

Hedda Hetzel

**Gemeinwohlsicherung im Rahmen
von Marktöffnungsprozessen.
Auf dem Weg zu einer europäischen
Daseinsvorsorgepolitik**

unter besonderer Berücksichtigung des
öffentlichen Personennahverkehrs



Herbert Utz Verlag · München

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung

Herausgegeben von

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

Band 726

Zugl.: Diss., Augsburg, Univ., 2004

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

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die
der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von
Abbildungen, der Wiedergabe auf photomechani-
schem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in
Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur
auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2004

ISBN 3-8316-0416-9

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	XIII
<u>A. Einleitung</u>	1
<u>B. Gemeinwohlbindung im Primärrecht</u>	7
I. Die Herausforderungen durch das Europarecht	7
II. Begriffsklärung – ausgehend von Art. 86 Abs. 2 EG	8
1. <i>Service public und Daseinsvorsorge</i>	10
1.1. „Service public“ im europäischen Wettbewerbsrecht	11
a. Die service public-Lehre	11
b. Der Begriff des service public nach den beiden Weltkriegen des 20. Jahrhunderts	13
1.2. Die Daseinsvorsorge	16
1.3. Bedeutung für den weiteren Fortgang der Untersuchung	20
2. <i>Abgrenzungsfragen</i>	22
3. <i>Die Konzeption der Kommission zu den „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“</i>	23
III. Der Ausnahmetatbestand des Art. 86 Abs. 2 EG	24
1. <i>Der Unternehmensbegriff im EG-Wettbewerbsrecht</i>	24
1.1. Die Bedeutung von Rechts- und Handlungsform	26
1.2. Die „Ausübung öffentlicher Gewalt“ und die „fehlende Gewinnerzielungsabsicht“ als Ausschlussgründe für das Wirtschaftlichkeitskriterium	27
1.3. Der materielle Gehalt der Betätigung	29

2. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	31
2.1. Die Dienstleistung	32
2.2. Das „allgemeine“ Interesse	33
2.3. Das „wirtschaftliche“ Interesse	34
3. Die Betrauung	34
4. Die tatbestandliche Begrenzung der Norm	37
4.1. Die „Verhinderung“ der Aufgabenerfüllung	38
4.2. Die Schranke des Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG	40
IV. Der Bedeutungsgehalt des Art. 86 Abs. 2 EG im Zusammenspiel gemeinschaftlicher und mitgliedstaatlicher Interessen	41
1. Die Definitionshoheit – die Rolle der Mitgliedstaaten	41
2. Die Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG	43
3. Die Bedeutung des Art. 86 Abs. 2 EG unter dem Gesichtspunkt anderweitiger EG-rechtlicher Regelungen	46
3.1. Art. 16 EG	46
a. Die Merkmale des Art. 16 EG	48
aa. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	48
bb. Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 [EG-Vertrag]	49
cc. Stellenwert innerhalb der gemeinsamen Werte der Union	49
dd. Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts	50
ee. Im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse	51
ff. Dass sie ihren Aufgaben nachkommen können	51
b. Die Funktion des Art. 16 EG	52
aa. Bestandsgarantie der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“	52
bb. Art. 16 EG als Gestaltungsauftrag	53
cc. Die Auslegung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts im Sinne des Art. 16 EG und die Beeinflussung von Abwägungsvorgängen	54

(1) Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG	55
(2) Die Bedeutung bei der Interpretation anderer wesentlicher Normen des EG-Vertrages	56
c. Wertung zu Art. 16 EG	57
3.2. Art. 295 EG	60
3.3. Die Mitteilungen der Kommission (1996 und 2000)	65
a. Die rechtliche Qualifikation von Mitteilungen der Kommission	67
b. Die Mitteilung aus dem Jahre 1996	69
c. Die Mitteilung aus dem Jahre 2000	70
d. Das weitere Vorgehen der Kommission	72
3.4. Grünbuch zu den „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“	73
a. Abkehr vom Begriff der „Daseinsvorsorge“	73
b. Die Notwendigkeit eines Gemeinschaftskonzepts	74
c. Die Vereinheitlichung von Regulierungskonzepten	75
d. Fortführung des „Post-Laeken-Prozesses“	75
e. Globalisierung und gemeinwohlorientierte Leistungen	76
3.5. Vertrag über eine Verfassung für Europa (einschließlich Art. 36 der Charta der Grundrechte der EU)	77
a. Art. 36 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union	78
b. Die Kompetenzordnung nach dem Verfassungsentwurf	80
V. Die öffentliche Versorgung und ihre Anbindung an andere gemeinschaftliche Politikbereiche mit integrierender Funktion – Bereiche der Gemeinwohlförderung	83
1. Sozialpolitik	85
2. Kulturpolitik	87
3. Transeuropäische Netze	88
4. Integration durch die verschiedenen Politiken der Gemeinwohlförderung	90

<u>C. Die gemeinschaftsrechtliche Ausübung von Kontrollkompetenzen auf der Grundlage der Grundfreiheiten, des Wettbewerbs- und Beihilferechts</u>	93
I. Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages	93
1. Die Bedeutung der Grundfreiheiten als Deregulierungsinstrumente	93
2. Die Systematik einer Prüfung der Grundfreiheiten	94
3. Die ordnungspolitische Funktion der Grundfreiheiten	96
II. Die Wettbewerbsaufsicht nach Art. 81 und 82 EG	98
1. Die Wettbewerbsregeln der Art. 81 und 82 EG	98
2. Die wirtschaftliche Betätigung des Staates durch Unternehmen i.S.v. Art. 86 Abs. 1 EG	100
3. Die mittelbare Anwendbarkeit der Art. 81 f. EG	102
4. Die Auswirkungen des Wettbewerbsrechts im Bereich staatlicher Unternehmenstätigkeit	103
III. Die Beihilfeaufsicht	104
1. Das Beihilfeverbot nach Art. 87 Abs. 1 EG	105
1.1. Der Begriff der „Beihilfe“	105
a. Das Merkmal der „Begünstigung“	106
b. Die staatliche Zurechenbarkeit	107
aa. Das Stromeinspeisungsgesetz im Lichte des Beihilferechts	109
bb. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH zur staatlichen Zurechenbarkeit	112
cc. Übertragbarkeit der Ergebnisse	113
c. Adressateneigenschaft und Bestimmtheit des Empfängerkreises (Spezifität)	116
1.2. Wettbewerbsverfälschung	117
1.3. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	117
2. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und Beihilferecht	119

2.1. Die „Ferring“-Entscheidung in der Praxis der europäischen Gerichte und der Kommission	121
2.2. Das Urteil in der Rechtssache „Altmark Trans“ vom 24.7.2003 zum Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen	122
2.3. Der Nachteilsausgleich im Rahmen der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ als tatbestandsausschließende „Gegenleistung“ i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EG	126
2.4. Die Formalisierung des „materiellen Beihilfebegriffs“	129
<i>3. Die wettbewerbswidrige Quersubventionierung</i>	132
<i>4. Die Bedeutung von Ausschreibungs- und Bietverfahren</i>	133
IV. Grundzüge und Entwicklungen angesichts der Durchsetzung europäischen Wettbewerbsrechts (Zusammenfassung)	138
<i>1. Grundfreiheiten, Wettbewerbs- und Beihilferecht im System des Art. 86 EG</i>	138
1.1. Der Wandel der Bedeutung von Art. 86 Abs. 1 und Abs. 2 EG	138
1.2. Die Entwicklung allgemeiner Grundsätze zum Zusammenwirken von Art. 81, 82 und 86 EG sowie zu den gemeinschaftsrechtlich verbürgten Grundfreiheiten unter besonderer Beachtung der Rechtsprechung des EuGH	139
a. Die Errichtung eines Monopols bzw. die Übertragung ausschließlicher oder besonderer Rechte	141
b. Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln	141
<i>2. Die Verlagerung der Verantwortung für die „Leistungen der Daseinsvorsorge“ auf die europäische Ebene bei gleichzeitiger Dezentralisierung von Entscheidungskompetenzen</i>	143
2.1. Die Überleitungsvorschriften der Art. 86 Abs. 1 EG und 10 Abs. 2 EG im Falle staatlicher Wirtschaftstätigkeit	143
2.2. Das Fehlen von wettbewerbsrechtlich „unangreifbaren“ Ausnahmebereichen zugunsten der Mitgliedstaaten	144
2.3. Die gewandelte Bedeutung der „Zwischenstaatlichkeitsklausel“	144
2.4. Die Dezentralisierung von Entscheidungskompetenzen	145

<u>D. Sekundärrechtliche Vorgaben der Europäischen Gemeinschaft</u>	149
I. Die Abgrenzung der Kompetenzen von Europäischer Gemeinschaft und Mitgliedstaaten	149
1. <i>Die Kompetenzordnung im geltenden Gemeinschaftsrecht</i>	150
1.1. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	150
1.2. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 EG)	152
1.3. Das Subsidiaritätskriterium als Maßstab für die Abgrenzung von Handlungsspielräumen	153
2. <i>Kompetenzvorschriften mit besonderer Bedeutung für Liberalisierungsvorhaben im öffentlichen Wirtschaftssektor</i>	156
2.1. Art. 95 EG	156
2.2. Art. 86 Abs. 3 EG	159
II. Sekundärrechtliche Vorgaben der Europäischen Gemeinschaft zur Gestaltung einer „Politik der Daseinsvorsorge“	161
1. <i>Der service public-Vorbehalt im europäischen Energierecht</i>	163
2. <i>Das Universaldienstkonzept als Modell für wettbewerbsorientierte Daseinsvorsorgepolitik – der Telekommunikationssektor</i>	168
2.1. Der Universaldienst im europäischen Rechtsrahmen	169
2.2. Die Umsetzung des Universaldienstkonzepts im deutschen Recht	172
2.3. Der Umsetzungsbedarf im nationalen Recht infolge der neuen Richtlinien im Telekommunikationsrecht	177
3. <i>Grundzüge der aufgezeigten Entwicklungen: Wettbewerb bei Sicherstellung gemeinschaftsrechtlich ausgestalteter Universaldienstgewährleistung</i>	178
3.1. Das Vordringen des Universaldienstkonzepts	178
3.2. Eingriff der Europäischen Gemeinschaft in nationale Märkte	181

<u>E. Der öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV)</u>	185
<u>– ein Beispiel für die gemeinschaftsrechtliche Prägung nationaler Märkte</u>	
I. Der gemeinschaftsrechtliche Rahmen	188
1. Der „Verkehr“ im europäischen Primärrecht	189
1.1. Die Regelung in Titel V des EG-Vertrages	189
1.2. Das Verhältnis der Art. 70 ff. EG zu anderen Normen des EG-Vertrages	191
1.3. Der Regelungsgehalt der Art. 70 ff. EG	192
a. Art. 71 EG	192
b. Art. 73 EG	194
2. Die Integration des ÖPNV in ein Wettbewerbssystem durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht	196
2.1. Die VO (EWG) Nr. 1191/69 i.d.F. der VO (EWG) Nr. 1893/91	198
a. Der Anwendungsbereich der VO (EWG) Nr. 1191/69 i.d.F. der VO (EWG) Nr. 1893/91	199
aa. Der Adressatenkreis der Verordnung	199
bb. Der sachliche Anwendungsbereich der Verordnung	200
b. Wesentliche Regelungsinhalte der VO (EWG) Nr. 1191/69 i.d.F. der VO (EWG) Nr. 1893/91	200
aa. Die Zielsetzung der Verordnung	200
bb. Das Verhältnis von Auferlegung einer Verpflichtung zur vertraglichen Vereinbarung	201
cc. Die Sicherstellung einer „ausreichenden Verkehrsbedienung“	202
2.2. Die VO (EWG) Nr. 1107/70	204
a. Der Anwendungsbereich der VO (EWG) Nr. 1107/70	204
b. Wesentliche Regelungsinhalte der VO (EWG) Nr. 1107/70	205
2.3. Die grundlegende Bedeutung der VO (EWG) Nr. 1191/69 im Wettbewerbssystem des EG-Vertrages	205
II. Das geltende nationale Recht	206
1. Das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) und die landesgesetzliche Gesetzgebung zum ÖPNV	206

2. Strukturprinzipien des ÖPNV	208
3. Das Genehmigungsrecht im ÖPNV	210
3.1. Eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen	210
3.2. Gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen	211
3.3. Die Abgrenzung eigen- und gemeinwirtschaftlicher Leistungserbringung	211
III. Die Beeinflussung nationaler Märkte durch europäisches Primär- und Sekundärrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssache „Altmark Trans“	213
1. Die Prozessgeschichte in der Rechtssache „Altmark“	214
2. Die Entscheidung des EuGH in Sachen „Altmark Trans GmbH“: Liberalisierung der Verkehrsmärkte durch die konsequente Anwendung der beihilferechtlichen Vorschriften	216
2.1. Inhalt und Bedeutung der Entscheidung	216
a. Das Zusammenspiel der verschiedenen Normebenen im ÖPNV	216
aa. Die VO (EWG) Nr. 1191/69 als bindendes Recht für die Mitgliedstaaten	217
bb. Das Verhältnis von Sekundärrecht zu Primärrecht im Verkehrssektor	219
b. EG-Beihilfenrecht als Liberalisierungsmotor	219
aa. Finanzierungsmethoden im ÖPNV und die EG-Beihilfeaufsicht	219
aaa. Gesetzlich geregelte Ausgleichsleistungen	220
bbb. Fördermaßnahmen außerhalb der gesetzlichen Regelung	222
(1) Die Finanzierung über den Querverbund	222
(2) Betriebskostenzuschüsse außerhalb des Querverbundes	223
ccc. Wettbewerb durch die Ausschreibung von Leistungen	224
bb. Die Bedeutung der Kriterien des EuGH im „Altmark“-Urteil	228
2.2. Konsequenzen für den deutschen ÖPNV	229

3. <i>Das nationale Recht des ÖPNV unter gemeinschaftsrechtlichem Einfluss – Zusammenfassung</i>	230
IV. Der neue Rechtsrahmen für den Personenverkehr	233
1. <i>„Kontrollierter Wettbewerb“ als Wettbewerbsleitbild</i>	234
2. <i>Der Inhalt des VO-Vorschlags in der Fassung der Änderung vom 21.2.2002</i>	235
2.1. Der öffentliche Dienstleistungsauftrag	236
2.2. Allgemeine Vorschriften für öffentliche Verkehrsdienste	238
2.3. Die Ausschreibung öffentlicher Dienstleistungsaufträge	238
2.4. Der öffentliche Dienstleistungsauftrag und die Durchbrechung etablierter Strukturen im ÖPNV	241
3. <i>Die Bewertung des VO-Vorschlags im Hinblick auf das Verhältnis von Wettbewerb und Wahrnehmung des Daseinsvorsorgeauftrags durch die EG und die Mitgliedstaaten</i>	242
3.1. Die Vorstellungen von einem europäischen Gesellschaftsmodell – Umsetzung im Bereich des Personennahverkehrs	242
a. Die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft	243
b. Grenzziehung durch die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit	244
aa. Das Verhältnis von Wettbewerb und Gemeinwohlauftrag	246
bb. Die Ausschreibung von Verkehrsleistungen	248
cc. Die Privatisierung als Folge von Wettbewerb im ÖPNV	250
c. Die Vorgaben des europäischen Primärrechts für die Gewährleistung von Gemeinwohlbelangen	252
3.2. Der Verordnungsentwurf und das gemeinschaftsrechtliche Universaldienstkonzept	253
<u>F. Zusammenfassung in Thesen</u>	255
<u>G. Schlussbemerkung</u>	267
Literaturverzeichnis	269

A. Einleitung

Im Zuge von Marktöffnungsprozessen aufgrund europäischer Liberalisierungsvorgaben ergeben sich vielfältige Fragestellungen, die die Anwendung und Umsetzung europäischen Rechts in den Mitgliedstaaten betreffen. Die Liberalisierungspolitik der Europäischen Union bildet den Ausgangspunkt einer breit angelegten Diskussion um *Regulierung* als „eine spezifische Form staatlicher Steuerung [...] öffentlich gebundener Wirtschaftsbereiche“¹.

Eine Teilmaterie dieses komplexen Nebeneinanders von Regelungskonzepten², welche – terminologisch nicht unangreifbar – unter dem schillernden Begriff der „Daseinsvorsorge“ in den rechtswissenschaftlichen Diskurs eingegangen ist, stellt die Sicherstellung von Gemeinwohlbelangen dar. Die Daseinsvorsorgeproblematik war in den letzten Jahren in verschiedenen Zusammenhängen wiederholt zentrales Thema wissenschaftlicher Untersuchungen³. Den Anstoß gab die Aufbrechung von Monopolstrukturen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union infolge der Marktöffnung und die sich hieraus ergebende Fragestellung nach der Anwendbarkeit europäischen Wettbewerbsrechts auf die Betätigung öffentlicher und monopolistisch organisierter Unternehmen⁴. Die Frage nach einer *europäischen* Daseinsvorsorgepolitik muss mittlerweile jedoch umfassender gestellt werden. Neben die Durchsetzung europäischen Primärrechts ist zunehmend die Verankerung von Grundversorgungszielen im sekundären Gemeinschaftsrecht getreten. Das

¹ *J.-P. Schneider*, ZHR 164 (2000), S. 513 (515).

² Eine schlüssige Systematisierung trifft z.B. *J. Masing*, in: Bauer u.a. (Hrsg.), *Ius publicum Europaeum: Referate und Diskussionsbeiträge des XII. Deutsch-Polnischen Verwaltungskolloquiums*, 2002, S. 161 (167), der die Bereiche *Marktzutritt, Netznutzungsregime, Kontrolle wirtschaftlicher Monopole*, allgemein *wettbewerbsstrukturierende Aufgaben* und *Sicherstellung sozial- und umweltverträglicher Ergebnisse* unterscheidet.

³ Vgl. aus der umfangreichen Literatur *J. Hellermann*, *Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung*, 2000; *G. Hermes*, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998; *J.-C. Pielow*, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001; *J.-P. Schneider*, *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation*, 1999.

⁴ Vgl. etwa *J. Fesenmair*, *Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht*, 1996; *A. Heinenmann*, *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, 1996; *G. Wilms*, *Das europäische Gemeinschaftsrecht und die öffentlichen Unternehmen*, 1996.

Streben nach einem europäischen Verfassungswerk verdeutlicht weitergehende Bemühungen um eine Sozialunion in Ergänzung der wirtschaftlichen Einheit Europas. Entscheidendes Kriterium im Rahmen dieser anstehenden Entwicklung bleibt zunächst die Kompetenzabgrenzung zwischen Europäischer Gemeinschaft und Mitgliedstaaten, d.h. die inhaltliche Bestimmung mitgliedstaatlicher Souveränitätsrechte. Akut wird dies im Falle des Übergriffs auf mitgliedstaatliche, im deutschen Rechtsraum vor allem kommunale Besitzstände der Daseinsvorsorge. Das Ineinandergreifen von Verfassungs- und Europarecht führt hier zu komplexen Argumentationsmustern. Inwieweit die kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) etwa Teil eines „europafesten Kernbestandes des Grundgesetzes“ ist⁵, der nicht gemäß Art. 23 GG wie andere Hoheitsrechte übertragen werden kann, stellt sich in vielen liberalisierten Wirtschaftsbereichen als nicht abschließend geklärte, aber zumindest politisch vordringliche Fragestellung dar⁶.

Die Darstellung der europarechtlichen Voraussetzungen einer Kompetenzabgrenzung für den Bereich der „Daseinsvorsorgeaufgaben“ und hieraus folgende Betrachtungen zur Existenz einer *europäischen Daseinsvorsorgepolitik* setzen eine Unterscheidung verschiedener Ebenen voraus: Die Vorschriften über die Verfolgung von Gemeinwohlanliegen im Primärrecht des EG-Vertrages bilden durch die Festsetzung inhaltlicher Mindestanforderungen die Grundlage aller folgenden Ausführungen (Teil B). In den Mittelpunkt der Betrachtung ist in diesem Zusammenhang die primärrechtliche Vorschrift des Art. 86 Abs. 2 EG gerückt, der neben Art. 16 EG die „Dienste bzw. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ nennt und damit die „Daseinsvorsorge“ im EG-Vertrag thematisiert. Hintergrund des Vorhabens, die Daseinsvorsorge zum Ausgangspunkt der Untersuchung zu machen, ist dabei unter anderem das Anliegen, „einer neuen Mystifizierung des Konzepts gerade auch im europäischen Kontext vorzubeugen“⁷. Inwieweit der Begriff der „Daseinsvorsorge“ überhaupt geeignet ist, die „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ rechtlich zu erfassen, ist fraglich und wird zu klären sein. Die „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ stellen für die Zukunft eine nicht zu unterschätzende Größe dar, da sie, wie etwa Art. III-

⁵ Hierzu einen Überblick vermittelnd *H.-J. Papier*, DVBl. 2003, S. 686 (691 f.).

⁶ So *J. Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 74 f.

⁷ *J.-C. Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 355.

6 des Verfassungsentwurfs⁸ verdeutlicht, eine Querschnittsmaterie über alle Wirtschaftssektoren hinweg bilden, um deren Kompetenzbereich gerungen wird. Neben Art. 86 Abs. 2 EG umfasst das europäische Primärrecht andere Politikbereiche, innerhalb derer der Gedanke der Herstellung einheitlicher Gemeinwohlstandards verstärkt verwirklicht werden soll.

Gleichzeitig obliegt es der europäischen Gerichtsbarkeit sowie vor allem der Kommission, wettbewerbsrechtlich bedenkliches Verhalten der Mitgliedstaaten auf die Vereinbarkeit mit dem EG-Recht zu überprüfen und gegebenenfalls zu sanktionieren. Die Ausübung dieser Kontrollkompetenzen durch die Gemeinschaftsorgane (Teil C) ist in weiten Bereichen für die nationale und gemeinschaftliche Wettbewerbspolitik richtungweisend. Mit der Hervorhebung des Binnenmarktziels in den 80er-Jahren erlangte die Durchsetzung der Marktfreiheiten und des Wettbewerbsrechts auch in den Sektoren der Infrastrukturgewährleistung eine Bedeutung, die „Sondermärkte“ mit spezifischen nationalen Eigenheiten unter Begründungszwänge stellte. Die Erbringer der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ agieren in unterschiedlichster Weise auf den innergemeinschaftlichen Märkten. Die Pflichten, die sich für diese Unternehmen aus ihrer besonderen Stellung ergeben, werden von mitgliedstaatlicher Seite oft mittels Kompensationsleistungen bzw. anderer Privilegien ausgeglichen. Eine Überprüfung dieser Sachverhalte erfolgt in dreierlei Hinsicht: hinsichtlich der Grundfreiheiten, des Wettbewerbsrechts der Art. 81 und 82 EG und des Beihilfeverbots der Art. 87 und 88 EG.

Der beihilferechtliche Aspekt ist unter mehreren Gesichtspunkten relevant, wie sich insbesondere anhand einer Sichtung von Sachverhalten des öffentlichen Verkehrsrechts nachweisen lässt. Die Mitgliedstaaten erproben neue Modelle, um die Finanzierung der Verwirklichung von Gemeinwohlbelangen zu sichern (vgl. z.B. Förderung der Abnahme und Vergütung erneuerbarer Energien im StrEG⁹ und EEG¹⁰; Finanzierung der Universaldienste aus Fonds). Die Unterstützung dieser „öffentlichen“ Dienstleistungen stellt sich

⁸ Entwurf des Vertrags über eine Verfassung für Europa vom 18.7.2003, CONV 850/03.

⁹ Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das Netz vom 7.12.1990 (im Folgenden: Stromeinspeisungsgesetz; *StrEG*), BGBl. I 1990, S. 2633, i.d.F. des Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.4.1998, BGBl. I 1998, S. 730.

¹⁰ Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien vom 29.3.2000 (im Folgenden: *EEG*), BGBl. I 2000, S. 305.

oft als unmittelbar oder mittelbar staatlich veranlasste Unternehmensbegünstigung dar. Der Aspekt der Rechtssicherheit und der Voraussehbarkeit verlangt für die Mitgliedstaaten eine Klärung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG zu verzeichnen ist und das Beihilferegime mit seinen gewichtigen Sanktionsmechanismen Geltung beansprucht. Die Rechtsunsicherheit ist diesbezüglich groß; die gemeinschaftlichen Bemühungen sind dementsprechend umfangreich. Inwieweit aber eine Formalisierung der Verfahren durch Ausschreibungsmodelle bzw. eine Umschreibung von Sachverhalten in Rahmenvorgaben und Leitlinien Abhilfe schaffen kann, bleibt aufzuzeigen.

Sekundärrechtlich findet die Zielsetzung einheitlicher Gemeinwohlstandards Eingang in Verordnungen und Richtlinien der Gemeinschaft, die auf diesem Wege anlässlich von Liberalisierungsvorhaben aktiv Daseinsvorsorgepolitik betreiben kann (Teil D). Entsprechend der Voraussetzungen des jeweiligen Marktes bieten sich mehrere Strategien zur Implementierung öffentlicher Zwecke an, die sich in verschiedenen Arten von öffentlicher Regulierung und Regulierungsmodellen äußern. Das Ringen um mitgliedstaatliche Souveränität und die Festsetzung materieller Qualitätsstandards hat sich in großem Umfang auf die Ebene des Sekundärrechts verlagert.

Anhand des Referenzgebiets des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) und dessen Rechtsgrundlagen im europäischen und deutschen Recht können die Entwicklung der zunehmenden Determinierung eines Marktes durch EG-Recht sowie Folgefragen für die mitgliedstaatliche Umsetzung nachvollzogen werden (Teil E). Das Gemeinschaftsrecht findet mittlerweile umfassend im ursprünglich von nationalen gewerberechtlichen Grundsätzen bestimmten öffentlichen Verkehrsrecht Anwendung. Der EuGH betrachtet die Verkehrsmärkte auch im Bereich des ÖPNV größtenteils als gemeinschaftliche Märkte. Aufgrund der örtlichen Verankerung der Dienste und der seit jeher gegebenen staatlichen Einflussnahme in diesem Bereich eröffnen sich besondere Problemkonstellationen bei der angestrebten Durchsetzung eines „kontrollierten Wettbewerbs“ als Wettbewerbsleitbild.

Fraglich ist, ob sich aus dieser Gesamtschau und Systematisierung der „europäischen Daseinsvorsorge“ ein Mehr an Transparenz gewinnen lässt. Bedeutung kann dies für andere Rechtsfragen gewinnen: etwa hinsichtlich der Stellung öffentlicher Unternehmen auf europäischen Märkten¹¹, der Europa-

¹¹ Vgl. Staatsrechtslehrtagung im Jahre 2000 mit dem Thema „Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber“; hierzu VVDStRL 60 (2001), S. 416 ff.; 456 ff.; 513

festigkeit der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) über Art. 23 GG sowie hinsichtlich der Nutzbarmachung der Ergebnisse in der verwaltungswissenschaftlichen Diskussion um ein Regulierungsverwaltungsrecht. Die ursprüngliche Aufgabenstellung, eine *europäische* Daseinsvorsorgepolitik nachzuweisen, ist davon nicht berührt. Spezifisch gemeinschaftsrechtliche Kompetenznormen existieren im Bereich der „Dienste von allgemeinem Interesse“ noch nicht. Es handelt sich um eine sektorübergreifende Tendenz der Daseinsvorsorge, der sich die Gemeinschaft bei der Schaffung einheitlicher Sozialstandards, vor allem im Sekundärrecht, zunehmend zuwendet.

Das Vorgehen der Europäischen Gemeinschaft birgt Gefahren: Möglich erscheint eine Politisierung der Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften, eine zu weit reichende Implementierung „systemfremder“ Regelungen in nationale Marktordnungen sowie umgekehrt eine Renationalisierung im Rahmen unscharfer gemeinschaftsrechtlicher Konzepte. Diese Bedenken können durch „rechtliche“ Vorgaben der Gemeinschaft, welche die durch Art. 86 Abs. 2 EG aufgezeigten, der Abwägung zugänglichen Verantwortungsbereiche ausfüllen, ausgeräumt werden.

Die vorliegende Analyse soll die Spielräume der Europäischen Gemeinschaft bei der Gestaltung *europäischer* Daseinsvorsorge ausleuchten. Der Ansatz ist daher ein spezifisch gemeinschaftsrechtlicher; er ist nur subsidiär auf die Umsetzungsproblematik im mitgliedstaatlichen Recht ausgerichtet¹².

ff.; D. Ehlers, Gutachten E zum 64. Deutschen Juristentag im Jahre 2002, Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftlich neu zu regeln?, 2002, E 11 ff.

¹² Dies betrifft vor allem die Ausgleichsregelungen im deutschen Recht der Personenbeförderung in ihren Einzelheiten; hierzu neuerdings M. Otto, Die öffentliche Finanzierung und die Genehmigung des ÖPNV (ÖSPV) im Binnenmarkt, S. 109 ff.