung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts durch das System des verhandelten Netzzugangs: NVwZ 2002, S. 156 (160 f.). Zum Richtlinienvorschlag hinsichtlich einer Regulierungsbehörde siehe M. Schmidt-Preuß, Die Energiemärkte werden in den Dirigismus gestoßen, FAZ, Nr. 73 v. 27.03.2002, S. 14 (Verletzung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung durch eine obligatorische Regulierungsbehörde).

<sup>109</sup> Hierzu allgemein unter Betonung der Bedeutung eines Ausschreibungswettbewerbs M. Fehling, Zur Reform der Daseinsvorsorge am Beispiel des öffentlichen Personennahverkehrs: Die Verwaltung 34 (2001), S. 25 ff.

<sup>110</sup> KOM (2000) 7 endg. vom 26.07.2000, ABl. EG 2000, Nr. C 365/169 vom 19.12.2000: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen; im Rahmen einer Reform der VO 1191/69 i.d.F. der VO 1893/91 des Rates; hierzu geänderter Vorschlag vom 21.02.2002, KOM (2002), 107 endg.

<sup>111</sup> Den Kommunen würden auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge zu viele Vorschriften gemacht, so ein Vertreter des Städte- und Gemeindebundes; vgl. FAZ vom 06.03.2002, Nr. 55, S. 15.

<sup>112</sup> M. Ronellenfitsch, Der ÖPNV im europäischen Binnenmarkt – 2. Teil: VerwArch 2001, S. 293 (310 ff.).

tik im Hinblick auf die Liberalisierung des Marktes erfolgreich war. Insgesamt sind keine staatlichen Ausschließlichkeitsrechte mehr vorhanden; die Mitgliedstaaten sind der Verpflichtung zur Liberalisierung weitgehend nachgekommen<sup>113</sup>. Die fortgeführte Harmonisierung der Rechtsregeln im liberalisierten Telekommunikationsbereich<sup>114</sup> beinhaltet die Verabschiedung einer Richtlinie über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten<sup>115</sup>.

#### IV. Zusammenfassung

Überspitzt formuliert stellt sich in der Auseinandersetzung um die mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge und die entsprechende gemeinschaftsrechtliche Deregulierung die Souveränitätsfrage neu<sup>116</sup>. Zwar spricht die Kommission von einer Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei Festlegung der Leistungen der Daseinsvorsorge<sup>117</sup>. Wie aber schon eingangs betont wurde, handelt es sich bei den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse um einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff, dessen Grenzen der EuGH durchaus deutlich markiert, wenn er beispielsweise bestimmt, daß Hafendarbeiten nicht dazu gehören<sup>118</sup>. Die Kommission geht sogar noch weiter, wenn sie inhaltliche Anforderungen stellt, indem sie Grundsätze der Qualität, der Dauerhaftigkeit und der Gleichbehandlung solcher allgemeinen wirtschaftlichen Dienste fordert<sup>119</sup>.

Die offenen Tatbestandsmerkmale („allgemeines wirtschaftliches Interesse“; „rechtlich oder tatsächlich verhindert“; „in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwider läuft“) werfen die Frage auf, inwieweit die Mitgliedstaaten bzw. die Kommission für

---

<sup>113</sup> M. Paulweber, Europäische Telekommunikationspolitik an der Schwelle zum 21. Jahrhundert: Liberalisierung und Wettbewerb versus Harmonisierung und Regulierung: ZUM 2000, S. 11 (28).

<sup>114</sup> Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG 2002, Nr. L 108/33. Zum neuen Rechtsrahmen vgl. C. Franzius, Strukturmodelle des europäischen Telekommunikationsrechts: EuR 2002, S. 660 ff.; J. Scherer, Die Umgestaltung des europäischen und deutschen Telekommunikationsrechts durch das EU-Richtlinienpaket – Teil 1: Kommunikation und Recht 2002, S. 273 ff.

<sup>115</sup> Vgl. die Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, ABl. EG 2002, Nr. L 108/51.

<sup>116</sup> So E.-J. Mestmäcker, Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext, in: FS Zacher, 1998, S. 635 (638), unter besonderem Hinweis auf die französische Situation.

<sup>117</sup> Mitteilung der Kommission (FN 43), Tz. 22.

<sup>118</sup> EuGH, Slg. 1991, I-5889 – „Merci convenzionali porto di Genova“.

<sup>119</sup> Mitteilung der Kommission (FN 43), Tz. 8 ff.

die Konkretisierung zuständig sind. Einerseits ist Art. 86 EGV von mitgliedstaatlichen Vorgaben abhängig, andererseits ist für die Gemeinschaft ein großer Regelungsbereich belassen<sup>120</sup>. Dieses „Gleichgewichtsprinzip“<sup>121</sup> könnte in „partnerschaftlicher Zusammenarbeit“<sup>122</sup>, in einem integrativen Zusammenwirken bewältigt werden. Mit diesen Formeln wird die Problematik zwischen dem Souveränitätsvorbehalt der Mitgliedstaaten<sup>123</sup> und einem Gemeinschaftsvorbehalt<sup>124</sup> aber nur verschleiert. Zur Zeit bestehen Grauzonen<sup>125</sup> für durchaus relevante Fragen. So hat der EuGH beispielsweise im „Corbeau“-Urteil<sup>126</sup> Quersubventionierungen für zulässig gehalten. Eine Privilegierung rentabler Betriebe soll also auch dann erlaubt sein, wenn dies für die Bewirtschaftung unrentabler Betriebsbereiche erforderlich ist. Letztlich könnte diese Auffassung zur Absicherung monopolisierter Betriebe gegenüber jedem privaten Wirtschaftsteilnehmer führen<sup>127</sup>. Auf der gleichen Linie liegt es, wenn eine Freistellung von der allgemeinen Wettbewerbsregel bereits dann für möglich gehalten wird<sup>128</sup>, wenn deren Anwendung für die privilegierten Unternehmen die Erfüllung ihrer besonderen Verpflichtungen sachlich oder rechtlich gefährdet.

Das Modell des Art. 86 EGV wird nur nach einer Gesamtschau seiner Absätze verständlich. Durch die Inanspruchnahme der Ermächtigung des Art. 86 Abs. 3 EGV in Verbindung mit Art. 86 Abs. 2 EGV konnte eine „gemeinschaftsweite Liberalisierungskraft“<sup>129</sup> entfaltet werden, wie sie sich vor allem im Telekommunikationsbereich zeigt. Dies wird nach der jeweiligen wirtschaftspolitischen Grundausrichtung des Betrachters begrüßt oder beklagt werden. Die deutsche Monopolkommission jedenfalls mahnt „zur Überwindung der nationalen Reformunfähigkeit“<sup>130</sup> noch durchgreifendere Liberalisierungsinitiativen der Europäischen Kommission an.

Jenseits solcher politikbestimmten Äußerungen stellt sich abschließend nochmals die grundsätzliche Rechtsfrage, wie die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die wirtschaftlichen Dienste von allgemeinem Interesse im

<sup>120</sup> So zutreffend *Storr* (FN 25), S. 325.

<sup>121</sup> *E. Steindorff*, Mehr staatliche Identität, Bürgernähe und Subsidiarität in Europa?: ZHR 163 (1999), S. 395 (427).

<sup>122</sup> Mitteilung der Kommission (FN 43), Zusammenfassung und Tz. 57.

<sup>123</sup> *K. Hailbronner*, Öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt – Dienstleistungsmonopole und Gemeinschaftsrecht: NJW 1991, S. 593 (600).

<sup>124</sup> *P. J. Tettinger*, Die öffentlichen Unternehmen im primären Gemeinschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Energiewirtschaft: DVBl. 1994, S. 88 (89).

<sup>125</sup> Vgl. *A. Bartosch*, Neue Transparenzpflichten – eine kritische Analyse des Kommissionsentwurfs einer neuen Transparenzrichtlinie: EuZW 2000, S. 333 (335).

<sup>126</sup> EuGH, Slg. 1993, I-2533 – Corbeau.

<sup>127</sup> Vgl. LG Aachen, NJW 2000, S. 744.

<sup>128</sup> Vgl. EuGH (FN 58).

<sup>129</sup> *T. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 405.

<sup>130</sup> 11. Hauptgutachten der Monopolkommission 1994/95, BT-Drs. 13/5309, S. 41.

Vertrag selbst geregelt ist. Der soziologische Begriff der Daseinsvorsorge ist hierbei eher geeignet, die Grundfrage zu vernebeln. Verfehlt ist es auch, Art. 16 EGV als eine „Bremsung“ der Gemeinschaft zu verstehen<sup>131</sup>. Ein Gegensatz zwischen der „Durchsetzung des Wettbewerbsrechts“ und der Anerkennung mitgliedstaatlicher Leistungsbefugnisse läßt sich weder aus dem Vertrag noch aus der Rechtsprechung des EuGH herleiten. „Die Wettbewerbsregeln sollen als Allokationsmechanismus auch das *Prinzip* der Daseinsvorsorge optimieren<sup>132</sup>.“ Nur so läßt sich nachvollziehen, daß in Art. 16 EGV ausdrücklich auf die Beachtung der Wettbewerbsregeln verwiesen wird.

Wollte man die Ausübung von wettbewerbsrechtlichen Kontrollbefugnissen durch die Kommission bzw. durch den EuGH beschränken, wie dies verschiedentlich, beispielsweise im Positionspapier der Bayerischen Staatsregierung, vorgeschlagen wird<sup>133</sup>, dann würden die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse endgültig zum trojanischen Pferd einer offenen Wirtschaft mit freiem Wettbewerb.

Dem nationalen Gesetzgeber räumt Art. 86 Abs. 2 EGV einen Handlungsbereich ein, der dem Spannungsverhältnis zwischen öffentlicher Aufgabenerfüllung und Marktprinzip hinreichend Rechnung trägt. Ein pauschaler Rückzug der Mitgliedstaaten, die eine starke öffentliche Wirtschaft anstreben, auf die Notwendigkeit öffentlicher Aufgabenerfüllung unter Berufung auf ihren Daseinsvorsorgeauftrag kommt angesichts der gemeinschaftsrechtlichen Forderungen nach präziser Aufgabenumschreibung nicht mehr in Frage. Die Liberalisierungsbestrebungen haben diese Ansicht gestärkt. Der Begriff der „Daseinsvorsorge“ bringt in diesem Zusammenhang keinen Erkenntnisgewinn<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> So aber *Storr* (FN 25), S. 335.

<sup>132</sup> So zutreffend *C. Koenig*, Daseinsvorsorge durch Wettbewerb!: *EuZW* 2001, S. 481; a.A. *J. Schwarze*, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts: *EuZW* 2001, S. 334 (339).

<sup>133</sup> Vgl. Positionspapier der Bayer. Staatsregierung (FN 94).

<sup>134</sup> Für eine Vermeidung des Begriffes auch *G. Püttner*, Neue Regelungen für öffentliche Unternehmen?: *DÖV* 2002, S. 731 (734).