

Europa-Institut Freiburg e.V.

Kolloquium

Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts

Freitag, 8. Dezember 2000
Freiburg i.Br.

Die Vorstellungen der Kommission zur Daseinsvorsorge

Dr. Rüdiger Dohms^{*}
Europäische Kommission, GD Wettbewerb

^{*} Der Autor ist Beamter der Europäischen Kommission in der Generaldirektion Wettbewerb und gibt seine persönlichen Auffassungen wieder. Die Aussagen dieses Textes binden die Europäische Kommission nicht.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Teil 1: Europäisches Gemeinschaftsrecht und Daseinsvorsorge: Die Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20.9.2000

I. Der grundlegende Ansatz der Mitteilung vom 20.9.2000

II. Daseinsvorsorgeleistungen außerhalb des Anwendungsbereichs des EG-Rechts

- A. Tätigkeiten nichtwirtschaftlicher Natur
 - 1. EG-Wettbewerbsregeln
 - 2. EG-Binnenmarktregeln
 - 3. Abgrenzung noch nicht umfassend geklärt
 - 4. Beispiele
 - 4.1. Genuin hoheitliche Aufgaben
 - 4.2. Nationale Bildungssysteme, Grundversorgungssysteme der sozialen Sicherheit mit Pflichtmitgliedschaft
 - 4.3. Wahrnehmung sozialer Aufgaben ohne Gewinnerzielungsabsicht
- B. Rein innerstaatliche Sachverhalte
- C. Zwischenergebnis
 - 1. Zahlreiche Daseinsvorsorgeleistungen nicht von den EG-Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln erfaßt
 - 2. Tendenziell abnehmende Zahl nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten und rein innerstaatlicher Sachverhalte

III. Daseinsvorsorgeleistungen innerhalb des Anwendungsbereichs des EG-Rechts

- A. *De-minimis* Regeln und spezielle Ausnahmetatbestände
 - 1. *De minimis*
 - 2. Spezielle Ausnahmetatbestände
 - 2.1. Beihilfen zur Förderung der Kultur
 - 2.2. Verschiedene Rahmenregelungen, Leitlinien und Gruppenfreistellungsverordnungen
- B. Daseinsvorsorgeleistungen und offene, wettbewerbliche Märkte
 - 1. Grundsätze
 - 1.1. Das Ziel der EG-Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln
 - 1.2. Staatliche diskriminierungsfreie Regulierungen, staatliche Betrauung mit Daseinsvorsorgeleistungen
- C. Welche Anforderungen stellt das Gemeinschaftsrecht ?
 - 1. Die eigentumsrechtliche Neutralität des Gemeinschaftsrechts
 - 2. Die Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen
 - 3. Die besondere Verantwortung der Mitgliedstaaten nach Art.86 Abs.1 EGV
 - 4. Die Grenzen ausschließlicher und besonderer Rechte nach Art.86 Abs.1 EGV
 - 4.1. Im Bereich der EG-Wettbewerbsregeln
 - 4.2. Im Bereich der EG-Binnenmarktregeln
 - 5. Die Sonderregelung für Daseinsvorsorgeleistungen nach Art.86 Abs.2 EGV
 - 5.1. Der Inhalt des Art.86 Abs.2
 - 5.2. Die Voraussetzungen des Art.86 Abs.2 im einzelnen

- a) Staatliche Betrauung mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
 - aa) Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
 - bb) Betrauung
 - cc) Weitgehend problemlose Erfüllbarkeit dieser Voraussetzungen
- b) Proportionalitätsprüfung nach Art.86 Abs.2
 - aa) Funktionsgarantie zugunsten von Daseinsvorsorgediensten, keine Strukturbestandsgarantie
 - bb) Staatliche Kompensationszahlungen für Daseinsvorsorgeleistungen
 - cc) Der neue Art.16 EGV
- c) Proportionalitätsprüfung anhand von Einzelfallentscheidungen oder im Rahmen des Erlasses von sekundärem Gemeinschaftsrecht
 - aa) Liberalisierungsrichtlinien der Kommission nach Art.86 Abs.3
 - bb) Kommissionsvorschläge für Richtlinien oder Verordnungen von Rat und Europäischem Parlament insbesondere aufgrund des Art.95 EGV

Teil 2 Ausblick in die Zukunft
--

I. Die Forderung nach Vertragsänderungen oder Selbstbeschränkungslisten der Kommission

- A. Die selbstbindende Wirkung der Mitteilung der Kommission vom 20.9.2000
- B. Bereichsausnahmen
 - 1. Die Legalität von Selbstbeschränkungen der Kommission
 - 2. Nachteile von Bereichsausnahmen
 - 2.1. Nicht sachgerecht
 - 2.2. Nicht nötig

II. Die demokratische Legitimation des Kommissionshandelns

Schluß

Einleitung

Im Rahmen des Themas „Unternehmen der Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts“ soll dieser Beitrag über die Vorstellungen der Kommission zur Daseinsvorsorge informieren. Leistungen der Daseinsvorsorge sind gemeinwohlorientierte Leistungen wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Natur, an deren Erbringung die Allgemeinheit und der Staat ein besonderes Interesse haben. In Deutschland werden hierzu die öffentlich zugängliche Versorgung mit Energie, Wasser, Abfallbeseitigung, Transport, Telekommunikation, Post, Informationsmedien, Finanzdienst- und Versicherungsleistungen, die Bereitstellung eines grundlegenden Sozial-, Bildungs- und Ausbildungswesens, zahlreiche sozial motivierte Dienste sowie die Gewährleistung der äußeren und inneren Sicherheit, des Justiz- und Personenstandswesens gerechnet¹.

Die Kommission muß sich in der täglichen Praxis der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln, ständig mit Gesichtspunkten der Daseinsvorsorge und ihrer konkreten Umsetzung beschäftigen. Dies gilt bei der Einzelfallbehandlung insbesondere im Zusammenhang mit Art.86 Abs.2 EG-Vertrag (EGV), ebenso wie bei Vorschlag oder Erlaß von sekundärem Gemeinschaftsrecht zur Liberalisierung von Sektoren, in denen Daseinsvorsorgeleistungen wirtschaftlicher Natur erbracht werden.

Die umfassendste Darstellung der Vorstellungen der Kommission findet sich neben der Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa von September 1996 in der neuen Mitteilung gleichen Titels vom 20. September 2000, die als Orientierung für diesen Beitrag dienen soll.

Teil 1: Europäisches Gemeinschaftsrecht und Daseinsvorsorge: Die Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20.9.2000²

Die Novellierung der Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge aus dem Jahr 1996 wurde ganz wesentlich von **Besorgnissen der deutschen Bundesländer und Gemeinden** angestoßen, die Anwendung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Wettbewerbsregeln, gefährde und zerstöre ein „Netzwerk gewachsener und bewährter Strukturen der Daseinsvorsorge“ auf regionaler und lokaler Ebene. Anfang des Jahres 2000 entwickelten alle 16 Bundesländer in massiver Form die Forderung nach mehr Rechtssicherheit für Leistungen der Daseinsvorsorge. Die Bundesländer wandten sich an die deutsche Bundesregierung und an die Europäische Kommission, unterlegt mit der Drohung, die Ergebnisse der für den Dezember 2000 geplanten Regierungskonferenz von Nizza im Bundesrat nicht zu ratifizieren.

¹ Hierzu Immenga-Mestmäcker-Mestmäcker, EG-WbR, Art.37, 90 a.F. (Art.31, 86 n.F.) EGV, S.1569-1571 Rn 1-3.

² KOM(2000) 580 endg.; auch veröffentlicht in ABl. 2001 C 17/4 vom 19.1.2001.

In seinen Schlußfolgerungen des Gipfels von **Lissabon** vom 23.-24.3.2000 stellte der Europäische Rat fest, es sei *„wesentlich, daß im Rahmen des Binnenmarktes und einer wissensbasierten Wirtschaft den Vertragsbestimmungen über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und über Unternehmen, die mit solchen Dienstleistungen betraut sind, in vollem Umfang Rechnung getragen wird.“* Er ersuchte deswegen die Kommission, ihre Mitteilung von 1996 im Einklang mit dem EG-Vertrag zu überarbeiten. Zu erwähnen ist hierbei der insgesamt sehr wettbewerbs-, innovations- und offenmarktfreundliche Kontext dieses Ersuchens. Die Schlußfolgerungen setzten u.a. als ein **neues strategisches Ziel** für das kommende Jahrzehnt, die Europäische Union *« zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen - einem Wirtschaftsraum, der fähig ist, ein dauerhaftes Wirtschaftswachstum mit mehr und besseren Arbeitsplätzen und einem größeren sozialen Zusammenhalt zu erzielen. »* Zur Erreichung dieses Ziels bedürfe es *« einer globalen Strategie, in deren Rahmen*

- der Übergang zu einer wissensbasierten Wirtschaft und Gesellschaft durch bessere Politiken für die Informationsgesellschaft und für die Bereiche Forschung und Entwicklung sowie durch die Forcierung des Prozesses der Strukturreform im Hinblick auf Wettbewerbsfähigkeit und Innovation und durch die Vollendung des Binnenmarktes vorzubereiten ist;*
- das europäische Gesellschaftsmodell zu modernisieren, in die Menschen zu investieren und die soziale Ausgrenzung zu bekämpfen ist;*
- für anhaltend gute wirtschaftliche Perspektiven und günstige Wachstumsaussichten Sorge zu tragen ist, indem ein geeigneter makroökonomischer Policy-mix angewandt wird. »*

I. Der grundlegende Ansatz der Mitteilung vom 20.9.2000

Im folgenden soll dargestellt werden, wie die Kommission das Thema der Daseinsvorsorge in ihrer Mitteilung vom 20.9.2000 umfassend aufgearbeitet und damit auch auf die oben angesprochenen Besorgnisse der deutschen Bundesländer und Gemeinden reagiert hat. Die Debatte ist komplex, sehr politisch und hat darüber hinaus auch eine wichtige emotionale Komponente. In diesem Umfeld bemüht sich die Kommission in ihrer Mitteilung um eine Versachlichung der Diskussion.

Die Mitteilung konzentriert sich deshalb in ihren ersten drei Teilen darauf, den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen für Daseinsvorsorgeleistungen umfassend zu beschreiben. Hierzu werden zunächst die Reichweite und die Grenzen der relevanten EG-Regeln dargelegt. Dies sind insbesondere die Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln, die gemeinsam offenen und wettbewerblichen Märkten dienen. Außerdem werden die Ausnahmebestimmungen und Flexibilitäten der Rechtsordnung besser erklärt, die es ermöglichen, den Besonderheiten der Daseinsvorsorge gerecht zu werden.

Hierbei bleibt die Mitteilung immer auf dem Boden des geltenden Gemeinschaftsrechts und vermeidet **im Zuge eines realistischen Ansatzes** Darstellungen und Versprechungen, die im Nachhinein von der praktischen Wirklichkeit widerlegt werden könnten. Auf dieser Grundlage stellt die Mitteilung die gesamte Bandbreite der Gründe dar, warum Daseinsvorsorgeleistungen außerhalb des Anwendungsbereiches der EG-Regeln stehen oder mit diesen vereinbar sein können. Sie gibt damit **Orientierung u.a. für zwei zentrale Diskussionspunkte:**

Dies ist erstens die Frage, inwieweit die Strukturen, in denen Daseinsvorsorgeleistungen traditionell erbracht wurden, erhalten werden können oder im Hinblick auf freie Märkte und Wettbewerb zu öffnen sind³, und zweitens die Frage, inwieweit der Staat Daseinsvorsorgeleistungen subventionieren darf⁴.

Ein vierter Teil und der Anhang I der Mitteilung beschäftigen sich mit den Erfahrungen bei der Liberalisierung einzelner Leistungen der Daseinsvorsorge in den Bereichen Telekommunikation, Verkehr, Energie und Post im Rahmen des Binnenmarktprogramms. Es wird gezeigt, wie die Kommission ihre Bemühungen zur Öffnung der Märkte und zur Einführung von Wettbewerb auf die Besonderheiten des jeweiligen Sektors und die Daseinsvorsorgebedürfnisse in diesem zuschneidet und dementsprechend meist schrittweise vorgeht. Außerdem wird deutlich, daß diese Vorgehensweise die Qualität und Erschwinglichkeit der Daseinsvorsorgeleistungen stets nicht nur erhalten, sondern verbessert hat.

Der fünfte Teil der Mitteilung untersucht schließlich Möglichkeiten, wie die Kommission und andere EU-Institutionen in Zusammenarbeit mit den verschiedenen Regierungs- und Verwaltungsebenen in Europa gemeinsam eine Europäische Perspektive der Daseinsvorsorge entwickeln könnten. Die Kommission verpflichtet sich, bei der Regulierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (einschließlich ihrer Aktivitäten zur Liberalisierung und Steigerung der Effizienz dieser Leistungen) das Subsidiaritätsprinzip (Art.5 Abs.2 EGV) und die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Definition der Leistungen der Daseinsvorsorge gebührend zu beachten. Die Kommission erkennt an, daß dies eine sorgfältige Untersuchung der Rollenverteilung zwischen den verschiedenen Regierungsebenen bei der Regulierung solcher Dienste verlangt und verweist im übrigen auf die für den Sommer 2001 geplante Veröffentlichung ihres Weißbuches über verantwortungsvolles staatliches Handeln ("White Paper on Governance").

II. Daseinsvorsorgeleistungen außerhalb des Anwendungsbereichs des EG-Rechts

Die Mitteilung verdeutlicht zunächst **zwei wichtige Einschränkungen** für die Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln, die für die Daseinsvorsorge relevant sind. Die Regeln gelten

- nicht für Tätigkeiten nichtwirtschaftlicher Natur,
- und sie gelten auch nicht für rein innerstaatliche Sachverhalte, d.h. Fälle, in denen eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten ausgeschlossen werden kann (Wettbewerbsregeln) bzw Fälle, die in all ihren wesentlichen Aspekten auf einen einzelnen Mitgliedstaat beschränkt sind (Binnenmarktregeln).

A. Die relevanten EG-Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln beziehen sich nur auf Tätigkeiten wirtschaftlicher Natur. Daseinsvorsorgeleistungen nichtwirtschaftlicher Natur werden von diesen Regeln gar nicht erfaßt.

³ Siehe hierzu unten in Teil I, Punkte II. C.1. und III. B. – C., insbesondere Punkt III. C. 5.2. b).

⁴ Siehe hierzu unten in Teil I, Punkte II. A.1. und II. C.1. und III. C. 5.2. b) bb).

1. Hinsichtlich der **EG-Wettbewerbsregeln** ergibt sich dies aus dem **funktionalen Unternehmensbegriff des EuGH**. Hiernach ist Unternehmen jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung⁵ und damit unabhängig von organisatorischen Besonderheiten in den verschiedenen Mitgliedstaaten. Präziser ausgedrückt muß es sich um eine Tätigkeit wirtschaftlicher Natur handeln. Ob Gewinne erzielt werden, ist unerheblich; auch defizitäre Einheiten, die Tätigkeiten wirtschaftlicher Natur ausüben, sind Unternehmen im Sinne des EG-Rechts. **Das EG-Wettbewerbsrecht bezieht sich nur auf Unternehmen:**
 - Im **Kartellrecht (Art.81/82 EGV, Art.65/66 Abs.7 EGKS)** geht es um das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen zwischen Unternehmen oder um den Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen durch Unternehmen.
 - Die **Fusionskontrolle (VO Nr 4064/89, Art.66 Abs.1-6 EGKS)** betrifft Zusammenschlüsse von Unternehmen.
 - Die **Beihilfenkontrolle (Art.87-89 EGV)** befaßt sich mit staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen zugunsten bestimmter Unternehmen. Deswegen sind staatliche Unterstützungsleistungen, die Tätigkeiten nichtwirtschaftlicher Natur zugutekommen, keine Beihilfen und unterliegen damit nicht der EG-Beihilfenkontrolle⁶.
2. **Die relevanten EG-Binnenmarktregeln beziehen sich auf wirtschaftliche Tätigkeit:**
 - **Art.43 EGV** garantiert den Staatsangehörigen oder Unternehmen (Art.48 EGV) eines Mitgliedstaates die **Freiheit der Niederlassung** im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates zum Zwecke der Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie zur Gründung und Leitung von Unternehmen⁷.
 - **Art.49 EGV** garantiert den Angehörigen der Mitgliedstaaten die Freiheit, grenzüberschreitend **Dienstleistungen** in einem anderen Mitgliedstaat zu erbringen als demjenigen, in dem sie selbst ansässig sind. Aus der Definition von Dienstleistungen in Art.50 EGV geht hervor, daß es sich um Tätigkeiten wirtschaftlicher Natur handeln muß. Dienstleistungen sind hiernach Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten.
3. Die Abgrenzung zwischen Tätigkeiten wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Natur ist noch nicht umfassend geklärt und wird darüber

⁵ Ständige Rechtsprechung seit EuGH Rs C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979, Rn 21.

⁶ Ein und dieselbe Einheit kann Doppelnatur haben, d.h. einerseits in Hinblick auf die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeit Unternehmen und andererseits im Hinblick auf die Ausübung nichtwirtschaftlicher Tätigkeit kein Unternehmen sein. Dies verdeutlichen z.B. die Urteile EuGH Rs 118/85 *Kommission / Italien* (« *AAMS* »), Slg. 1987, 2599, Rn 6-13 und EuGH Rs C-387/93 *Banchero*, Slg. 1995, I-4663.

⁷ Insbesondere Gesellschaften iSv Art.48 Abs.2: Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.

hinaus stets auch von den konkreten Umständen des Einzelfalles abhängen. Zusammenfassend und übergreifend läßt sich sagen, daß wirtschaftliche Tätigkeit und damit Anwendbarkeit der Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln jedenfalls dann gegeben ist, wenn Tätigkeiten industrieller, handwerklicher oder kommerzieller Art ausgeübt werden, die darauf gerichtet sind, Güter oder Dienstleistungen auf einem Markt anzubieten⁸.

4. Die neue Mitteilung erläutert diese Kriterien anhand von Beispielen:

4.1. In Punkt 28 führt die Mitteilung zunächst **genuin hoheitliche Aufgaben** an, d.h. Aufgaben, die *per se* dem Staat vorbehalten und deshalb nichtwirtschaftlicher Natur sind: Als Beispiele genannt werden die Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit, die Justizverwaltung und die Pflege der auswärtigen Beziehungen. Da es auf die Natur der Tätigkeit und nicht die Rechtsform, in der sie erbracht wird, ankommt, bleiben diese Tätigkeiten nichtwirtschaftlich auch dann, wenn sie zum Teil durch private, vom Staat beauftragte Gesellschaften ausgeführt werden (z.B. in Privatrechtsform geführte Gefängnisse). Die Mitteilung zitiert auch zwei Beispiele aus der Rechtsprechung, in denen der EuGH feststellte, daß eine Einrichtung, die den Luftraum überwacht und Gebühren für die Benutzung ihres Flugsicherungssystems erhebt⁹, oder eine privatrechtliche Einrichtung, die in staatlichem Auftrag in einem Seehafen Überwachungsleistungen zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung erbringt¹⁰, Aufgaben wahrnimmt, die typischerweise hoheitliche Befugnisse darstellen und deshalb nichtwirtschaftlicher Natur sind.

4.2. In Punkt 29 verweist die Mitteilung auf die Rechtsprechung des EuGH wonach Dienstleistungen im Zusammenhang mit **nationalen Bildungssystemen**¹¹ sowie mit **Grundversorgungssystemen der sozialen Sicherheit**¹², für die **Pflichtmitgliedschaft besteht**, nichtwirtschaftlicher Natur sind. In seinem Urteil *Poucet und Pistre* hatte der Gerichtshof die Unternehmenseigenschaft von Einrichtungen des öffentlich-rechtlichen Sozialversicherungssystems zu beurteilen. Der EuGH verneinte die Unternehmenseigenschaft mit Hinweis auf drei Merkmale:

- Erstens dienten die Einrichtungen einem sozialen Zweck, indem sie an der Verwaltung der öffentlichen Aufgabe der sozialen Sicherheit mitwirkten.
- Zweitens beruhe ihre Tätigkeit auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität. Denn die Leistungen würden von Gesetzes wegen und unabhängig von der Höhe der eingezahlten Beträge auf der Grundlage eines Ausgleichssystems erbracht.
- Drittens würden die Tätigkeiten ohne Gewinnerzielungsabsicht erbracht.

⁸ Siehe auch EuGH Rs 118/85 *Kommission / Italien* (« AAMS »), Slg. 1987, 2599, Rn 6-13.

⁹ EuGH Rs C-364/92 *SAT/Eurocontrol*, Slg. 1994, I-43, Rn 27-31.

¹⁰ EuGH Rs C-343/95 *Calí*, Slg. 1997, I-1547, Rn 22-24.

¹¹ EuGH Verb Rs C-263/86 *Humbel*, Slg. 1988, 5365, Rn 15-19.

¹² EuGH Rs C-159/91 und C-160/91 *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637, Rn 6-20.

Aufgrund nachfolgender Urteile¹³ hat sich dann allerdings herausgestellt, daß für den EuGH der soziale Zweck und die fehlende Gewinnerzielungsabsicht nur einen Hinweis auf die nichtwirtschaftliche Natur eines sozialen Sicherungssystems liefern, dessen Unternehmenseigenschaft aber nicht ausschließen können. Entscheidend ist der **Grundsatz der Solidarität**, der auf Zwangsmitgliedschaft und insbesondere auf der Unabhängigkeit des Wertes der erbrachten Leistungen von der Höhe der eingezahlten Beträge beruht.

- 4.3. In Punkt 30 der Mitteilung geht die Kommission über die bisherige Rechtsprechung hinaus und legt ihre Auffassung dar, daß Tätigkeiten von Einrichtungen, die **weitgehend soziale Aufgaben ohne Gewinnabsicht** erfüllen und deren Zweck nicht in der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit besteht, von den wettbewerbs- und binnenmarktrechtlichen Vorschriften der Gemeinschaft in der Regel nicht erfaßt sind. Darunter fallen sollen diverse nichtwirtschaftliche Tätigkeiten von Einrichtungen wie Gewerkschaften, politischen Parteien, Kirchen und religiösen Gemeinschaften, Verbraucherverbänden, wissenschaftlichen Gesellschaften, Wohlfahrtseinrichtungen sowie Schutz- und Hilfsorganisationen.

Im Rahmen ihres oben beschriebenen realistischen Ansatzes¹⁴ verkennt die Kommission jedoch nicht, daß derartige Einrichtungen bei der Erfüllung ihrer Gemeinwohlaufräge auch wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben können¹⁵. Die Kommission bekräftigt, daß hierauf die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften nach Maßgabe der Grundsätze dieser Mitteilung und unter Berücksichtigung des besonderen sozialen und kulturellen Umfelds, in dem die betreffenden Tätigkeiten ausgeübt werden, anzuwenden sind. Außerdem verspricht die Kommission, in solchen Fällen « *im Zusammenhang mit eher allgemeinen Überlegungen zum Gebrauch ihres Ermessensspielraums* » zu prüfen, ob sie aufgrund ihrer gesetzlichen Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag gegebenenfalls tätig werden muß, weil Interessen der Gemeinschaft berührt werden.

- B. **Die EG-Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln sind auf rein innerstaatliche Sachverhalte nicht anwendbar. Dies ist für Daseinsvorsorgeleistungen auf regionaler und lokaler Ebene besonders relevant.**

Voraussetzung für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln ist, daß der Handel zwischen mindestens zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union beeinträchtigt wird. Wenn ausgeschlossen werden kann, daß die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder der Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung oder die Gewährung der Beihilfe den Handel

¹³ EuGH Rs C-67/96 *Albany*, Slg.1999, I-5751, Rn 81-87. EuGH Rs C-115/97 *Brentjens*, Slg.1999, I-6025, Rn 81-87. EuGH Rs C-219/97 *Drijvende Bokken*, Slg.1999, I-6121, Rn 71-77.

¹⁴ Siehe oben in Teil 1, Punkt I.

¹⁵ Im Hinblick auf sozial motivierte Leistungen wird der oben in Teil 1 unter Punkt II. A. 4.2. beschriebene Solidaritätsgrundsatz ein wichtiges Abgrenzungskriterium sein.

zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt, dann sind die EG-Wettbewerbsregeln (Art. 81, 82, 87 EGV) nicht anwendbar¹⁶.

Entsprechend sind die EG-vertraglichen Regeln über die Niederlassungsfreiheit¹⁷ und die Dienstleistungsfreiheit¹⁸ nicht anwendbar auf Sachverhalte, denen jeglicher Auslandsbezug fehlt, weil ihre wesentlichen Elemente sämtlich nicht über die Grenzen des betreffenden Mitgliedstaates hinausweisen. Dies gilt z.B. wenn in Deutschland niedergelassene Unternehmen sich anderswo in Deutschland niederlassen und/oder dort Dienstleistungen erbringen wollen.

C. Zwischenergebnis

1. Zahlreiche Daseinsvorsorgeleistungen, hinsichtlich derer deutsche Bundesländer und Gemeinden Besorgnisse geäußert haben, sind aufgrund ihrer nichtwirtschaftlichen Natur und/oder mangels Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten oder sonstigen Auslandsbezugs nicht von den EG-Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln erfaßt.

Insoweit sind die Fragen, ob die **Strukturen**, in denen diese Daseinsvorsorgeleistungen erbracht werden, zu verändern sind oder nicht, und inwieweit der Staat diese Daseinsvorsorgeleistungen **subventionieren** sollte, rein innerdeutsche Themen, in die sich die Kommission nicht einmischen kann. In der Debatte ist übrigens inzwischen deutlich geworden, daß ein großer Teil des Veränderungsdrucks, der auf den bisherigen Strukturen der Daseinsvorsorgeleistungen lastet, nicht von Brüssel ausgeht, eben weil das EG-Recht nicht immer anwendbar ist oder weil die Europäischen Institutionen bisher noch gar nicht gehandelt haben. Der Veränderungsdruck ergibt sich vielmehr aus sich wandelnden wirtschaftlichen Umständen, aus gestiegenen Ansprüchen der Bürger und aus Reformbemühungen des innerstaatlichen Gesetzgebers vor dem Hintergrund eines ordnungspolitischen Umdenkens und zum Teil auch leerer staatlicher Kassen.

2. Andererseits ist richtig, daß viele Daseinsvorsorgeleistungen wirtschaftlicher Natur sind und darüber hinaus Dienstleistungen, die traditionell nichtwirtschaftlicher Natur waren, durch die Eröffnung neuer Märkte und durch andere Faktoren wirtschaftliche Natur annehmen können. Außerdem ist der funktionale Unternehmensbegriff des EG-Wettbewerbsrechts naturgemäß sehr weit. So hat der EuGH z.B. die deutsche Bundesanstalt für Arbeit, die

¹⁶ Siehe als Beispielsfall aus dem Bereich des Kartellrechts EuGH Verb.Rs C-215/96 und C-216/96 *Bagnasco*, Slg.1999, I-135, Rn 51-53. Ein Beispiel aus dem Bereich der Beihilfenkontrolle ist der Fall N-258/2000 *Schwimmbad Stadt Dorsten*, in dem die Kommission am 21.12.2000 (Pressemitteilung IP/00/1509) entschied, daß die staatliche Förderung eines Schwimmbades aufgrund seines lokalen Einzugsbereichs keine Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten habe und deswegen keine Beihilfe iSv Art.87 Abs.1 EGV darstelle.

¹⁷ Zahlreiche Beispiele bei Von der Groeben/Thiesing /Ehlermann-Troberg, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Auflage, Art.52 (a.F. = Art.43 n.F.) Rn 62.

¹⁸ EuGH Rs 52/79 *Debauve*, Slg.1980, 833, Rn 9 ; EuGH Rs C-41/90 *Höfner*, Slg.1991, I-1979, Rn 37.

Arbeitsvermittlung betreibt, als Unternehmen iSd EG-Wettbewerbsrechts qualifiziert¹⁹. Schließlich kann auch bei regionalen und lokalen Dienstleistungen ein Einfluß auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten oder ein sonstiger Auslandsbezug nicht immer ausgeschlossen werden. Im Zuge der Vertiefung des Europäischen Binnenmarktes und der Intensivierung grenzüberschreitender Austauschbeziehungen nimmt die Zahl der rein innerstaatlichen Sachverhalte tendenziell ab.

Aus allen diesen Gründen ist im nächsten Abschnitt auf Daseinsvorsorgeleistungen, die der Anwendung des EG-Rechts unterliegen, einzugehen. Hierbei soll insbesondere gezeigt werden, daß das EG-Recht zugunsten der Bürger ein gutes Funktionieren von Daseinsvorsorgeleistungen ermöglicht, jedoch möglichst wettbewerbs- und offenmarktfreundliche Bedingungen verlangt und deswegen den Fortbestand bisheriger Strukturen der Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen nicht garantiert.

III. Daseinsvorsorgeleistungen innerhalb des Anwendungsbereichs des EG-Rechts

A. Das Verhältnis von Daseinsvorsorge und EG-Recht muß nicht weiter untersucht werden, wenn *de-minimis* Regeln oder spezielle Ausnahmetatbestände eingreifen.

1. *De minimis*

Nach der *De minimis*-Bekanntmachung der Kommission ist das Beihilfeverbot des Art.87 Abs.1 EGV nicht anwendbar auf alle Beihilfen (außer Exportbeihilfen) von bis zu 100.000 Euro für das einzelne Unternehmen über einen Dreijahreszeitraum²⁰. Dies ist zwar ein geringer Betrag, kann aber in vielen kleinen Fällen auf lokaler und regionaler Ebene bereits die Lösung sein.

2. Spezielle Ausnahmetatbestände

2.1. Gemäß Art.87 Abs.3 Buchst.d EGV können **Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes als vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt angesehen werden, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufen²¹.**

¹⁹ EuGH Rs C-41/90 *Höfner*, Slg.1991, I-1979, Rn 24 ff. EuGH Rs C-55/96 *Job Centre*, Slg.1997, I-7119, Rn 26 ff.

²⁰ Die *De minimis*-Bekanntmachung ist inzwischen durch die am 12.01.2001 von der Kommission angenommene *De minimis*-Verordnung Nr 69/2001/EG ersetzt worden, die am 2.2.2001 in Kraft trat (ABl. 2001 L 10/30). Inhaltlich gibt es keine Veränderungen: die Schwelle von 100.000 Euro für das einzelne Unternehmen über einen Dreijahreszeitraum bleibt erhalten. Die zugrundeliegende Ermächtigungsverordnung Nr 994/98/EG erlaubt der Kommission darüber hinaus den Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen in den Bereichen KMU, Ausbildung, Forschung und Entwicklung, Umwelt, Regionalförderung und Beschäftigung.

²¹ Auf der Grundlage des Art.87 Abs.3 Buchst.d hat die Kommission z.B. genehmigt:

- 2.2. Bedingungen für die Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt nach Art.87 Abs.3 EGV sind in verschiedenen Rahmenregelungen, Leitlinien und inzwischen auch in einigen Gruppenfreistellungsverordnungen festgelegt worden, so z.B. für kleine und mittlere Unternehmen (KMU)²², Unternehmen in benachteiligten Stadtvierteln²³, Beschäftigung²⁴ und Ausbildung²⁵, Regionalbeihilfen²⁶, Umweltschutz²⁷ sowie Forschung und Entwicklung²⁸.

B. Daseinsvorsorgeleistungen und offene, wettbewerbliche Märkte

Erst wenn die in Frage stehende Daseinsvorsorgeleistung wirtschaftlicher Natur ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinflusst bzw einen grenzüberschreitenden Bezug hat und nicht von speziellen Ausnahmevorschriften profitiert, stellt sich die Frage, ob und inwieweit die gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien offener und wettbewerblicher Märkte mit der Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen vereinbar sind.

1. Grundsätze

- 1.1. **Ziel der EG-Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln** sind Schaffung und Schutz offener und wettbewerblicher Märkte in der gesamten Gemeinschaft.

Verschiedene staatliche Beihilfeprogramme zugunsten der Filmproduktion. (Siehe z.B. Deutschland, Fall N-4/98, ABl. 1999 C 272/4. Frankreich, Fall N-3/98, ABl. 1998 C 279, siehe auch 28. Wettbewerbsbericht der Europäischen Kommission (1998). Niederlande, Fall N-486/97, ABl. 1999 C 120/2, siehe auch 28. Wettbewerbsbericht der Europäischen Kommission (1998). Irland, Fall N-32/97, ABl. 1998 C 111/18, siehe auch 27. Wettbewerbsbericht der Europäischen Kommission (1997).)

Staatliche Beihilfen für den Export von Büchern durch die Cooperative d'Exportation du Livre Français (CELF), die es diesem Unternehmen ermöglicht, kleine Bestellungen ausländischer Buchhandlungen anzunehmen, wodurch die Leser in nichtfrankophonen Ländern Werke in Französisch zu erschwinglichen Preisen erwerben können. (Siehe 28. Wettbewerbsbericht der Europäischen Kommission (1998), Erster Teil, Rdnr 275.)

Ein Zuschuß - soweit es sich hierbei überhaupt um eine staatliche Beihilfe handeln sollte - für die Restaurierung eines alten Salzbergwerks in Österreich (Hallstatt), das das UNESCO-Label trug. (Fall N-494/98, Entscheidung der Kommission vom 22.12.1998, ABl. 1999 C 52/10.)

²² Leitlinien zu Beihilfen für KMU, ABl. 1996 C 213/4. Inzwischen ersetzt durch die am 12.01.2001 von der Kommission angenommene Gruppenfreistellungsverordnung Nr 70/2001/EG zu staatlichen Beihilfen für KMU, die am 2.2.2001 in Kraft trat (ABl. 2001 L 10/33).

²³ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen an Unternehmen in benachteiligten Stadtvierteln, ABl. 1997 C 146/6.

²⁴ Leitlinien für Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 1995 C 334/4.

²⁵ Gemeinschaftsrahmen für Ausbildungsbeihilfen, ABl. 1998 C 30/1. Inzwischen ersetzt durch die am 12.01.2001 von der Kommission angenommene Gruppenfreistellungsverordnung Nr 68/2001/EG zu staatlichen Ausbildungsbeihilfen, die am 2.2.2001 in Kraft trat (ABl. 2001 L 10/20).

²⁶ Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung, ABl. 1998 C 74/9.

²⁷ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. 1994 C 72/3. Die Kommission hat am 21.12.2000 einen neuen Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen angenommen (in Kraft seit dem Tag der Veröffentlichung im ABl. 2001 C 37/3 vom 3.2.2001).

²⁸ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen, ABl. 1996 C 45/5.

Die Praxis zeigt in vielen Bereichen, daß die Verfolgung dieser Ziele die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen nicht beeinträchtigt und vielfach deren Qualität sogar verbessert und die Preise senkt. Das beste Beispiel hierfür ist der Telekommunikationssektor, in dem die vollständige Liberalisierung sowohl die Qualität von grundlegenden Telekommunikationsleistungen, die zur Daseinsvorsorge gerechnet werden können, deutlich verbessert als auch zu erheblichen Preissenkungen geführt hat.

- 1.2. Wo der freie, unregulierte Wettbewerb keine ausreichenden Ergebnisse hinsichtlich Qualität, Regelmäßigkeit, Gebietsabdeckung, Erschwinglichkeit und Sicherheit der Leistung bringt, hat der Staat verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten: Er kann selbstverständlich durch **Regulierungen** allen Wettbewerbern gleichermaßen die Einhaltung der notwendigen Standards oder einen Beitrag zu deren Gewährleistung auferlegen, wenn und solange sie im Bereich der Daseinsvorsorge tätig sein wollen. In der Regel erfordert dies nicht die Einschränkung des Wettbewerbs und schon gar nicht den Ausschluß von Unternehmen vom Markt durch Gewährung ausschließlicher oder besonderer Rechte, d.h. die Errichtung von Monopolen oder Oligopolen. Richtlinien und Verordnungen des Gemeinschaftsrechts, die zur Liberalisierung verschiedener Sektoren erlassen worden sind, sehen Möglichkeiten staatlicher Regulierung durch Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Pflichten zwecks Gewährleistung der oben genannten Standards ausdrücklich vor²⁹. In allen anderen Sektoren werden staatliche Regulierungen dieser Kriterien, die **diskriminierungsfrei** allen Unternehmen auferlegt werden, keine Probleme mit dem Gemeinschaftsrecht aufwerfen³⁰. Im Hinblick auf die Universaldienstmerkmale der grundlegenden Qualität, Regelmäßigkeit, Gebietsabdeckung und Erschwinglichkeit bietet sich für den Staat alternativ oder in Kombination mit sonstigen Regulierungen die Möglichkeit an, ein Unternehmen oder eine begrenzte Zahl von Unternehmen mit der Erbringung einer Daseinsvorsorgeleistung, die diese Merkmale aufweist, zu **betrauen**. Durch die Verpflichtung des oder der betrauten Unternehmen zur Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung auch dann, wenn andere Anbieter sich aus dem Markt zurückziehen sollten, werden die Interessen der Bürger und Verbraucher gewahrt selbst wenn der Markt versagen sollte. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu unterstreichen, daß es nicht unbedingt notwendig ist, dem oder den betrauten Unternehmen auch das ausschließliche oder besondere Recht zum Tätigwerden in dem jeweiligen Markt einzuräumen.

C. Welche Anforderungen stellt das Gemeinschaftsrecht ?

²⁹ Siehe z.B. jeweils Art.3 Abs.2 der Binnenmarktrichtlinie Elektrizität (Nr. 96/92/EG, ABl. 1997 L 27/20) und der Binnenmarktrichtlinie Erdgas (Nr. 98/30/EG, ABl. 1998 L 204/1).

³⁰ Die Vereinbarkeit formell nichtdiskriminierender staatlicher Regulierungen mit dem Gemeinschaftsrecht (insbesondere der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) kann in Ausnahmefällen nur dann fraglich sein, wenn die Standards ohne sachliche Rechtfertigung so hauchgeschraubt werden, daß sie von vorneherein nur von einem oder wenigen, dem Staat bekannten inländischen Anbietern erfüllt werden können, sich damit wie die Gewährung eines ausschließlichen oder besonderen Rechts zugunsten dieser inländischen Anbieter auswirken und somit eine materielle Diskriminierung von Konkurrenten aus anderen Mitgliedstaaten darstellen.

Die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts lassen sich am besten anhand der Strukturen erklären, in denen Daseinsvorsorgeleistungen traditionell erbracht wurden und zum großen Teil immer noch erbracht werden. Überwiegend werden hierbei öffentliche Unternehmen und Einrichtungen tätig, die vom Staat mit der Daseinsvorsorgeleistung speziell betraut worden sind. Meist sind sie noch keinem Wettbewerb ausgesetzt, entweder weil andere potentielle Anbieter bisher kein Interesse gezeigt haben, oder weil es Absprachen über Gebietsaufteilungen gibt, oder aber weil besondere oder ausschließliche Rechte, die der Staat den von ihm betrauten Unternehmen gewährt hat, das Auftreten anderer Anbieter verhindern.

1. Die eigentumsrechtliche Neutralität des Gemeinschaftsrechts

Hinsichtlich der Tatsache, daß im Daseinsvorsorgebereich zahlreiche öffentliche, d.h. vom Staat³¹ kontrollierte Unternehmen³² tätig sind, verhält sich das Gemeinschaftsrecht neutral. In Art.295 EGV ist niedergelegt, daß der Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt läßt. Deswegen kann sich die Gemeinschaft nicht in die Frage einmischen, ob öffentliche Unternehmen zu privatisieren sind, oder ob private Unternehmen zu verstaatlichen sind. In der Praxis wird das Prinzip der eigentumsrechtlichen Neutralität oft übersehen und vielfach ist zu hören, die Europäische Kommission zwingt zu Privatisierungen; dies ist nicht richtig. Allerdings können Daseinsvorsorgeleistungen nicht nur von öffentlichen, sondern auch von privaten Unternehmen erbracht werden. Mit der Einführung von Wettbewerb in die verschiedenen Wirtschaftssektoren betreibt die Kommission keine Privatisierung im eigentlichen Sinn. Da wo das EG-Recht dies zuläßt, kann die Kommission durch Anwendung der Vertragsregeln oder durch Vorschlag zum Erlaß bzw durch selbständigen Erlaß von sekundärem Gemeinschaftsrecht bisher monopolisierte Sektoren für den Wettbewerb öffnen, dies aber nur für Unternehmen als solche, d.h. unabhängig davon, ob die neu auftretenden Unternehmen privat oder öffentlich sind.

2. Die Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen

Im Gemeinschaftsrecht gilt das Prinzip der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen. Dies bedeutet, daß öffentliche Unternehmen aufgrund ihres öffentlichen Charakters allein keine Privilegien gegenüber privaten Unternehmen genießen. Öffentliche und private Unternehmen haben gleichermaßen alle Vorschriften des Gemeinschaftsrechts und insbesondere die EG-Wettbewerbsregeln zu beachten. Außerdem werden alle staatlichen Maßnahmen in bezug auf öffentliche und private Unternehmen gleichbehandelt. Dies gilt z.B. für staatliche Beihilfen zugunsten von öffentlichen und zugunsten von privaten Unternehmen. Soweit Ausnahmen nach Art.86 Abs.2 EGV unter dem Aspekt der Erfüllung von

³¹ Staat bzw Mitgliedstaat im Gemeinschaftsrecht sind alle staatlichen Ebenen, d.h. in Deutschland neben dem Bund z.B. auch die Bundesländer und die Gemeinden.

³² Ausführlich zum Begriff des öffentlichen Unternehmens : Wiedemann-Dohms, Handbuch des KartellR, § 35 Rn 21-27.

Daseinsvorsorgeaufträgen gemacht werden³³, hat dies nichts mit dem öffentlichen oder privaten Charakter der Unternehmen zu tun. Das Gleichbehandlungsprinzip findet auch Ausdruck in Art.86 Abs.1 EGV.

3. Die besondere Verantwortung der Mitgliedstaaten nach Art.86 Abs.1 EGV

Nach Art.86 Abs.1 dürfen die Mitgliedstaaten in bezug auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem EG-Vertrag und insbesondere dem Diskriminierungsverbot (Art.12) und den Wettbewerbsregeln (Art.81-89) widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten. Aus Art.86 Abs.1 ergibt sich der Grundsatz einer umfassenden gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlung aller Unternehmen, der im vorangehenden Punkt schon im Zusammenhang mit öffentlichen und privaten Unternehmen angesprochen wurde. Zu den in Art.86 Abs.1 genannten Unternehmen hat der Staat eine Sonderbeziehung, die auf dem beherrschenden öffentlichen Einfluß hinsichtlich öffentlicher Unternehmen oder auf der Gewährung von Sonderrechten an öffentliche oder private Unternehmen beruht. In dieser Situation begründet oder bekräftigt Art.86 Abs.1 eine besondere Verantwortung des Staates, durch Maßnahmen in bezug auf diese Unternehmen grundlegende Prinzipien des EG-Vertrags wie das Diskriminierungsverbot, die Wettbewerbsregeln und z.B. auch die Binnenmarktregeln weder zu verletzen noch zu gefährden.

4. Die Grenzen ausschließlicher und besonderer Rechte nach Art.86 Abs.1 EGV

Der EuGH hat klargestellt, daß die Gewährung und Aufrechterhaltung eines ausschließlichen Rechts (d.h. eines Monopols) oder besonderer Rechte (d.h. eines Oligopols) nicht *per se* gegen den EG-Vertrag verstößt³⁴, sondern nur, wenn sich dies aus den EG-Vertragsregeln, auf die Art.86 Abs.1 verweist, ergibt³⁵.

4.1. Im Bereich der EG-Wettbewerbsregeln verstößt ein Mitgliedstaat gegen Art.86 Abs.1 iVm Art.82, wenn die staatliche Gewährung eines ausschließlichen Rechts nicht nur zur Errichtung einer marktbeherrschenden Stellung führt, sondern der Staat auch eine Lage schafft, in der das Unternehmen diese Stellung zwangsläufig mißbrauchen muß³⁶ oder ein solcher Mißbrauch in den konkreten Umständen wahrscheinlich ist³⁷. Außerdem verletzt der Staat Art.86 Abs.1 iVm Art.82, wenn er die einem Unternehmen durch staatliches ausschließliches Recht auf einem Markt

³³ Siehe hierzu unten in Teil 1, Punkt III. C. 5.

³⁴ Ständige Rechtsprechung seit EuGH Rs 155/73 *Sacchi*, Slg.1974, 409, Rn 14 ; und EuGH Rs 311/84 *Télémarketing (CBEM)*, Slg.1985, 3261, Rn 17.

³⁵ EuGH Rs C-202/88 *Frankreich / Kommission* (« Telekommunikationsendgeräte-RL »), Slg. 1991, I-1223, Rn 22.

³⁶ Ständige Rechtsprechung seit EuGH Rs C-41/90 *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979, Rn 34.

³⁷ Ständige Rechtsprechung seit EuGH Rs C-260/89 *ERT*, Slg.1991, I-2925, Rn 37 ; und EuGH Rs C-179/90 *Porto di Genova*, Slg.1991, I-5889, Rn 17-19.

verschaffte beherrschende Stellung durch Gewährung eines weiteren ausschließlichen Rechts zugunsten desselben Unternehmens auf einen benachbarten, aber getrennten Markt ohne objektive Rechtfertigung ausdehnt³⁸.

- 4.2. Im Bereich der EG-Binnenmarktregeln** läßt sich der Rechtsprechung des EuGH entnehmen, daß staatlich errichtete Monopole zugunsten von Inländern durch den Ausschluß aller anderen Wirtschaftsteilnehmer und damit auch derjenigen aus anderen Mitgliedstaaten dem Nichtdiskriminierungsgebot der Niederlassungsfreiheit (Art.43 ff EGV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art.49 ff EGV) widersprechen und deshalb nur aufgrund spezieller Rechtfertigungstatbestände oder Ausnahmetatbestände mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein können³⁹. Neben den Vorschriften zur öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit⁴⁰ und zur Ausübung öffentlicher Gewalt⁴¹ kann sich eine solche Rechtfertigung unter bestimmten Voraussetzungen aus Art.86 Abs.2 ergeben⁴².

5. Die Sonderregelung für Daseinsvorsorgeleistungen nach Art.86 Abs.2 EGV

Soweit sich Konflikte zwischen den Prinzipien des Wettbewerbs und des Binnenmarktes einerseits und der Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen ergeben können, ist der Art.86 Abs.2 das zentrale Instrument der Konfliktlösung und Konfliktvermeidung. Allerdings geht der EG-Vertrag von der Grundannahme aus, daß in der Regel offene und vollständig wettbewerbliche Märkte, ggf zusammen mit diskriminierungsfreien staatlichen Regulierungen⁴³, Daseinsvorsorgeleistungen am besten erbringen.

³⁸ EuGH Rs C-18/88 *RTT*, Slg. 1991, I-5941, Rn 17-21, 24.

³⁹ Für die Niederlassungsfreiheit siehe Näheres bei Wiedemann-Dohms, Handbuch des KartellR, § 35 Rn 96-99. Für die Dienstleistungsfreiheit siehe EuGH Rs C-353/89 *Kommission / Niederlande* (« *Mediawet* »), Slg. 1991, I-4069, Rn 22-25 ; Näheres bei Wiedemann-Dohms, Handbuch des KartellR, § 35 Rn 78-84. Der EuGH hatte noch keine Gelegenheit, darüber zu entscheiden, ob die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auch dann beeinträchtigt sind, wenn der inländische Inhaber des ausschließlichen Rechts nach objektiven, nichtdiskriminierenden Kriterien in einem transparenten Verfahren ausgewählt wurde, an dem Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten gleichermaßen teilnehmen konnten. Während ein Verstoß gegen das Nichtdiskriminierungsverbot unter diesen Umständen wahrscheinlich auszuschließen wäre, erscheint selbst in dieser Fallgestaltung immer noch eine Beeinträchtigung unter dem Gesichtspunkt der nichtdiskriminierenden aber übermäßigen Beschränkung denkbar, den der EuGH im Rahmen seiner Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit (siehe EuGH Rs 107/83 *Klopp*, Slg.1984, 2971, Rn 17-21; EuGH Rs 96/85 *Kommission / Frankreich* („*Ärzte/Zahnärzte*“), Slg.1986, 1482, Rn 11; EuGH Rs 19/92 *Kraus*, Slg. 1993, I-1663, Rn 32) und zur Dienstleistungsfreiheit (siehe EuGH Rs C-288/89 *Gouda*, Slg.1991, I-4007, Rn 12-15 ; EuGH Rs C-353/89 *Kommission / Niederlande* (« *Mediawet* »), Slg. 1991, I-4069 , Rn 16-19; EuGH Rs C-76/90 *Säger*, Slg.1991, I-4221, Rn 12-13 ; EuGH Rs C-398/95 *SETTG*, Slg.1997, I-3091 Rn 16 ; EuGH RS C-266/96 *Corsica Ferries France*, Slg. 1998, I-3949 Rn 56) entwickelt hat.

⁴⁰ Art.46 EGV in der Niederlassungsfreiheit und Art.55 iVm 46 in der Dienstleistungsfreiheit.

⁴¹ Art.45 EGV in der Niederlassungsfreiheit und Art.55 iVm 45 in der Dienstleistungsfreiheit.

⁴² Im Zusammenhang mit dem allgemeinen Verbot der übermäßigen Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (siehe Fußnote 39) hat der EuGH „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ des Aufnahmestaates als zusätzlichen Rechtfertigungsgrund anerkannt.

⁴³ Siehe oben in Teil 1, Punkt III. B. 1.2.

Dementsprechend ist der **Art.86 Abs.2 als grundsätzlich eng auszulegende Ausnahme** von der Anwendung der EG-Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln ausgestaltet.

- 5.1.** Gemäß Art.86 Abs.2 gelten für Unternehmen, die vom Staat mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut worden sind, die Vorschriften des EG-Vertrags und insbesondere die Wettbewerbsregeln nur insoweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Allerdings darf durch die Anwendung dieser Ausnahme die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Zum Gemeinschaftsinteresse gehören insbesondere die Verwirklichung und der Schutz wettbewerblicher Binnenmärkte, wo immer die Regeln des EG-Vertrags dies ermöglichen. Kurz zusammengefaßt ist auf der Grundlage des Art.86 Abs.2 im Rahmen einer umfassenden Proportionalitätsprüfung dafür zu sorgen, daß Daseinsvorsorgeleistungen einerseits sicher erbracht werden können, dies aber andererseits in einer Art und Weise geschieht, die die Freiheiten des Wettbewerbs und des Binnenmarkts geringstmöglich einschränkt.

5.2. Die Voraussetzungen des Art.86 Abs.2 im einzelnen

- a) Staatliche Betrauung mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse**
- aa)** Als erste Voraussetzung muß die **Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse** sein. Präziser gesagt muß es sich um eine wirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse, d.h. eine Daseinsvorsorgeleistung wirtschaftlicher Natur handeln. Nach der Rechtsprechung des EuGH⁴⁴ muß die Tätigkeit gegenüber dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens spezifische, im Allgemeininteresse liegende Merkmale aufweisen.

Die Definition dessen, was ausgehend von den spezifischen Merkmalen einer Tätigkeit als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu gelten hat, obliegt vorrangig den Mitgliedstaaten und ihren Untergliederungen wie Bundesländern und Kommunen. Sie genießen somit im Daseinsvorsorgebereich eine **weitgehende politische Gestaltungsfreiheit**, die von der neuen Mitteilung vom 20.9.2000 noch einmal deutlich unterstrichen wird⁴⁵. Da es sich jedoch bei Art.86 Abs.2 um Begriffe des Gemeinschaftsrechts und die Inanspruchnahme einer Ausnahmeregelung handelt, **unterliegt die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten einer Mißbrauchskontrolle durch die Kommission, die ihrerseits wiederum durch den EuGH kontrolliert wird**. Die Mitgliedstaaten müssen daher die Daseinsvorsorgeleistung konkret beschreiben (dies fällt idR mit dem Betrauungsakt zusammen). Die Kommission überprüft dann lediglich, ob

⁴⁴ EuGH Rs C-242/95 *GT-Link*, Slg.1997, I-4449, Rn 53. EuGH Rs C-266/96 *Corsica Ferries France*, Slg.1998, I-3949, Rn 45.

⁴⁵ Insbesondere in den Textziffern 22 und 55.

diese Definition in dem Sinne mißbräuchlich ist, daß sie den äußeren Rahmen dessen durchbricht, was als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anerkannt werden kann. Einige Kritiker sehen in dieser Mißbrauchskontrolle den Beweis dafür, daß die Kommission den Mitgliedstaaten eben doch keine Gestaltungsfreiheit lassen will. Sie können allerdings keine konkreten Beispiele nennen, in denen die Kommission eine Daseinsvorsorgedefinition abgelehnt hätte. Demgegenüber ist die Liste der Tätigkeiten, die von der Kommission⁴⁶ oder dem EuGH⁴⁷ in Entscheidungen

46

Als nichterschöpfende Beispiele seien hier genannt :

Betrieb eines speziell auf Kinder im Alter von 3 bis 13 zugeschnittenen, werbe- und gewaltfreien Fernsehprogramms mit einem hohen Anteil kindergerecht aufbereiteter Informationen (Entscheidung der Kommission im Fall NN-70/98 *Kinderkanal*, ABl. 1999 C-238/3).

Betrieb eines werbefreien Ereignis- und Informationskanals, der die politische Diskussion durch Lieferung von Informationen und Hintergrundberichten aus Deutschland und dem Ausland fördern soll (Entscheidung der Kommission im Fall NN-70/98 *Phoenix*, ABl. 1999 C-238/3).

Betrieb eines werbefreien 24-Stunden-Nachrichtensenders (Entscheidung der Kommission im Fall NN-88/98 *BBC News 24*, ABl. 2000 C-78/6).

Wasserwirtschaftliche Tätigkeiten (Entscheidung der Kommission vom 25.11.1999 über Beihilfen in Form von Sozialbeitragsermäßigungen und -befreiungen für Unternehmen im Stadtgebiet von Venedig und Chioggia, ABl. 2000 L 150/50, Rn 92).

Aufbau eines Erdgasversorgungsnetzes und Verteilung von Erdgas (Entscheidung der Kommission im Fall N-449/A/97 und NN-50/98 *Ergasversorgungsektor Dänemark*, ABl. 1998 C 308/4).

Bau und Betrieb eines Stromnetzes und Belieferung der Verbraucher (Entscheidung der Kommission im Fall N-18/98 *Stromkabel von Schweden zu den finnischen Ålandinseln*, ABl. 1998 C 392/4).

Grundversorgung mit Strom (Entscheidung der Kommission Nr 93/126/EWG *Jahrhundertvertrag*, ABl. 1993 L 50/14, Rn 28), bzw die Gewährleistung einer verlässlichen, umfassenden öffentlichen Stromversorgung zu geringstmöglichen Kosten und in sozialverträglicher Weise (Entscheidung der Kommission Nr 91/50/EWG *Ijsselcentrale*, ABl. 1991 L 28/32, Rn 40).

Öffentlich zugängliche Wasserversorgung zu Bedingungen, die einen umfassenden Schutz der öffentlichen Gesundheit garantieren (Entscheidung der Kommission Nr 82/371/EWG *Navewa-Anseau*, ABl. 1982 L 167/39, Rn 65).

47

Als nichterschöpfende Beispiele seien hier genannt :

Lufttransportleistungen auf unrentablen Strecken, deren Bedienung im Allgemeininteresse für notwendig erachtet wird (EuGH-Urteil in der Rs 66/86 *Ahmed Saeed*, Slg. 1989, 803, Rn 55).

Die Pflicht, Strom und Gas an alle Verbraucher zu einheitlichen Tarifen und Bedingungen zu liefern, die nur nach objektiven Kriterien unterschiedlich sein dürfen (EuGH Rs C-393/92 *Almelo*, Slg. 1994, I-1477, Rn 47-50. EuGH Rs C-157/94 *Kommission / Niederlande*, Slg. 1997, I-5699, Rn 41. EuGH Rs C-159/94 *Kommission / Frankreich*, Slg. 1997, I-5815, Rn 57, 61, 89, 106. EuGH Rs C-158/94 *Kommission / Italien*, Slg. 1997, I-5789, Rn 46, 59).

Einrichtung und Betrieb des öffentlich zugänglichen Telefonnetzes (EuGH-Urteil in der Rs 41/83 *Italien / Kommission* (« *British Telecom* »), Slg. 1985, 873, Rn 29-33. EuGH Rs C-18/88 *RTT*, Slg. 1991, I-5941, Rn 16).

Die Grundversorgung mit Postdiensten (im Gegensatz zu Mehrwertdiensten) bestehend aus Sammlung, Beförderung und Zustellung von Postsendungen zugunsten sämtlicher Nutzer, im gesamten Staatsgebiet, zu einheitlichen Tarifen und in gleichmäßiger Qualität, ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs (EuGH Rs C-320/91 *Corbeau*, Slg. 1993, I-2533, Rn 15, 19).

Arbeitsvermittlungsleistungen (EuGH Rs C-41/90 *Höfner*, Slg. 1991, I-1979, Rn 24 ff. EuGH Rs C-55/96 *Job Centre*, Slg. 1997, I-7119, Rn 26 ff).

Die Sendung von Fernseh- und Radioprogrammen von hohem kulturellem Niveau oder für Minderheiten (EuGeI Rs T-69/89 *RTE / Kommission* (« *Magill TV Guide* »), Slg. 1991, II-485, Rn 82-83. EuGH Rs 155/73 *Sacchi*, Slg. 1974, 409, Rn 15).

als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anerkannt worden sind⁴⁸, lang.

Besonderheiten können gelten, wenn in einem **Sektor sekundäres Gemeinschaftsrecht** („EG-Gesetzgebung“: insbesondere Verordnungen oder Richtlinien) erlassen worden ist. Dieses kann die Definitionsgewalt der Mitgliedstaaten konkretisieren. Jedoch sind diese Bestimmungen am Interesse der Mitgliedstaaten orientiert und so weit gefaßt, daß sie in der Praxis den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten nicht einengen⁴⁹. Hinzu kommt,

Festmacherdienste in einem Seehafen (EuGH Rs C-266/96 *Corsica Ferries France*, Slg.1998, I-3949, Rn 45)

Die Verwaltung eines zusätzlichen Pensionssystems, zu dem der Beitritt von den Behörden vorgeschrieben worden ist und das die gesetzlichen Pensionen ergänzt (EuGH Rs C-67/96 *Albany*, Slg.1999, I-5751, Rn 105-106. EuGH Rs C-115/97 *Brentjens Handelssonderneming*, Slg.1999, I-6025, Rn 105-106. EuGH Rs C-219/97 *Drijvende Bokken*, Slg.1999, I-6121, Rn 95-96).

Die Bewirtschaftung bestimmter Abfälle (z.B. die Annahme und mögliche Verwertung von Bauabfällen), insbesondere wenn diese Dienstleistung ein Umweltproblem beseitigen soll (EuGH Rs C-209/98 *FFAD / Københavns Kommune*, noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht, Rn 75-76).

48 An dieser Stelle ist daran zu erinnern, daß die Ausnahme nach Art.86 Abs.2 nur anwendbar ist, wenn alle ihre Voraussetzungen erfüllt sind, d.h. (1) das betroffene Unternehmen muß durch einen Akt der öffentlichen Gewalt mit klar definierten Dienstleistungen betraut worden sein, (2) diese Dienstleistungen müssen im Rahmen dessen bleiben, was als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anerkannt werden kann, (3) die Ausnahme geht nur soweit wie sie notwendig ist, um dem Unternehmen die Erfüllung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (d.h. die Erfüllung der besonderen Aufgabe, mit der es betraut ist) zu ermöglichen, (4) die Anwendung der Ausnahme darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Deswegen bedeutet die Feststellung, daß eine Dienstleistung im Rahmen dessen verbleibt, was als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anerkannt werden kann [siehe oben Punkt (2)], noch nicht, daß die Strukturen (z.B. Monopolstrukturen), in denen diese Dienstleistung gegenwärtig erbracht wird, im Rahmen der Proportionalitätsprüfung nach Art.86(2) [siehe oben Punkte (3) und (4)] gerechtfertigt werden können.

49 So sehen z.B. die von Rat und Europäischem Parlament erlassenen Binnenmarktrichtlinien Elektrizität (Richtlinie Nr 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 1997 L 27/20 ; Berichtigung in ABl.1997 L 95/31) und Gas (Richtlinie Nr 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt , ABl. 1998 L 204/1; Berichtigung in ABl. 1998 L 245/43) jeweils in Art.3 Abs.2 vor:

« Die Mitgliedstaaten können [Hervorhebung durch den Verfasser] bei uneingeschränkter Beachtung der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags, insbesondere des Artikels 90 [jetzt Artikel 86], den [Elektrizitätsunternehmen/Erdgasunternehmen] *gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Allgemeininteresse auferlegen, die sich auf die Sicherheit, einschließlich der Versorgungssicherheit, die Regelmäßigkeit, die Qualität und den Preis der Lieferungen sowie auf den Umweltschutz beziehen können. Diese Verpflichtungen müssen klar definiert, transparent, nichtdiskriminierend und überprüfbar sein; diese gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sowie deren etwaige Änderungen werden veröffentlicht und der Kommission von den Mitgliedstaaten unverzüglich mitgeteilt.* »

Aufgrund dieses Textes sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, gemeinwirtschaftliche Pflichten aufzuerlegen.

Demgegenüber sind die Mitgliedstaaten nach den Art.3-6 der vom Europäischen Parlaments und Rat erlassenen Richtlinie 97/67/EG über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität (ABl.1998 L 15/14) verpflichtet, sicherzustellen, daß ihren Bürgern ein Universalpostdienst mit gewissen Mindestmerkmalen zur Verfügung steht. Eine solche

daß diese Bestimmungen in demokratischen Verfahren, meist im Mitentscheidungsverfahren durch den Ministerrat (d.h. die Vertretung der Mitgliedstaaten) und das Europäische Parlament (d.h. die Vertretung der europäischen Bürger) erlassen werden⁵⁰.

- bb)** Als zweite Voraussetzung muß der Mitgliedstaat ein bestimmtes Unternehmen oder eine begrenzte Anzahl konkret benannter⁵¹ Unternehmen durch einen Akt der öffentlichen Gewalt⁵² mit einer klar definierten⁵³ Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse **betrauen**. Der Betrauungsakt, der idR auch die Definition der Aufgabe vornimmt, ist notwendig, damit die Kommission ihre Kontrollfunktion auf der Grundlage von Art.86 Abs.2 ausüben kann. Nur wenn feststeht, welches Unternehmen konkret mit welcher Aufgabe betraut ist, kann die Kommission beurteilen, ob und inwieweit Einschränkungen bei der Anwendung der Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln notwendig sind, um eine Erfüllung der besonderen Aufgabe zu gewährleisten.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, daß der Betrauungsakt nicht notwendig mit der Gewährung oder Aufrechterhaltung eines ausschließlichen Rechts zugunsten des betrauten Unternehmens (oder der Gewährung oder Aufrechterhaltung besonderer Rechte zugunsten der betrauten Unternehmen) verbunden sein muß. Es ist durchaus möglich, in einem wettbewerblichen Umfeld nur einen oder eine begrenzte Zahl der Wettbewerber mit der Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung (z.B. der Sicherstellung eines Universaldienstes) zu betrauen. Mögliche Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Sonderkosten der Daseinsvorsorgeleistung können durch eine Beteiligung aller Wettbewerber an diesen Sonderkosten (z.B. durch einen Universaldienstleistungsfonds⁵⁴) oder ggf auch durch eine staatliche Subventionierung des betrauten Unternehmens, die allerdings nicht zu einer Überkompensation führen darf⁵⁵, vermieden werden.

- cc)** Die Erfüllung der bis hierher erwähnten Voraussetzungen des Art.86 Abs.2 ist für den Mitgliedstaat nicht besonders schwierig. Die Definition einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in einer Weise, die von Kommission und EuGH anerkannt wird, und die Betrauung eines oder

Verpflichtung dürfte in der gegenwärtigen Debatte für die Mitgliedstaaten und ihre Untergliederungen, die Sorge um Daseinsvorsorgeleistungen haben, aber gerade nicht problematisch sein.

⁵⁰ Siehe hierzu Näheres unten in Teil 1, Punkt III. C. 5.2. c) und in Teil 2, Punkt II.

⁵¹ EuGH Rs 7/82 *GVL*, Slg. 1983, 483, 484 Nr.3, Rn 29-33 ; EuGH Rs 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen*, Slg.1989, 803, Rn 55

⁵² EuGH Rs 127/73, *BRT / SABAM ("BRT II")*, Slg.1974, 313, Rn 19-22; EuGH Rs 172/80, *Züchner / Bayerische Vereinsbank*, Slg.1981, 2021, Rn 7; EuGH Rs 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Slg.1989, 803, Rn 55; *Ehricke*, EuZW 1998, 741, 744-745.

⁵³ EuGH Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich ("Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität")*, Slg.1997, I-5815, Rn 60-89.

⁵⁴ Siehe als Beispiel aus dem Telekommunikationssektor: Richtlinie Nr.98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld, ABl.1998 L 101/24.

⁵⁵ Siehe hierzu unten in Teil 1, Punkt III. C. 5.2. b) bb).

mehrerer Unternehmen mit dieser Dienstleistung stellen keine besonders problematischen Anforderungen dar.

b) Proportionalitätsprüfung nach Art.86 Abs.2

Das Kernstück der Untersuchung nach Art.86 Abs.2 ist die Proportionalitätsprüfung. Sie soll sicherstellen, daß die Anwendung des EG-Rechts die Erfüllung der besonderen Aufgaben einerseits nicht verhindert, gleichzeitig aber das Gemeinschaftsinteresse an möglichst offenen und wettbewerblichen Märkten gewahrt wird.

- aa) Im Ergebnis garantiert Art.86 Abs.2 zugunsten der Bürger das gute und sichere Funktionieren von Daseinsvorsorgediensten,** die von den Mitgliedstaaten im Rahmen ihres Gestaltungsspielraums definiert und einem oder mehreren Unternehmen durch Betrauung zugewiesen worden sind. **Art.86 Abs.2 garantiert jedoch nicht den Fortbestand bisheriger Strukturen der Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen.** Diese Strukturen unterliegen der Proportionalitätsprüfung dahingehend, ob sie unter den heutigen Bedingungen noch die für die Freiheiten des Wettbewerbs und des Binnenmarktes geringstbeschränkende Art darstellen, die Daseinsvorsorgeleistung zu erbringen. Im Anwendungsbereich der EG-Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln hat die Kommission als Hüterin der Verträge somit die Aufgabe, die bisherigen Strukturen, in denen Daseinsvorsorgeleistungen erbracht werden, dahingehend zu hinterfragen, ob diese Leistungen nicht in offeneren und wettbewerblicheren Formen genauso gut und sicher oder sogar besser erbracht werden können. **Dies kann insbesondere bedeuten, daß Monopolstrukturen abzubauen sind.**

Im Hinblick auf Daseinsvorsorgeleistungen, die von dem damit betrauten Unternehmen als **Universaldienst** zu erbringen sind, ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH, daß ein Monopol zugunsten des betrauten Unternehmens dann nach Art.86 Abs.2 gerechtfertigt sein kann, wenn und soweit das ausschließliche Recht notwendig ist, um ihm die Erfüllung seiner besonderen Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen⁵⁶. In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, ob es gegenüber dem Ausschluß aller anderen Anbieter nicht stets weniger beschränkende Möglichkeiten gibt, die Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung sicherzustellen. Die im Rahmen staatlicher Regulierung auferlegte Beteiligung aller Wettbewerber an den Lasten einer als Universaldienst erbrachten Daseinsvorsorgeleistung - entweder durch Mitübernahme gemeinwirtschaftlicher Pflichten oder Mitfinanzierung dieser Pflichten über einen Universaldienstleistungsfonds - ist ein Beispiel hierfür⁵⁷. Jedenfalls hat der EuGH entschieden, daß ein Ausschluß anderer Anbieter dann nicht nach Art.86 Abs.2 gerechtfertigt werden kann, wenn das betraute

⁵⁶ EuGH Rs C-320/91, *Paul Corbeau*, Slg.1993, I-2533, Rn 13-16. EuGH Rs C-157/94, *Kommission / Niederlande* ("Importmonopol Elektrizität"), Slg.1997, I-5699, Rn 53-64; EuGH Rs C-158/94, *Kommission / Italien* ("Import- und Exportmonopol Elektrizität"), Slg.1997, I-5789, Rn 36-60; EuGH Rs C-159/94, *Kommission / Frankreich* ("Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität"), Slg.1997, I-5815, Rn 53-59 und Rn 96-107.

⁵⁷ Siehe hierzu auch oben in Teil 1, Punkt III. C. 5.2. a) bb).

Unternehmen seine Leistung gar nicht oder eindeutig unzureichend erbringt⁵⁸. Auch hierin zeigt sich wiederum, daß Auslegung und Anwendung des Art.86 Abs.2 am guten Funktionieren der Daseinsvorsorgeleistung zugunsten der Bürger orientiert sind.

- bb)** Ein gutes Beispiel für die funktionsbezogene Anwendung des Art.86 Abs.2 im Daseinsvorsorgebereich liefert das **Beihilfenrecht**. Schon 1997 hat das Gericht erster Instanz in der Rechtssache *FFSA* entschieden, daß staatliche Leistungen an Unternehmen zum **Ausgleich von Sonderbelastungen**, die diesem durch die Erfüllung staatlicher Daseinsvorsorgeaufträge entstehen, Beihilfen iSv Art.87 Abs.1 darstellen⁵⁹. Das Gericht hat aber auch festgestellt, daß diese Beihilfen mit dem EG-Vertrag vereinbar sind, wenn alle Voraussetzungen des Art.86 Abs.2 erfüllt sind⁶⁰, d.h. neben der Betrauung mit der Daseinsvorsorgeleistung auch der Gesichtspunkt der Proportionalität. Dies bedeutet, daß Beihilfen, die lediglich die **Nettosonderkosten der staatlich übertragenen besonderen Aufgabe** ausgleichen und erforderlich sind, um dem betrauten Unternehmen die Erfüllung dieser Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen, mit dem EG-Vertrag vereinbar sind. Dies gilt jedoch nicht, wenn und soweit eine Überkompensation der Nettosonderkosten erfolgt. Für staatliche Beihilfen zur Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Pflichten im Verkehrssektor ist dieser Grundsatz bereits seit Inkrafttreten des E(W)G-Vertrags am 1.1.1958 in Art.73 niedergelegt. Insgesamt ist so das Funktionieren der Daseinsvorsorgeleistung gesichert. In diesem Zusammenhang wird auch eine der positiven Wirkungen der novellierten **Transparenzrichtlinie**⁶¹ deutlich. Hiernach werden Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind und hierfür staatliche Vergütungen erhalten und gleichzeitig noch in anderen Sektoren rein kommerziell tätig sind, zur getrennten Buchführung verpflichtet. Erst hierdurch werden die Nettosonderkosten ihrer Daseinsvorsorgeaufgabe nachprüfbar und deren staatliche Kompensation genehmigungsfähig.
- cc)** Die Feststellung, wonach Art.86 Abs.2 eine Funktionsgarantie zugunsten der legitim definierten Daseinsvorsorgeleistungen, jedoch keine Bestandsgarantie zugunsten der Strukturen bietet, wird auch durch den **neuen Art.16 EGV** gestützt. Diese Vorschrift wurde durch den Amsterdamer Vertrag mit Wirkung zum 1.5.1999 in den EG-Vertrag eingeführt. Sie betont zunächst den Stellenwert, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihre

⁵⁸ EuGH Rs C-41/90 *Höfner*, Slg.1991, I-1979, Rn 25 (hinsichtlich des gesetzlichen Arbeitsvermittlungsmonopols der deutschen Bundesanstalt für Arbeit und deren Unfähigkeit, die Nachfrage nach Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft zu befriedigen); EuGH Rs C-55/96 *Job Centre*, Slg.1997, I-7119, Rn 27.

⁵⁹ EuG Rs T-106/95 *FFSA*, Slg.1997, II-229, Rn 163-169; bestätigt durch EuGH Rs 174/97 P *FFSA*, Slg.1998, I-1303, Rn 31-34, und durch EuG Rs T-46/97 *SIC*, (Urteil vom 10.5.2000, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht) Rn 82-84.

⁶⁰ EuG Rs T-106/95 *FFSA*, Slg.1997, II-229, Rn 169-178; bestätigt durch EuGH Rs 174/97 P *FFSA*, Slg.1998, I-1303, Rn 31-34, und durch EuG Rs T-46/97 *SIC*, (Urteil vom 10.5.2000, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht) Rn 73, 84.

⁶¹ Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26.7.2000 zur Änderung der Richtlinie 80/273/EWG, ABl. 2000 L 193/75.

Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts. Danach werden die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten dazu aufgerufen, im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich des EG-Vertrags dafür Sorge zu tragen, „daß die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren⁶² dieser Dienste so gestaltet sind, daß sie ihren Aufgaben nachkommen können.“

An dieser Stelle ist im übrigen klarzustellen, daß Art.16 entgegen mancher Stimmen keine weitergehenden Ausnahmen von der Anwendung der Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln erlaubt als bereits nach Art.86 Abs.2 zulässig sind, sondern deren Bedeutung lediglich bekräftigt. Für den im konkreten Einzelfall ggf notwendigen Ausgleich zwischen Wettbewerbs- und Binnenmarktp Prinzipien einerseits und dem guten Funktionieren der legitim definierten Daseinsvorsorgeleistungen andererseits bleibt Art.86 Abs.2 - wie bereits vor Erlass des Art.16 - der Dreh- und Angelpunkt. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, daß sich Art.16 in den Ersten, mit „Grundsätze“ überschriebenen Teil des EG-Vertrags einreicht. Denn zum einen gehören nach Art.3 Abs.1 Buchst.c) und g) EGV der Binnenmarkt sowie ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt, ebenfalls zu den Grundsätzen der Gemeinschaft, und zum anderen wird die Bedeutung des Art.86 Abs.2 (und des Art.73) im Wortlaut des Art.16 ausdrücklich anerkannt: „*unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 ...*“

- c) Die Kommission kann die Proportionalitätsprüfung anhand von **Einzelfallentscheidungen** ausüben, die am Ende von Verfahren stehen können, die im EG-Binnenmarkt- und Wettbewerbsrecht durch Beschwerden Dritter oder durch eigeninitiatives Handeln der Kommission und im Wettbewerbsrecht darüber hinaus auch durch Anmeldung seitens der Parteien angestoßen werden können. Wenn es allerdings, um die Einführung von mehr Wettbewerb oder von kontrolliertem Wettbewerb oder von vollständigem Wettbewerb in Sektoren geht, in denen Daseinsvorsorgeleistungen bisher im Monopol oder unter sonstigen Wettbewerbsbeschränkungen erbracht wurden, dann ist der **Erlaß von sekundärem Gemeinschaftsrecht** gegenüber einer Kette von eher zufälligen Einzelfallentscheidungen meist der geordnetere und besser steuerbare Weg. Entsprechend dem **Prinzip der Verhältnismäßigkeit** geht die Kommission diesen Weg in verschiedenen Sektoren jeweils abgestimmt auf deren Besonderheiten meist in aufeinanderfolgenden Schritten⁶³. Sie hat hierzu im wesentlichen zwei Instrumente:
 - aa) **Gestützt auf Art.86 Abs.3 kann die Kommission Liberalisierungsrichtlinien erlassen** im Hinblick auf ausschließliche und besondere Rechte, die der Staat bestimmten Unternehmen gewährt hat. Die Kommission hat auf dieser Grundlage den wesentlichen Teil der Telekommunikationsliberalisierung schrittweise über einen Zeitraum von ca 10 Jahren verwirklicht⁶⁴ und könnte mit diesem Instrument auch in

⁶² Hervorhebung durch den Verfasser.

⁶³ Siehe hierzu auch oben in Teil 1, Punkt I., sowie die Mitteilung der Kommission vom 20.9.2000, Teil 4 (Rn 37-53) und Anhang I.

⁶⁴ Richtlinie Nr.90/388/EWG der Kommission über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl.1990 L 192/10-16; Richtlinie Nr.94/46/EG der

zahlreichen anderen Sektoren weitreichende Marktöffnungen erzielen. Allerdings beruhen nicht alle Wettbewerbsbeschränkungen auf staatlich gewährten ausschließlichen und besonderen Rechten, wie z.B. der deutsche Strom- und Gasversorgungssektor vor der Liberalisierung gezeigt hat⁶⁵.

- bb) Außerdem kann die Kommission, insbesondere **aufgrund des Art.95 EGV, Vorschläge für Richtlinien oder Verordnungen unterbreiten**, die Rat und Europäisches Parlament im Mitentscheidungsverfahren nach Art.251 EGV beschließen und die der schrittweisen Herstellung wettbewerblicher Binnenmärkte bzw. der kontrollierten Marktöffnung in verschiedenen Sektoren dienen. Zu den Vorteilen dieser Binnenmarktgesetzgebung gehört, daß sich mit ihr nicht nur staatlich gewährte ausschließliche und besondere Rechte, sondern alle Arten von Markt- und Wettbewerbsbeschränkungen erfassen lassen. Außerdem gewährleistet ein durch Rat und Parlament auf Vorschlag der Kommission getroffener Rechtsakt eine höhere politische Konsenswirkung als ein allein von der Kommission erlassener Rechtsakt. Deswegen benutzt die Kommission dieses Instrument meist auch dort, wo sie - wie zum Beispiel im Energie-, Post- und Lokaltransportsektor mit dem Instrument eigener Richtlinien nach Art.86 Abs.3 weitgehende Marktöffnungen erzielen könnte.

Im Elektrizitäts-⁶⁶ und Erdgassektor⁶⁷ sehen die EG-Binnenmarktrichtlinien eine stufenweise, bei ca 33 % endende Marktöffnung über einen mehrjährigen Zeitraum vor, was allerdings die Mitgliedstaaten - wie auch in anderen Bereichen - nicht daran hindert, freiwillig stärker zu liberalisieren⁶⁸. Im Postsektor erlaubt die Binnenmarktrichtlinie⁶⁹ den Mitgliedstaaten

Kommission zur Änderung der Richtlinien Nr 88/301/EWG und Nr.90/388/EWG, insbesondere betreffend die Satellitenkommunikation, ABl.1994 L 268/15-21; Richtlinie Nr.95/51/EG der Kommission zur Änderung der Richtlinie Nr.90/388/EWG hinsichtlich der Aufhebung der Einschränkungen bei der Nutzung von Kabelfernsehtzen für die Erbringung bereits liberalisierter Telekommunikationsdienste, ABl.1995 L 256/49-54; Richtlinie Nr.96/2/EG der Kommission zur Änderung der Richtlinie Nr.90/388/EWG betreffend die mobile Kommunikation und Personal Communications, ABl.1996 L 20/59-66; Richtlinie Nr.96/19/EG der Kommission vom 13.3.1996 zur Änderung der Richtlinie Nr.90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl.1996 L 74/13-24; Richtlinie 1999/64/EG der Kommission zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG im Hinblick auf die Organisation ein- und demselben Betreiber gehörender Telekommunikations- und Kabelfernsehtzen in rechtlich getrennten Einheiten, ABl.1999 L 175/39-42.

⁶⁵ Hier beruhten die wichtigsten Wettbewerbsbeschränkungen auf privatrechtlichen Gebietsaufteilungsabsprachen (« Demarkationsverträgen ») und privatrechtlichen Vereinbarungen über die Nutzung gemeindlicher Wege (« Konzessionsverträgen »), die durch eine Bereichsausnahme im deutschen GWB vor der Anwendung des Kartellverbots des GWB geschützt wurden.

⁶⁶ Richtlinie Nr 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (ABl. 1997 L 27/20; Berichtigung in ABl.1997 L 95/31).

⁶⁷ Richtlinie Nr 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt (ABl. 1998 L 204/1; Berichtigung in ABl. 1998 L 245/43);

⁶⁸ Dies ist in Deutschland und in den meisten Mitgliedstaaten (außer Frankreich) geschehen. Im übrigen hat die Kommission für das Jahr 2001 Vorschläge für weitergehende Marktöffnungen angekündigt.

⁶⁹ Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und Rates über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die

insbesondere die Aufrechterhaltung des Briefmonopols für Inlandssendungen von weniger als 350g Gewicht und einem Preis unter dem Fünffachen des Standardtarifs, soweit dies für die Gewährleistung des Universaldienstes notwendig ist. Im Öffentlichen Personennahverkehr sieht der Vorschlag der Kommission vom 26.7.2000 für eine Binnenmarktverordnung⁷⁰ eine Pflicht der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten vor, ausschließliche Rechte nur noch im Wege öffentlicher Dienstleistungsaufträge zu vergeben, die grundsätzlich alle 5 Jahre auszuschreiben sind. Damit soll ein erster Schritt in Richtung Wettbewerb (jeweils anlässlich der Ausschreibung) unternommen werden.

Teil 2 Ausblick in die Zukunft

Die beiden letztgenannten Gesichtspunkte (Proportionalitätsprüfung und Liberalisierungsinstrumente der Kommission im Daseinsvorsorgebereich) führen zu den beiden letzten Punkten:

I. Die Forderung nach Vertragsänderungen oder Selbstbeschränkungslisten der Kommission

Im Laufe des Jahres 2000 hat es immer wieder Forderungen nach Änderungen des EG-Vertrags gegeben, um die angeblich mangelnde Rechtssicherheit für Daseinsvorsorgeleistungen zu verbessern. Diese Forderungen sind auch nach Veröffentlichung der neuen Mitteilung am 20.9.2000 nicht ganz verstummt: Die Bundesländer betrachten die Mitteilung nur als Schritt in die richtige Richtung, stellen aber fest, daß sie „wegen ihrer fehlenden Rechtsverbindlichkeit die geforderten Vertragsänderungen nicht ersetzen“ kann⁷¹. Nachdem klargeworden war, daß die deutsche Bundesregierung Vertragsänderungen im Bereich der Daseinsvorsorge auf der Regierungskonferenz in Nizza im Dezember 2000 nicht verlangen werde, konzentrierte sich das Interesse anscheinend darauf, von der Kommission eine Art **Selbstverpflichtungserklärung** zu erhalten, daß sie in den nächsten Jahren bestimmte Sektoren nicht auf die Anwendbarkeit und Einhaltung der EG-Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln untersuchen wird. Dem sind zwei Gesichtspunkte entgegenzuhalten:

⁷⁰ Verbesserung der Dienstqualität (ABl.1998 L 15/14). Der neue Richtlinienentwurf der Kommission vom 30.5.2000 sieht nun vor, diese Grenzen auf 50g und das 2,5-fache des Standardtarifs abzusenken (KOM(2000)319 endgültig, 2000/0139 (COD)).

Vorschlag der Kommission vom 26.7.2000 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, (KOM(2000) 7 endgültig, 2000/0212 (COD)).

⁷¹ Siehe das Ergebnisprotokoll der Länder-Ministerpräsidentenkonferenz (MPK) vom 25.-27.10.2000, TOP 2.1/2.2. « Institutionelle Reformen und Weiterentwicklung der EU » Ziffer 5. Siehe auch das Papier des Staatsministers für Bundes- und Europaangelegenheiten in der Bayerischen Staatskanzlei mit dem Titel „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ vom 22.9.2000.

- A. Erstens ist richtig, daß eine Mitteilung der Kommission den EG-Vertrag nicht ändern kann. Unter der Kontrolle des EuGH kann eine Kommissionsmitteilung allerdings **selbstbindende Wirkung für die Kommission** entfalten⁷². Die Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge vom 20.9.2000 steht fest auf dem Boden des geltenden Rechts. Die Klarheit und Sicherheit, die diese Mitteilung hinsichtlich der Reichweite der relevanten Regeln und ihrer Flexibilitäten bietet, ist in erster Linie die Klarheit und Sicherheit des existierenden Rechts, so wie es vom EuGH ausgelegt und bestätigt worden ist. Darüber hinaus hat die Kommission schon in der Vergangenheit gezeigt, daß sie sich strikt an die Grenzen ihrer Kompetenzen hält und einen vernünftigen Gebrauch von ihren Beurteilungs- und Ermessensspielräumen macht. In der Mitteilung wird diese Linie noch einmal bekräftigt.
- B. Zweitens ist festzustellen, daß die Forderungen nach Vertragsänderung oder Selbstbeschränkung der Kommission auf die Errichtung von **Bereichsausnahmen** hinauslaufen, wonach bestimmte Sektoren *per se* von der Anwendung des Gemeinschaftsrechts freigestellt werden sollen⁷³. Einer Selbstbeschränkung der Kommission läge die pauschale und ohne Einzelfallprüfung erfolgte Festlegung zugrunde, daß die relevanten Tätigkeiten stets nichtwirtschaftlicher Natur sind und/oder keinen Einfluß auf den innergemeinschaftlichen Handel bzw kein grenzüberschreitendes Element haben, oder die Anwendung der EG-Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln zwar rechtlich möglich aber mit der Erfüllung der Daseinsvorsorgeleistung unvereinbar ist.
1. Die **Legalität solcher Selbstbeschränkungen** der Kommission ist jedoch sehr fraglich. Im Ergebnis handelt es sich um EG-Vertragsänderungen auf kaltem Wege, zu denen die Kommission als Hüterin der Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht befugt ist⁷⁴. Im übrigen könnten die Mitgliedstaaten, die anderen Organe der Gemeinschaft sowie betroffene natürliche und juristische Personen im Hinblick auf die Nichtanwendung des Gemeinschaftsrechts nach Art.232 EGV Untätigkeitsklagen gegen die Kommission vor dem EuGH erheben.

⁷² Dies hat der EuGH insbesondere im Zusammenhang mit Mitteilungen (Leitlinien, Gemeinschaftsrahmen) der Kommission zur Anwendung der in Art.87 Abs.3 EGV niedergelegten Ausnahme vom Beihilfeverbot festgestellt. Näheres hierzu bei Von der Groeben/Thiesing/Ehlermann-Mederer, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Auflage, Art.92 (a.F. = Art.87 n.F.) Rn 74.

⁷³ Zu Bereichsausnahmen führt z.B. das Papier des Staatsministers für Bundes- und Europaangelegenheiten in der Bayerischen Staatskanzlei mit dem Titel „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ vom 22.9.2000, indem es vorschlägt, den Art.87 Abs.1 EGV um folgenden neuen Satz 2 zu ergänzen: „*Von der Beihilfenkontrolle ausgenommen sind öffentliche Zuwendungen an nicht gewinnorientierte Einrichtungen, die Leistungen von sozialem, kulturellem oder karitativem Interesse innerhalb eines Mitgliedstaates erbringen. Hierzu zählen insbesondere Leistungen in den Bereichen öffentliche Sicherheit, soziale Sicherheit, Bildung, Kultur und Gesundheit.*“ Dem steht die oben in Teil 1 unter Punkt II. A. 4.1.-4.3. beschriebene differenziertere Sichtweise des EuGH und der Kommission gegenüber.

⁷⁴ Nach Art.48 EU-Vertrag entscheiden allein die Mitgliedstaaten über eine Änderung der Gründungsverträge der EU einschließlich des EG-Vertrags.

2. Darüber hinaus widersprechen Bereichsausnahmen, unabhängig davon, ob sie auf förmlicher EG-Vertragsänderung oder auf Selbstbeschränkung der Kommission beruhen, einer dynamischen, funktionsbezogenen Betrachtung von Daseinsvorsorgeleistungen und haben damit **gravierende Nachteile**:
- 2.1. Zum einen sind sie **nicht sachgerecht**. Wie bereits oben angedeutet⁷⁵ unterliegt die Beurteilung, ob eine Dienstleistung wirtschaftlicher Natur ist und ob der Handel zwischen Mitgliedstaaten berührt ist oder ein sonstiges grenzüberschreitendes Element besteht, im Zuge der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung Wandlungen, denen nur durch eine aktuelle Einzelfallprüfung angemessen Rechnung getragen werden kann. Pauschale Qualifizierungen sind deshalb unangebracht. Gleiches gilt für Daseinsvorsorgeleistungen, deren wirtschaftliche Natur und Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten bzw. grenzüberschreitende Elemente unstreitig sind. Hier verhindert die pauschale Annahme, daß die Anwendung der EG-Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln mit der Erfüllung der Daseinsvorsorgeleistung unvereinbar wäre, jede Untersuchung, ob und wie diese Leistung genauso gut oder sogar besser in offeneren und wettbewerblicheren Strukturen erbracht werden kann. Die oben beschriebenen Möglichkeiten diskriminierungsfreier Regulierung⁷⁶ werden somit ebenso abgeschnitten wie Lösungen, die auf das in Art.86 Abs.2 niedergelegte Proportionalitätsprinzip⁷⁷ gestützt sind. Dies geht zulasten der Bürger, da ihnen die Möglichkeit qualitativ besserer Leistungen zu günstigeren Konditionen vorenthalten wird. Außerdem kommt es zu einer Beeinträchtigung der volkswirtschaftlichen Entwicklung, da eine bessere Allokation der Ressourcen verhindert wird. Bereichsausnahmen werden somit zum Standortnachteil im internationalen Wettbewerb.
- 2.2. Zum anderen sind Bereichsausnahmen auch **nicht nötig**, um Daseinsvorsorgeleistungen zugunsten der Bürger zu gewährleisten. Denn selbst wenn eine Daseinsvorsorgeleistung aufgrund wirtschaftlicher Natur und grenzüberschreitender Auswirkungen oder Elemente in den Anwendungsbereich des EG-Rechts fällt, und selbst wenn diskriminierungsfreie Regulierung die Erbringung dieser Leistung nicht ausreichend gewährleistet, bleibt immer noch die oben beschriebene Funktionsgarantie des Art.86 Abs.2⁷⁸, die die Mitgliedstaaten durch Betrauung bestimmter Unternehmen mit klar und nicht mißbräuchlich definierten Daseinsvorsorgeaufträgen aktivieren können.

II. Die demokratische Legitimation des Kommissionshandelns

Bisweilen wird in der Debatte die demokratische Legitimation der Kommission zum Eingreifen in Bereiche, in denen Daseinsvorsorgeleistungen erbracht werden, in Zweifel gezogen. Hier zeigt sich die enge Verflechtung des Themas mit der Debatte um die Abgrenzung und das Zusammenspiel der

⁷⁵ Siehe oben in Teil 1, Punkt II. C. 2.

⁷⁶ Siehe oben in Teil 1, Punkte III. B. 1.2. und III. C. 5.

⁷⁷ Siehe oben in Teil 1, Punkt III. C. 5.2. b)-c).

⁷⁸ Siehe oben in Teil 1, Punkt III. C. 5.2. b).

Kompetenzen der europäischen und der verschiedenen nationalen Verantwortungsebenen. Es mag Gründe geben, in gewissen Abständen Kompetenzfragen immer wieder zu überdenken. Das Weißbuch der Kommission über verantwortungsvolles staatliches Handeln (White Paper on Governance), das im Sommer 2001 veröffentlicht werden soll, und möglicherweise eine nach der Regierungskonferenz von Nizza (Dezember 2000) folgende weitere Regierungskonferenz (ca 2004) werden einen Beitrag hierzu leisten. Allerdings wird in der Diskussion manchmal der Eindruck erweckt, als gäbe es eine Kompetenzabgrenzung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten bis heute nicht und als könnten die Kommission und andere Europäische Institutionen nach Belieben Kompetenzen an sich ziehen. Richtig ist hingegen, daß die Kompetenz der EU und ihrer Institutionen seit jeher auf dem völkerrechtlich begründeten Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung beruht wie es z.B. in Art.5 Abs.1 EG-Vertrag niedergelegt ist. Danach besteht eine Kompetenz der europäischen Ebene nur insoweit als ihr diese durch einen der verschiedenen Europäischen Verträge, die die Mitgliedstaaten abgeschlossen haben, zugewiesen worden ist. Darüber hinaus verpflichtet sich die Kommission - wie bereits erwähnt⁷⁹ - in ihrer Mitteilung vom 20.9.2000 noch einmal ausdrücklich⁸⁰, bei der Regulierung von Leistungen der Daseinsvorsorge (einschließlich der Liberalisierung und Steigerung der Effizienz dieser Leistungen) das Subsidiaritätsprinzip (Art.5 Abs.2 EGV) in gebührender Weise zu berücksichtigen. Dementsprechend nimmt die Kommission auch in den für die Daseinsvorsorge relevanten Fragen lediglich die ihr vom EG-Vertrag zugewiesene Rolle wahr. Der EG-Vertrag ist von demokratisch legitimierten Vertretern der Mitgliedstaaten abgeschlossen worden und kann gemäß Art.48 EU-Vertrag allein von ihnen geändert werden. Bei der Anwendung der Regeln des EG-Vertrags im Einzelfall und bei der Wahrnehmung eigener Gesetzgebungskompetenzen nach dem EG-Vertrag schöpft die Kommission ihre demokratische Legitimation somit aus dem Vertragswerk selbst. Und wenn die Kommission auf der Grundlage des EG-Vertrags Vorschläge für sekundäres Gemeinschaftsrecht macht, das von Rat und Parlament beschlossen wird, tritt als zusätzliche Legitimation hinzu, daß der Rat die Vertretung der Mitgliedstaaten und das Parlament die Vertretung der Europäischen Bürger ist.

Schluß

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Kommission ihre Vorstellungen zur Daseinsvorsorge und ihre Tätigkeit in diesem Bereich stets anhand einer genauen Analyse der Vorgaben des EG-Vertrags entwickelt hat. Diese Vorgehensweise hat einerseits gezeigt, wo die Grenzen der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzen liegen und andererseits verdeutlicht, daß der EG-Vertrag in seinem Anwendungsbereich alle Instrumente bereithält, zugunsten der Bürger die Vorteile des Wettbewerbs und des Binnenmarkts mit einer sicheren Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen zu verbinden. Die Legitimation und Vorhersehbarkeit des Handelns der Kommission - wie auch

⁷⁹

Siehe oben in Teil I, Punkt I.

⁸⁰

Siehe insbesondere Textziffer 55 der Mitteilung.

der anderen EU-Institutionen - im Bereich der Daseinsvorsorge stehen damit auf einem tragfähigen Fundament. Auf dieser Grundlage wird es in sich verändernden wirtschaftlichen und gesellschaftspolitischen Umständen weiterhin möglich sein, auf den verschiedenen politischen Verantwortungsebenen sachgerechte und konsensfähige Lösungen zu finden, den Wandel aktiv zu gestalten und damit dafür zu sorgen, daß Leistungen der Daseinsvorsorge in Zukunft sicher und oft sogar qualitativ besser und kostengünstiger für die Bürger erbracht werden können.