

A. Einleitung und Gang der Untersuchung

Die Liberalisierung der europäischen Energiemärkte, welche traditionell Monopole darstellten und deren Strukturen von den Mitgliedstaaten jahrzehntelang unangetastet gelassen worden sind, war zunächst wie in anderen Wirtschaftssektoren auch durch das Binnenmarktprojekt der Europäischen Union vorangetrieben worden.¹ So war es gerade die Europäisierung von bestimmten Politikbereichen, die die nationalen Entscheidungshürden² überwunden und Strukturreformen angestoßen hatte.³ Denn die Europäische Gemeinschaft vermochte durch das Binnenmarktprojekt in bestimmten sensiblen Bereichen Liberalisierungsinitiativen zu ergreifen, die auf nationalstaatlicher Ebene auf Grund zahlreicher Abhängigkeiten im Sande verlaufen wären.⁴ Dieser „effektive Umweg über Brüssel“ wurde benutzt, die Strukturen derjenigen Bereiche umzukrempeln, die auf nationaler Ebene der Sozial- bzw. Wirtschaftspolitik zugeordnet waren.⁵ So gerieten auch solche Leistungen⁶ unter Liberalisierungsdruck, die je nach nationaler Eigenart bzw. Terminologie der Daseinsvorsorge⁷, dem *service public*⁸, den *public services* etc. zugeordnet sind, wobei allgemein Leistungen gemeint sind, die aufgrund ihrer besonderen Bedeutung für den Einzelnen und das Gemeinwesen als Ganzes aufgrund möglicher Unrentabilität vom Staat selbst geleistet oder auf andere Art und Weise sichergestellt werden. Diese Leistungen sollen im Folgenden allgemein als gemeinwirtschaftliche Leistungen bezeichnet werden.⁹

Nachdem die Liberalisierungsbemühungen insbesondere der Kommission in den verschiedensten Wirtschaftssektoren durchaus erfolgreich waren, geriet das Liberalisierungsprojekt teilweise Anfang der 90er Jahre zunächst mit der Corbeau-Entscheidung des EuGH¹⁰ ins Stocken, wobei nachfolgende Entscheidungen¹¹ mit Bezug zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse¹² auch

¹ *Schöneich*, in: Deutscher Juristentag - Ständige Deputation (Hrsg.), Band II/1, S. O 53; *Weiß*, in: DVBl 2003, S. 565; *Articus*, in: Der Städtetag 7-8/2002, S. 7; *Kluth*, in: Henneke (Hrsg.) 2002, S. 83; *Wieland*, in: Büdenbender/Kühne (Hrsg.), S. 383; *Becker*, Europäische Daseinsvorsorge, S. 5.

² Z.B. die zusätzlichen Hürden des deutschen Föderalismus.

³ *Henneke*, Reformprozesse in Deutschland zwischen Parteienwettbewerb, Wohlfahrtsstaat und Kartellföderalismus, S. 16; vgl. auch *Vorholz*, in: DVBl. 2004, S. 811.

⁴ *Von Bogdandy*, zitiert nach DER SPIEGEL 23/2005, S. 108; *Becker*, Europäische Daseinsvorsorge, vgl. auch, S. 16f.

⁵ Vgl. auch *Scharpf*, in: EuZW 2005, S. 295.

⁶ Zur umstrittenen Terminologie siehe unten, B.I.

⁷ Vgl. unten, B.I.3.

⁸ Vgl. unten, B.I.2.

⁹ Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistungen wird auch in den Beschleunigungsrichtlinien als Oberbegriff verwendet und bietet sich deshalb auch für diesen Untersuchungsgegenstand an, wenn nicht andere Begriffe aufgrund ihrer Spezialität oder ihres (nationalen) Kontextes verwendet werden, vgl. ausführlicher unten, B.I.1.

¹⁰ EuGH, Rs. C-320/91 – Corbeau, Slg. 1993 I-2533.

¹¹ Vgl. dazu ausführlicher unten, C.I.3.

¹² Vgl. Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag, dazu unten mehr unten C.I., aber auch Art. 16 EG-Vertrag,

speziell den Energiesektor betrafen. In den Entscheidungen des EuGH zur wettbewerblichen Ausnahmevorschrift des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag sowie in der Einführung des Art. 16 EG-Vertrag manifestierte sich eine andere Herangehensweise an die Besonderheiten derjenigen Märkte, welche aufgrund der oben beschriebenen Besonderheiten als Domäne der Mitgliedstaaten verstanden worden waren.

Nachdem sich sowohl die wettbewerbliche Legalausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und z.B. in Deutschland das fast schon verpönte Konzept¹³ der Daseinsvorsorge¹⁴ jahrzehntelang im toten Winkel der Wettbewerbspolitik befanden¹⁵, haben der Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und die Thematik der gemeinwirtschaftlichen Leistungen eine bemerkenswerte Renaissance erfahren.¹⁶

Dieses Thema wurde insgesamt auf zweierlei Weise durch das europäische Recht aufgewertet:¹⁷ zum einen dadurch, dass die Besonderheiten bestimmter gemeinwohlorientierter nationaler Aufgaben durch den Liberalisierungsdruck des europäischen Wettbewerbsrechts erst offenbar wurden; zum anderen weil im europäischen Recht Wege und Instrumente gesucht wurden, auf diese neuen Herausforderungen angemessen zu reagieren. Auch die EU-Kommission erkennt diese neuen Herausforderungen an:

„Die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bilden den Dreh- und Angelpunkt der politischen Debatten. In der Tat berühren sie die zentrale Frage, welche Rolle in einer Marktwirtschaft staatlichen Stellen zukommt, da sie einerseits das reibungslose Funktionieren des Marktes und die Einhaltung der Spielregeln durch alle Akteure sicherstellen und andererseits das öffentliche Interesse gewährleisten, insbesondere die Befriedigung der Grundbedürfnisse der Bürger und die Erhaltung von Kollektivgütern in Fällen, in denen der Markt dazu nicht in der Lage ist.“¹⁸

Dennoch befindet sich die neue Diskussion um die gemeinwirtschaftlichen Leistungen bzw. ein zukünftiges europäisches Service-public-Konzept gleichwohl erst in den Anfängen.¹⁹ Zwar wurde schon von der „gegenständlichen Emanzipation der Daseinsvorsorge von den Wettbewerbsregeln“²⁰ gesprochen. Allerdings fehlt bis heute ein umfassendes einheitliches europäisches Konzept.

dazu ausführlicher unten C.II.

¹³ Vgl. z.B. Ruge, in: ZRP 2003, S. 353.

¹⁴ Zum Begriff der Daseinsvorsorge und allgemein zur Terminologie siehe B.I.3.

¹⁵ Nettesheim, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 41; Blankert, in: WuW 2002, S. 341.

¹⁶ Börner, in: ZögU 2002, S. 195; Tettinger, in: RdE 1999, S. 45; Borchardt, in: Deutscher Juristentag - Ständige Deputation (Hrsg.), Band II/1, S. O 11; Kämmerer, in: NVwZ 2002, S. 1041; vgl. auch Ruge, in: ZRP 2003, S. 353; Weiß, in: EuR 2003, S. 183.

¹⁷ Püttner, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 36.

¹⁸ Kommission Grünbuch zu Dienstleistung von allgemeinem Interesse, vom 21.05.2003, KOM 2003, 270 final, Tz. 4.

¹⁹ Heinze, in: BayVBl 2004, S. 38.

²⁰ Kämmerer, in: NVwZ 2002, S. 1041.

Neuere gesetzgeberische Entwicklungen, z.B. die so genannten Beschleunigungsrichtlinien Strom und Gas²¹, die nun einen wettbewerbskritischeren Ansatz zu verfolgen scheinen, legen nahe, dass gemeinwirtschaftlichen Leistungen wieder mehr Gewicht beigemessen wird. Während das Ziel zunächst war, Überkapazitäten auch entgegen einiger warnender Stimmen abzubauen²² und durch andere Rationalisierungsmaßnahmen im Wettbewerb die Strompreise zu senken, wird teilweise eine Reregulierung²³, die tiefer eingreift als die nationalen Regelungen aus der Zeit vor der Liberalisierung, konstatiert²⁴, und damit teilweise einhergehend eine Akzentverschiebung im energiepolitischen und energierechtlichen Ansatz in Bezug auf Gemeinwohlaspekte erkannt.²⁵ Denn nicht nur die Stromausfälle in London und Italien wurden seitdem allgemein als Anlass genommen zu hinterfragen, ob in der Energiewirtschaft uneingeschränkte Liberalisierung und Privatisierung wirklich immer zu den gewünschten Ergebnissen führen.

Tatsächlich wird in den beiden Energiebinnenmarktsrichtlinien die Bedeutung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen immer wieder unterstrichen; so ist nach Auffassung der Kommission die Erreichung der gemeinwirtschaftlichen Ziele eine der „wichtigsten Zielsetzungen“²⁶ der Richtlinien. In diesen Bereichen das „höchstmögliche Niveau“ zu erreichen, sei „Ausdruck eines grundlegenden Ziels der Gemeinschaftspolitik auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge“.²⁷ Es handele sich um ein „Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges“. Dennoch ist fraglich, ob mit den gemeinwirtschaftlichen Leistungen ein überzeugendes Konzept vorliegt, mit dem diese Ziele auch wirklich erreicht werden können.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass die gemeinwirtschaftlichen Leistungen im gesamten Gesetzgebungsprozess vom ersten Vorschlag aus dem Jahre 1992 bis zu den heutigen Beschleunigungsrichtlinien ein Kernproblem²⁸ waren, in diesem Bereich jedoch kaum Abhandlungen für Klärung in inhaltlicher oder terminologischer Hinsicht sorgen. Während dies zum einen dafür spricht, dass den gemeinwirtschaftlichen Überlegungen im Gesetzgebungsprozess möglicherweise zuviel Bedeutung beigemessen wurde, sollte durchaus berücksichtigt werden, dass die aktuellen Entwicklungen im Energiebereich – erhöhte Energieabhängigkeit von Russland

²¹ Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, Amtsblatt Nr. L 176 vom 15.07.2003, S. 37ff (im Folgenden: Strom-Richtlinie) und Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, Amtsblatt Nr. L 176 vom 15.07.2003 S. 57ff (im Folgenden: Gas-Richtlinie) – als die so genannte Beschleunigungsrichtlinien.

²² *Börner*, in: RdE 2005, S. 189.

²³ Zum Begriff der Reregulierung siehe unten, B.I.8.

²⁴ *Börner*, in: RdE 2005, S. 186.

²⁵ *Kühne*, in: Baur (Hrsg.) 2002, S. 74.

²⁶ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament - Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 final, S. 45.

²⁷ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament - Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 final, S. 21.

²⁸ Vgl. nur *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 204.

und dem Nahen Osten, steigende Preise für End- und Großkunden sowie unübersehbare Risiken hinsichtlich des Zustands der nationalen und grenzübergreifenden Infrastruktur – in Zukunft in einer größeren Dringlichkeit der Befassung mit gemeinwirtschaftlichen Leistungen resultieren können. Die praktische Relevanz kann also durchaus noch als Spätfolge der Liberalisierung der Energiemärkte vermehrt in den nächsten Jahren auftreten.²⁹ Darüber hinaus sind grundsätzliche Überlegungen und Ergebnisse auch auf die zukünftigen Liberalisierungsprobleme anderer Wirtschaftsbereiche übertragbar, wie z.B. die der Wasserwirtschaft.³⁰

Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern sich ein wettbewerbskritischerer Ansatz in den Beschleunigungsrichtlinien niedergeschlagen hat und inwiefern ein neues Konzept der gemeinwirtschaftlichen Leistungen in der Energiewirtschaft besteht. Die praktische Umsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten soll dabei größtenteils außer Acht bleiben, da dies u.a. den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Um das Knäuel zu entwirren³¹ und um die Schwierigkeiten zu verstehen, die sich hinsichtlich der Herausarbeitung eines tragfähigen Konzepts der gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Bereich der europäischen Energiewirtschaft ergeben, wird zunächst eine Darstellung der Spannungsfelder und Verzahnungen³², denen sich gemeinwirtschaftliche Leistungen ausgesetzt sehen, vorangestellt (vgl. unten B.III. und B.IV.). Denn die starke Verwebung ordnungspolitischer Vorstellungen mit rechtlichen Argumentationen³³ prägt die Probleme der gemeinwirtschaftlichen Leistungen auf europäischer Ebene. Dabei sollen die primärrechtlichen Entwicklungen, insbesondere die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (vgl. unten C.), skizziert werden. Hintergrund und Inhalt der einzelnen Normen mit Bezug zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen in den sogenannten Beschleunigungsrichtlinien aus dem Jahr 2003 stellen den Schwerpunkt dieser Arbeit dar (vgl. unten D.). Dabei ist insbesondere fraglich, ob die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen z.B. in Art. 3 Abs. 8 der neuen Strom-Richtlinie³⁴ einfach nur eine sekundärrechtliche Parallele zur Rechtsprechung im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag darstellen, oder etwas qualitativ anderes.

Schließlich werden die Unterschiede zwischen den ersten Richtlinien und den Beschleunigungsrichtlinien im Hinblick auf die gemeinwirtschaftlichen Leistungen bewertet. Besonderes Augenmerk wird dabei auch auf die Tatsache gerichtet, dass trotz des erklärten Ziels, die Liberalisierung der Energiemärkte noch zu beschleunigen, der Umfang der gemeinwirtschaftlichen Leistungen zumindest vordergründig zugenommen hat.

²⁹ Die Auswirkungen, die die Liberalisierung der Energiemärkte auf die Versorgungssicherheit haben kann, werden unten D.II.1.b)(3)(a) ausführlicher dargestellt; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Börner*, in: RdE 2005, S. 186ff.

³⁰ Vgl. die Fallstudie zur Liberalisierung der europäischen Wassermärkte bei *Becker*, Europäische Daseinsvorsorge, S. 26ff.

³¹ Vgl. *Papier*, in: DVBl. 2003, S. 687.

³² Vgl. *Stern*, in: Bündenbender/Kühne (Hrsg.), S. 351.

³³ *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

³⁴ Bzw. Art. 3 Abs. 5 der neuen Gas-Richtlinie.

Inwieweit die gemeinwirtschaftlichen Leistungen tatsächlich inhaltlich an Bedeutung gewonnen haben, und welche Bedeutung dies für die Bereiche Versorgungssicherheit, Umweltschutz und möglicherweise Verbraucherschutz iwS haben kann, wird in diesem Zusammenhang ausführlich diskutiert (vgl. unten D.VI.). Dazu gehört auch die Problematik, dass die gemeinwirtschaftlichen Leistungen trotz - wie in europäischen Verordnungen und Richtlinien üblich - umfangreicher Legaldefinitionen selbst nicht definiert werden, und terminologische Unstimmigkeiten im Vergleich zur englischen und französischen Fassung bestehen. Dabei soll insgesamt im Vordergrund stehen, ob mit den gemeinwirtschaftlichen Leistungen ein in sich kohärentes und tragfähiges Konzept für den Energiemarkt geschaffen wurde (vgl. unten E.)

B. Ausgangslage der gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Energiesektor

Die Ausgangslage dieser Untersuchung weist die Besonderheit auf, dass sie von vielfältigen Spannungsfeldern und Interessen auf europäischer, nationaler und innerstaatlicher Ebene geprägt wird. Bevor die inhaltliche Untersuchung mit der Darstellung der Ausgangslage in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft beginnen kann, muss zusätzlich die Terminologie geklärt werden, denn wie kaum ein anderer Rechtsbereich wird der Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen von allgemeinen, undefinierten und überlappenden Begriffen bevölkert.³⁵

I. Begrifflichkeiten - verwandte Begriffe und verwobene Konzepte

Gerade im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen haben terminologische Unterschiede und semantische Unklarheiten in den Mitgliedstaaten auf europäischer Ebene zahlreichen Missverständnissen Nahrung gegeben.³⁶ Zwar gibt es in allen Mitgliedstaaten Leistungen, die aus Gemeinwohlgründen allen zuteil werden sollen - unabhängig von der Wirtschaftlichkeit im Einzelfall - jedoch weichen die diesbezüglichen Konzepte, Begrifflichkeiten und ihre rechtlichen Ausgestaltungen zum Teil erheblich von einander ab, was Ausdruck der jeweiligen geschichtlichen, wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Entwicklung ist.

Auf der einen Seite gibt es die Mitgliedstaaten mit romanischer Rechtstradition³⁷, hier insbesondere Frankreich³⁸, Belgien, Spanien³⁹ und Italien. Auf der anderen Seite steht die Gruppe der Staaten, in denen die öffentlichen Dienstleistungen zumindest

³⁵ *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen), sieht ein „breites Arsenal“ an Begriffen; vgl. auch *Pielow*, in: RdE 2004, S.44, der von einem „Begriffsdickicht“ spricht.

³⁶ Kommission Grünbuch 2003, Tz. 15; vgl. auch *Becker*, Europäische Daseinsvorsorge, S. 6ff; *Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates, S. 149; *Knauff*, in: VR 2004, S. 296.

³⁷ Vgl. *Ambrosius*, in: Cox (Hrsg.), S. 18.

³⁸ Vgl. auch *Bullinger*, in: JZ 2003, S. 587ff; *Lecheler/Püstow*, in: RdE 2003, S. 129; *diess.*, in: RdE 2000, S. 165ff; *Koenig/Kühling/Rasbach*, in: ZNER 2003, S. 3ff; *Le Nestour/Zinow*, in: RdE 1994, S. 129ff, 170ff; *Luke*, Gewährleistung und Finanzierung von Infrastrukturversorgung im Wettbewerb Hamburg 2000; *Möschel*, in: JZ 2003, S. 1021ff; *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, Tübingen, 2001.

³⁹ *Del Guayo Castiella/Pielow*, in: RdE 1995, S. 225ff.

als Rechtsbegriff keine oder keine so große Tradition haben⁴⁰: Mitgliedstaaten germanischer oder angelsächsischer Rechtstradition wie Deutschland, England⁴¹ oder die skandinavischen Staaten. Erschwert wird die Klärung und Verwendung dieses Begriffs durch die Tatsache, dass einige dieser Begriff synonym verwendet werden.⁴² Teilweise werden im deutschen Sprachraum die Begriffe „Daseinsvorsorgedienste“, „Leistungen der Daseinsvorsorge“, „Daseinsvorsorge“ synonym mit dem Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ verwandt.⁴³ Insgesamt bestehen auch innerhalb der einzelnen Rechtsordnungen keine konsistenten Begrifflichkeiten.⁴⁴ Hinzu kommt die Übersetzungsproblematik: So sind z.B. *service public* und Daseinsvorsorge keine genaue Entsprechungen⁴⁵, obwohl sie manchmal dementsprechend – mangels passender Begriffe in der jeweils anderen Rechtsterminologie – übersetzt werden.⁴⁶ Rottmann⁴⁷ spricht sogar von einem „breiten Arsenal von Begriffen“. Die im Folgenden aufgeführten Begriffe werden häufig im Zusammenhang mit gemeinwirtschaftlichen Leistungen genannt, weisen aber Besonderheiten oder Unterschiede auf, die kurz angesprochen werden sollen.

1. Gemeinwirtschaftliche Leistungen, Ziele und Verpflichtungen

Dieser Untersuchung wird der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Leistungen zugrunde gelegt. Dieser Begriff ist im Gemeinschaftsrecht oder nationalen Recht soweit ersichtlich nicht anderweitig vorbelastet. Die Beschleunigungsrichtlinien selbst legen eine Verwendung als Oberbegriff nahe, so z.B. in Erwägungsgrund 24.

In den Beschleunigungsrichtlinien werden insgesamt drei verschiedene Begriffspaare verwendet, nämlich die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen z.B. in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 8, sowie gemeinwirtschaftliche Leistungen und gemeinwirtschaftliche Ziele in Erwägungsgrund 19 und 24.⁴⁸ Dabei stellen die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nach Art. 3 Abs. 2 und Abs. 8 einen wesentlichen Schwerpunkt der Betrachtung der Energiebinnenmarktrichtlinien unter gemeinwirtschaftlichen Aspekten dar.

⁴⁰ *Ambrosius*, in: Cox (Hrsg.), S. 19.

⁴¹ Vgl. *Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State – Zur veränderten Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Großbritannien und der EU, Berlin 2004.

⁴² *Ambrosius*, in: Cox (Hrsg.), S. 16; *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 23.

⁴³ Zuletzt in der Verhandlungsposition der Bundesregierung zur EU-Dienstleistungsrichtlinie - Eckpunkte - vom 06.03.2006, S. 2; vgl. auch *Koenig/Kühling/Rasbach*, in: ZNER 2003, S. 3.

⁴⁴ *Luke*, Gewährleistung und Finanzierung von Infrastrukturversorgung im Wettbewerb, S. 393.

⁴⁵ Vgl. dazu *Lecheler*, in: RdE 1996, S. 212ff.

⁴⁶ *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 37; auch der englische Begriff „public service“ hängt von vielerlei Umständen ab und ist dementsprechend unklar, *Jones*, EU Energy Law, S. 113; vgl. auch zum *service public* in Frankreich, Spanien und in England, *Bruhns*, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, S. 22ff; *Lecheler*, in: RdE 1996, S. 212ff.

⁴⁷ *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

⁴⁸ Vgl. auch das Kapitel „Gemeinwirtschaftliche Ziele“ des ersten Kommissionsvorschlags für die Beschleunigungsrichtlinien, KOM (2001) 125 final, S. 20.

Dieser Begriff ist ein im sekundären Gemeinschaftsrecht neuer Begriff⁴⁹, der auch im Primärrecht nicht benutzt wird, und dementsprechend unklar ist.⁵⁰ Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen können im Energiebereich Aspekte der Versorgungssicherheit, des Umweltschutzes, der Regelmäßigkeit, der Qualität und des Preises betreffen, welche die gemeinwirtschaftlichen Ziele darstellen, wobei der Inhalt dieser Ziele wiederum klärungsbedürftig ist.⁵¹ Umweltschutzaspekte nehmen als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinien insofern eine Sonderstellung ein, als ihr *gemeinwirtschaftliches* Element strenggenommen beschränkt ist. Sie gehören aber im Rahmen der Richtlinien ganz eindeutig zu den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und damit auch zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen. Die Tatsache, dass Umweltschutzaspekte im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 dazu gezählt werden, ist wohl auf die Almelo-Entscheidung des EuGH zurückzuführen.⁵²

der Begriff gemeinwirtschaftliche Leistungen ist demgegenüber ein weiter als gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen iSd Art. 3 Abs. 2 bzw. Abs. 8. Letztere werden einem Unternehmen übertragen. Erstere können der Gegenstand einer entsprechenden Verpflichtung sein, müssen es aber nicht.

Allgemein soll es sich hier um eine lediglich beschreibende Kategorie handeln, die die Bereitstellung bestimmter existenzieller Leistungen erfasst, die sich der einzelne nicht aus eigener Kraft beschaffen kann, deren Sicherstellung allein durch Marktme-

⁴⁹ Eingeführt durch die Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Amtsblatt der EG Nr. L 027 vom 30.01.1997, S. 20ff; vgl. auch *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 336.

⁵⁰ Auf den Energiesektor übertragen, präzisiert die Kommission den Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen wie folgt: Die auferlegten Verpflichtungen müssen mit der Erbringung der fraglichen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Zusammenhang stehen. Sie müssen einen direkten Beitrag zu diesem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse leisten. Sie dürfen die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft, vgl. den Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr zu den Richtlinien über den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt (2003/54 EG und 2003/55/EG) vom 16.1.2004, 2.1.1.). Diese Definition im o.a. Dokument wird hergeleitet über Art. 2 der Verordnung (EWG) 1191/69 des Rates vom 26.6.1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Strassen- und Binnenschiffverkehrs (ABl L 156 vom 28.6.1969), in der es heißt: gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen (sind) Verpflichtungen..., die das Verkehrsunternehmen im eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht oder nicht im gleichen Umfang und nicht unter den gleichen Bedingungen übernehmen würde“ und Art. 86 Abs. 2 EG

⁵¹ Vgl. dazu ausführlich unten, D.II.1.b.).

⁵² *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 100f; Konkret wurde vom Gerichtshof die praktisch relevante Frage erörtert, inwieweit ein Energieversorgungsunternehmen mit besonderen Aufgaben im Bereich des Umweltschutzes vor dem Hintergrund von Art. 86 Abs. 2 EGV betraut werden könne. Der EuGH ging davon aus, dass die Kosten, die dem Unternehmen durch unweltschutzrechtliche Bestimmungen entstanden, in die Prüfung einfließen müssen, ob Wettbewerb die wirtschaftliche Stabilität des Unternehmens gefährden würde; EuGH, Rs. C-393/92 – Almelo, Slg. 1994, I-1477, Tz. 49; vgl. auch *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 322f.

chanismen nicht ohne Weiteres gesichert ist⁵³ und deren kontinuierliche Funktionsfähigkeit bzw. Verfügbarkeit im Interesse der Allgemeinheit liegt.⁵⁴ Wichtig sind also das Element der individuellen Abhängigkeit des Einzelnen, weiter das Element der (teilweisen) mangelnden Rentabilität, sowie die überindividuelle Komponente des Nutzens für das Gemeinwesen.⁵⁵ Die gemeinwirtschaftlichen Leistungen umfassen auch die Versorgungssicherheit, welche insofern nur eine indirekte individuelle Komponente aufweist. Quasi auf einer vorgelagerten Ebene muss sichergestellt werden, dass überhaupt ein ausreichendes Energieangebot besteht bzw. dass die technischen Systemvoraussetzungen gewährleistet sind, damit der Einzelne letztlich mit Energie versorgt werden kann.

2. Service public

Auch das Konzept des service public⁵⁶ ist für die Bearbeitung des Untersuchungsgegenstands insofern wichtig, als dieses das Gemeinschaftsrecht u.a. im Rahmen des Art. 16 und 86 Abs. 2 EG-Vertrag geprägt hat und zudem auch im Zusammenhang mit der Idee eines so genannten europäischen service public diskutiert wird.⁵⁷ Die Prinzipien des französischen service public für die staatliche oder unter staatlicher Aufsicht erfolgende Verwirklichung des Gemeinwohls sind das Prinzip der Kontinuität, d.h. das regelmäßige Funktionieren ohne Unterbrechungen,⁵⁸ das Prinzip der Adaption, d.h. die Pflicht der Anpassung an den jeweils gegebenen Stand der Technik, das Prinzip der Gleichheit, d.h. die gleichen Zugangsrechte für die Benutzer, und die Neutralität. Zusätzlich kann man noch das Prinzip der Transparenz und der Vereinfachung⁵⁹ nennen. Das Ziel des service public ist es u.a. auch, die soziale Kohäsion und Solidarität zu sichern.⁶⁰ In Frankreich z.B. ist das service public Konzept sehr umfassend und stellt einen "Kern des französischen Gesellschaftsmodells" dar.⁶¹

Auch der Begriff service public, dessen Gedanken immer öfter in der gemeinschaftsrechtlichen Auseinandersetzung auftaucht, kann dabei mit den gemeinwirtschaftlichen Leistungen nicht als deckungsgleich verstanden werden, gerade weil er zumindest in Frankreich und einigen anderen romanischen Ländern konkret besetzt ist.

⁵³ Vgl. dazu allerdings die Ausführungen zum Verhältnis Wettbewerb und gemeinwirtschaftliche Leistungen, unten D.I.3.

⁵⁴ Vgl. auch *Henneke*, in: *Der Landkreis* 1/2003, S. 17.

⁵⁵ Hierbei ist das Interesse des Gemeinwesens mehr als die bloße Summe der Interessen des Einzelnen.

⁵⁶ Vgl. auch *Keller*, *Service Public* und Art. 86 Abs. 2 EGV; *Löwenberg*, *Service Public* und öffentliche Dienstleistungen in Europa; *Lecheler*, in: *RdE* 1996, S. 212ff.

⁵⁷ *Keller*, *Service Public* und Art. 86 Abs. 2 EGV, S. 30.

⁵⁸ *Lecheler*, in: *RdE* 1996, S. 214.

⁵⁹ *Keller*, *Service Public* und Art. 86 Abs. 2 EGV, S. 65.

⁶⁰ *Becker*, *Europäische Daseinsvorsorge*, S. 19.

⁶¹ *Becker*, *Europäische Daseinsvorsorge*, S. 19.

3. Daseinsvorsorge

Die Daseinsvorsorge, ein Begriff, der teilweise sogar als direkte Übersetzung des *service public* benutzt wurde, ist das Konzept, was im deutschen Recht dem *service public* am nächsten kommt.⁶² Der Begriff der Daseinsvorsorge entstammt dem deutschen Verwaltungsrecht und wurde zunächst von Ernst Forsthoff geprägt. Forsthoff definierte den Begriff ganz allgemein als diejenigen Veranstaltungen, die zur Befriedigung des Appropriationsbedürfnisses getroffen wurden.⁶³ Das Konzept der Daseinsvorsorge hat dabei nie den klaren und prominenten Stellenwert erhalten wie das französische Konzept des *service public*. Daseinsvorsorge wird heutzutage u.a. als die besondere staatliche Verantwortung für die Versorgung des Bürgers mit bestimmten Gütern/Dienstleistungen verstanden, wobei eine terminologische Aufgliederung der verschiedenen Intensitätsgrade der staatlichen Verantwortung aus Platzgründen unterbleiben muss. Dazu zählt als Teil der Leistungsverwaltung im Gegensatz zur Eingriffsverwaltung die Bereitstellung von öffentlichen Einrichtungen für die Allgemeinheit, also Energieversorgung, öffentlicher Nahverkehr, Müllabfuhr und Abwasserbeseitigung, aber auch Bildungs- und Kultureinrichtungen.⁶⁴

So oft auch das Schlagwort Daseinsvorsorge⁶⁵ verwendet wird, so unklar ist dieses Konzept geblieben. Die Bedeutung der verschiedenen Daseinsvorsorgeaspekte im Rahmen der Energieversorgung wurde zwar immer wieder betont.⁶⁶ Trotzdem wurde

⁶² Da es zum Thema der traditionellen Daseinsvorsorge schon ausreichend Publikationen gibt, wird hier nur ein kurzer Überblick gegeben.

⁶³ Forsthoff selbst befürchtete schließlich, dass man mit dem von ihm gebrauchten Allerweltsbegriff „am Ende alles und deshalb nichts beweisen“ könne; vgl. auch *Storr*, in: DÖV 2002, S. 357.

⁶⁴ Auch wenn der Begriff aufgrund seines historischen Hintergrund in der NS-Zeit und der freiheitsbeschränkenden Grundtendenz nicht unproblematisch war, wurde die Daseinsvorsorge unter der Geltung des Grundgesetzes im Rahmen der sozialen Marktwirtschaft weiter verwendet und ausgebaut. Allerdings ist das Model der Daseinsvorsorge im Forsthoff'schen Sinne von der Realität überholt. Die entsprechenden Leistungen können auch in anderen Formen, z.B. im Gewährleistungsstaat, erbracht werden. Die Daseinsvorsorge kann auch durch Private innerhalb eines staatlich gesetzten Ordnungsrahmens unter Aufsicht der öffentlichen Hand erfolgen, wie bereits die historische Entwicklung des Bereichs zeigt. Es geht nicht um die Art der Leistungserbringung, sondern die Art der Leistung. Dies gilt jedoch nicht zugleich für die grundsätzliche Problematik. Denn die von Forsthoff beschriebene Situation der Abhängigkeit des Einzelnen von Leistungen Dritter besteht fort. Dabei hat die soziale Bedürftigkeit seitdem aufgrund der technischen, wirtschaftlichen und auch soziale Entwicklung eher noch zugenommen. Die Versorgung mit Wasser, Energie und Verkehrsleistungen sind wichtige Bedingungen für ein als menschengerecht empfundenenes Leben geblieben. Die Problemstellung hat sich somit nicht grundlegend geändert, siehe auch *Schwintowski*, in: ZögU 2003, S. 287.

⁶⁵ Auf europäischer Ebene wurden anstelle der Daseinsvorsorge schon aufgrund von möglichen Übersetzungs- und terminologischen Gründen neue Begriffe eingeführt. Die primärrechtliche Entsprechung findet sich am ehesten in den Dienstleistungen bzw. Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Sekundärrechtlich werden wiederum andere Begriffe verwendet.

⁶⁶ Die Aspekte Versorgungssicherheit und die Preisbildung waren schon immer traditionell von hoher politischer Sensibilität geprägt, *Horn*, in: RdE 2003, S. 85; eine sichere Energieversorgung wurde nicht nur in Deutschland als „so wichtig wie das tägliche Brot“ und als „absolutes Gemeinschaftsgut“ BVerfGE 30, 292, 323f; „zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz

der genaue Inhalt der Daseinsvorsorge im Bereich der Energieversorgung nie ausreichend konkretisiert.⁶⁷ Tatsächlich sah es lange Zeit so aus, als hätte trotz der grundsätzlich anerkannten Wichtigkeit der Daseinsvorsorgeleistungen dieses Konzept angesichts der Entwicklungen des europäischen Binnenmarktes ausgedient. Dann erlebte diese Thematik in den 90er jedoch wieder eine beachtliche Renaissance.⁶⁸ Die Häufigkeit, mit welcher der Begriff heutzutage jedoch wieder verwendet wird, steht in umgekehrt proportionalem Verhältnis zu dessen Brauchbarkeit für die juristische Auseinandersetzung.⁶⁹

Tatsächlich ist dieser Begriff nicht nur ungenau, sondern er existiert als Rechtsbegriff grundsätzlich nicht.⁷⁰ Seitdem der Begriff jedoch in einigen Gemeindeordnungen verwendet wird, hat er zwar technisch gesehen den Status eines Rechtsbegriffs; aufgrund der Unschärfe und Weite ist dieser Begriff trotzdem weiterhin kaum subsumierbar. Er ist bestenfalls ein lediglich deskriptiver Sammelbegriff, der nicht unterscheidet zwischen gemeinwohlorientierten Zielen, wie z.B. Versorgungssicherheit, Umweltschutz oder Raumordnung, bzw. Aufgaben wie flächendeckende Versorgung, und den Instrumenten der Aufgabenerfüllung, wie z.B. Fonds, privilegierte Netzzugangsmechanismen zur Erreichung der Ziele. Daseinsvorsorge ist in rechtlicher Hinsicht ein wenig hilfreicher Begriff und wird teilweise zu Recht als häufig gebrauchtes politisches Schlagwort bezeichnet. Es ist aber auch eine Tatsache, dass die Benutzung dieses Begriffs auch weiterhin oder wieder stark trotz Kritik⁷¹ verbreitet ist,⁷² auch wenn nur als Sammel- oder Oberbegriff. Insofern kann die Verbreitung zumindest auf eine gewisse praktische Komponente schließen lassen.

unumgänglich“ angesehen“, BVerfGE 66, 248, 258.

⁶⁷ *Tettinger*, in: RdE 1999, S. 46.

⁶⁸ *Heinze*, in: BayVBl 2004, S. 33; *Börner*, in: ZögU 2002, S. 195; *Tettinger*, in: RdE 1999, S. 45; *Borchardt*, in: Deutscher Juristentag - Ständige Deputation (Hrsg.), Band II/1, S. O 11; *Kämmerer*, in: NVwZ 2002, S. 1041; vgl. auch *Ruge*, in: ZRP 2003, S. 353; *Weiß*, in: EuR 2003, S. 183.

⁶⁹ So zu Recht *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, München, S. 450.

⁷⁰ *Möschel*, in: JZ 2003, S. 1021; *Schmidt*, in: Der Staat, Bd. 42 (2003), S. 229; *Storr*, in: DÖV 2002, S. 357; *Britz*, in: Die Verwaltung 2004, S. 161; *Ruge*, in: ZPR 2003, S. 353.

⁷¹ Da der Begriff Daseinsvorsorge lediglich eine „pauschalisierende Grobformel“ darstellt und zurecht als konturlos, unscharf und überdies irreführend bezeichnet wird, soll dieser Begriff deshalb nach Ansicht einiger Vertreter in der Literatur „Daseinsvorsorge“ ganz vermieden werden, da er ohne wahrnehmbaren Erkenntnisgewinn Anlass zu endlosen Begriffsorientierung gebe und darüber hinaus organisationsstrukturelle und materiell-zielorientierte Gesichtspunkte miteinander vermische, so zurecht *Kühne*, in: Baur (Hrsg.) 2002, S. 65; *Schöneich*, in: Deutscher Juristentag - Ständige Deputation (Hrsg.), Band II/1, S. O 53; Daseinsvorsorge stellt letztendlich lediglich einen politischen Begriff dar, der in der Rechtswissenschaft nichts verloren hat, *Koenig*, in: EuZW 2001, S. 481.

⁷² Vgl. nur *Ambrosius*, Die historische Entwicklung der öffentlichen Daseinsvorsorge in Deutschland unter aktueller europäischer Perspektive, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 15ff; *Hellermann* Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, Tübingen 2000; *Blankart*, Modelle des Daseinsvorsorge aus EG-rechtlicher und ökonomischer Sicht, in: WuW 2002, S. 340ff; *Schuppert*, Die Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa, in: Schwintowski (Hrsg.), S. 11; *Kämmerer*, Daseinsvorsorge als Gemeinschaftsziel oder Europas „soziales Gewissen“, in: NVwZ 2002, S. 1041ff; *Schwintowski*, Gemeinwohl, öffentliche Daseinsvorsorge und Funk-

4. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Die Begriffe Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bzw. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse⁷³ werden in Art. 16⁷⁴ und 86 Abs. 2 EG-Vertrag⁷⁵ verwendet, wobei diese bisher weder im Primärrecht noch im Sekundärrecht weiter konkretisiert werden.⁷⁶ Die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind als gleichbedeutend mit Diensten im Rahmen des Art. 16 EG-Vertrag zu verstehen.⁷⁷

Nach Auffassung der Kommission bezieht sich dieser Begriff auf wirtschaftliche Tätigkeiten, die von den Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden und für die das Kriterium gilt, dass sie im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden.⁷⁸ Diese Dienste haben besondere Bedeutung in den großen netzgebundenen Wirtschaftszweigen wie dem Energiesektor.

Dies hat sich mit der Dienstleistungsrichtlinie aus dem Jahr 2006, welche nicht nur außerordentlich umstritten war, sondern auch während des Gesetzgebungsprozesses wesentlich verändert wurde, geändert. Nach Art. 4 Nr. 1 b) der legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 16.02.2006 sollen "Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse" Dienstleistungen sein, die von dem Mitgliedstaat als solche eingestuft werden und die besonderen Gemeinwohlverpflichtungen unterliegen, die dem Dienstleistungs-

tionen öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, in: ZögU 2003, S. 283ff; *Knauff*, Die Daseinsvorsorge im Visier Europas, in: VR 2004, S. 296; *Koenig*, Daseinsvorsorge durch Wettbewerb!, in: EuZW 2001, S. 296ff; *Palmer*, Dasein oder Nichtsein – Der „Kampf um die Daseinsvorsorge“ als exemplarischer Fall, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 9ff; *Heinze*, Daseinsvorsorge im Umbruch, in: BayVB1 2004, S. 33ff; *Püttner*, Das grundlegende Konzept der Daseinsvorsorge, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 32ff; *Nettesheim*, Mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbskonformität und Gemeinwohlverantwortung, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 39ff; *Papier*, Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht, in: DVBl. 2003, S. 686ff; *Lattmann*, Herausforderungen an kommunale Daseinsvorsorge, in: IR 2004, S. 31ff; *Schmidt*, Die Liberalisierung der Daseinsvorsorge, in: Der Staat, Bd. 42 (2003), S. 225ff; *Schwarze*, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, S. 334ff; *Tettinger*, Maastricht II – Vertragsergänzungen zur Sicherung der Daseinsvorsorge in Europa, in: DVBl 1997, S. 341ff; *Wieland*, Die örtliche Energieversorgung als Aufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge, in: Büdenbender/Kühne, S. 383; *Broß*, Daseinsvorsorge – Wettbewerb – Gemeinschaftsrecht, in: JZ 2003, S. 874ff; *Mestmäcker*, Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext, in: Ruland (Hrsg.), S. 635ff.

⁷³ Ausführlicher *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 87ff; vgl. auch Ross, in: ELRev 2000, S. 22ff.

⁷⁴ Zu Art. 16 EG-Vertrag siehe unten C.II.

⁷⁵ Zu Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag siehe unten C.I.

⁷⁶ Grünbuch, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 final, Tz. 17.

⁷⁷ Die unterschiedliche Terminologie im Art. 16 EG-Vertrag ist wohl der Tatsache geschuldet, dass eine Abgrenzung zu den Dienstleistungen in Art. 49 EG-Vertrag beabsichtigt war.

⁷⁸ Grünbuch, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 final, Tz. 17.

erbringer vom betreffenden Mitgliedstaat auferlegt werden, damit bestimmte Ziele des Gemeinwohls erreicht werden.

Erwähnenswert ist auch der Begriff Dienste von allgemeinem Interesse.⁷⁹ Er umfasste als Oberbegriff die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse⁸⁰, ist aber weiter, da er nicht nur die marktbezogenen, sondern auch die nicht-marktbezogenen Dienstleistungen umfasst, die von staatlichen Stellen im Interesse der Allgemeinheit erbracht und von ihnen daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden.⁸¹

5. Universaldienste

Der Begriff der Universaldienste⁸² tauchte auf europarechtlicher Ebene zunächst auf dem Telekommunikationssektor auf. Universaldienst im europäischen Sinne ist die Garantie eines Mindestangebots an Dienstleistungen von bestimmter Qualität, das allen Nutzern und Verbrauchern gemessen an den landesspezifischen Bedingungen zu einem erschwinglichen Preis zur Verfügung steht.⁸³ Dieses Konzept basiert auf den Grundsätzen der Allgemeinheit, Gleichheit und Kontinuität und stellt eine Konkretisierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen oder öffentlichen Interesse dar.⁸⁴

Die Gründe der Einführung der Universaldienste lagen zum einen in den sehr unterschiedlichen und schwer zu vereinheitlichen Gemeinwohlverpflichtungen im nationalen Recht, zum anderen musste das Europäische Parlament mit Zugeständnissen im Rahmen des Verbraucherschutzes besänftigt werden.⁸⁵ Der Hintergrund ist, dass die Aussortierung von Kunden in bestimmten wirtschaftlich sensiblen Bereichen aufgrund der Kaufkraft vermieden werden soll. Schließlich stehen Rentabilitätskalküle Universalität entgegen. Die Kommission⁸⁶ sieht im Universaldienst und insbesondere in der Festlegung konkreter Universaldienstverpflichtungen eine wichtige Begleitmaßnahme zur Liberalisierung von Dienstleistungsbranchen wie der Telekommunikationsindustrie in der Europäischen Union.

Der Begriff als solcher wird zwar in der deutschen Fassung der Binnenmarktrichtlinien nicht verwendet. Dennoch folgt die Einführung eines gemeinschaftsrechtlichen

⁷⁹ Ausführlicher *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 172ff.

⁸⁰ Vgl. z.B. Art. 16 EG-Vertrag.

⁸¹ Grünbuch, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 final, Tz. 16.

⁸² Ausführlich zum Konzept des Universaldienstes im Telekommunikationssektor, unten, D.II.1.f(4); Allgemein zu Universaldiensten: *Windhorst*, Die Universaldienste im Bereich der Telekommunikation, S. 112ff; *Cox*, in: *Cox* (Hrsg.), S. 73ff; *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 141ff; vgl. zur ursprünglichen Herkunft des Begriffs die Ausführungen bei *Ruge*, Gewährleistungsverantwortung des Staates, S. 85f.

⁸³ Kommission, Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ 2000, Ziff. 39, KOM (2000) 580.

⁸⁴ *Cox*, in: *Cox* (Hrsg.), S. 77.

⁸⁵ *Ruge*, Gewährleistungsverantwortung des Staates, S. 86.

⁸⁶ Kommission, Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ 2000, Ziff. 39, KOM (2000) 580.

Mindeststandards in Art. 3 Abs. 3 der Binnenmarkttrichtlinie Strom⁸⁷ genau diesem Universaldienst-Konzept der Kommission.⁸⁸ In diesem Zusammenhang ist allerdings erstaunlich, warum in der deutschen Fassung mit „Grundversorgung“ ein neuer Begriff eingeführt wird. Schließlich heißt es in der englischen, französischen, spanischen Fassung jeweils „universal“ bzw. „universel“, so dass sich auch hier die Übersetzung „Universaldienst“ angeboten hätte.

6. Grundversorgung

Der bis dato unübliche⁸⁹ Begriff Grundversorgung⁹⁰ wird in der neuen Binnenmarkttrichtlinie Strom 2003/54/EG verwendet. Die Grundversorgung wird in der Richtlinie selbst in Art. 3 Abs. 3 definiert als das Recht auf Versorgung mit Elektrizität einer bestimmten Qualität zu angemessenen, leicht und eindeutig vergleichbaren und transparenten Preisen. Dieses Konzept ist dem Universaldienst im Telekommunikationssektor nachgebildet. Allerdings bestehen durchaus Gestaltungsräume⁹¹ – insbesondere im Vergleich zu Universaldienst im Telekommunikationssektor, so dass auch im Rahmen der Grundversorgungspflicht in Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie lediglich von Mindeststandards⁹² ausgegangen werden kann, welche im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie⁹³ ausführlich erörtert werden.

7. Gemeinwohlverpflichtungen

Auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene beziehen sich Gemeinwohlverpflichtungen laut Kommission⁹⁴ auf die besonderen Anforderungen der staatlichen Behörden an den Anbieter des betreffenden Dienstes, mit denen sichergestellt werden soll, dass bestimmte Gemeinwohlinteressen erfüllt werden - beispielsweise im Luft-, Schienen- und Straßenverkehr oder im Energiesektor. Dieser Begriff wird von der Kommission im Weißbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse⁹⁵ zusammen mit dem in den Richtlinien zentralen Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen⁹⁶ benutzt, ohne diese voneinander abzugrenzen. Nach Art. 4 Nr. 1 a) der legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 16.02.2006 sollen "Gemeinwohlverpflichtungen" besondere Verpflichtungen sein, die dem Erbringer von Dienstleistungen von staatlichen Behörden aufer-

⁸⁷ Vgl. ausführlicher zu Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie: D.II.1.f).

⁸⁸ *Lecheler/Gundel*, in: EWS 2001, S. 254.

⁸⁹ Vgl. *Lecheler/Gundel*, in: EWS 2001, S. 254, Fn. 49.

⁹⁰ Ausführlicher unten, D.II.1.f).

⁹¹ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 164.

⁹² *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 164.

⁹³ Vgl. unten D.II.1.f).

⁹⁴ Kommission Grünbuch 2003, Tz. 20.

⁹⁵ KOM (2004) 374 final, unter 4.2.

⁹⁶ Siehe oben B.I.1. und ausführlicher unten, D.II.1.b)(2).

legt werden, um zu gewährleisten, dass bestimmte Ziele des Gemeinwohls erreicht werden.

8. Sonstige Begriffe mit Bezug zu gemeinwirtschaftlichen Leistungen

Auch folgende Begriffe sollen kurz angesprochen werden, da sie im Zusammenhang mit gemeinwirtschaftlichen Leistungen oft fallen, aber leider auch nicht immer einheitlich verwendet werden.

Ein zentraler Begriff ist der der öffentlichen Aufgaben. Unter öffentlichen Aufgaben werden die im öffentlichen Interesse liegenden Betätigungen verstanden, die zur Gemeinwohlrealisierung beitragen.⁹⁷ Diese müssen nicht vom Staat selbst durchgeführt und angeboten werden. Insofern hat der Staat kein Gemeinwohlmonopol.⁹⁸ Öffentliche Aufgaben sind von den Staatsaufgaben zu unterscheiden.

Auch wenn der Staat nicht alle öffentlichen Aufgaben selbst erfüllen muss, so trifft ihn doch grundsätzlich eine Gewährleistungsverantwortung.⁹⁹ Nach Auffassung der Kommission darf der Rückzug des Staates bei der Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht darauf hinauslaufen, dass die staatlichen Stellen ihre Zuständigkeit für die Umsetzung von Zielen abgeben, die im Interesse der Allgemeinheit liegen. Die staatlichen Stellen sollten über ordnungspolitische Instrumente in der Lage sein, die nationale, regionale oder lokale Politik im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gestalten und ihre Umsetzung sicherzustellen.¹⁰⁰ Gewährleistungsverantwortung kann als jene verbleibende Verantwortung definiert werden, die der Staat für die Gewährleistung der ordnungsgemäßen Aufgabenerledigung in Konstellationen übernimmt bzw. übernehmen soll, in denen Private eine öffentliche Aufgabe ganz oder teilweise erledigen.¹⁰¹

Im Zusammenhang mit den gemeinwirtschaftlichen Leistungen, aber auch insbesondere im Zusammenhang mit der Energieversorgung, fallen oft die Begriffe Regulierung, Deregulierung und Reregulierung. Regulierung ist die Gesamtheit der Regeln, mit denen der Staat in den freien Wettbewerb eingreift, um entweder Marktversagen zu korrigieren oder Ziele des Gemeinwohls gegen den Wettbewerb durchzusetzen. Hier wird unter Regulierung das staatliche Bemühen um die Verwirklichung des Gemeininteresses in jenen Sektoren verstanden, in denen Dienstleistungen nicht vom Staat, sondern von Privaten erbracht werden, in denen aber gleichwohl ein besonderes Gemeininteresse an der Erbringung dieser Dienstleistungen besteht.¹⁰² Deregulierung ist der Rückzug des Staates in der Art, dass dem freien Spiel der Marktkräfte die Entwicklungen in einem bestimmten Sektor überlassen werden. Reregulierung ist das Gegensteuern gegen eine als zu weitgehend empfundene oder fehlgeleitete Deregulierung, d.h. die Regulierung bestimmter deregulierter Märkte, wenn die Deregulierung

⁹⁷ Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 22.

⁹⁸ Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 22.

⁹⁹ Zu dem Konzept der Gewährleistungsverantwortung allgemein Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 22; *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung; *Ruge*, Gewährleistungsverantwortung des Staates.

¹⁰⁰ KOM (2003) 270 final, Tz. 24.

¹⁰¹ Britz, in: Die Verwaltung 2004, S. 150f.

¹⁰² Britz, in: Die Verwaltung 2004, S. 145.

lierung nicht zu den erwünschten (wettbewerblichen) Zielen geführt hat. Letzteres ist insbesondere im Bezug auf den neuen wettbewerblichen Ansatz der Beschleunigungsrichtlinien interessant.

Auch die Begriffe Liberalisierung und Privatisierung werden erstaunlich häufig synonym verwendet, dabei geht es um sehr verschiedene Vorgänge. Liberalisierung bezeichnet die Öffnung bislang bestimmten Unternehmen oder dem Staat vorbehaltenen Märkte für Konkurrenz.¹⁰³ Privatisierung ist die Verlagerung der Verantwortung für die Erbringung öffentlicher Aufgaben oder Aufgaben vom Staat auf Private.¹⁰⁴

9. Zusammenfassung

In dieser Arbeit soll, schon um Missverständnisse zu vermeiden, allgemein, d.h. wenn keine spezielleren Begriffe, wie z.B. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art. 86 EG-Vertrag oder gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Strom-Richtlinie, einschlägig oder aufgrund des nationalen Kontextes angebracht sind, von gemeinwirtschaftlichen Leistungen gesprochen werden.

Dieser Begriff, der – soweit erkennbar – nicht im europäischen oder nationalen Recht vorbelastet ist, soll als zusammenfassender Oberbegriff verwendet werden. Allgemein soll es sich hier um eine lediglich beschreibende Kategorie handeln, die die Bereitstellung bestimmter existenzieller Dienstleistungen erfasst, die sich der einzelne nicht aus eigener Kraft beschaffen kann und deren Sicherstellung allein durch Marktmechanismen nicht ohne Weiteres garantiert ist¹⁰⁵ und deren kontinuierliche Funktionsfähigkeit bzw. Verfügbarkeit im Interesse der Allgemeinheit liegt.¹⁰⁶ Diese umfassen die Aspekte in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinien, sind aber nicht notwendigerweise auf diese beschränkt. Dabei soll dieser Oberbegriff keine bestimmte Art der Erbringung der Leistungen implizieren. Insbesondere soll der Begriff nicht auf eine staatliche Aufgabenerfüllung begrenzt sein.

II. Die Versorgung mit Energie als exemplarisches Referenzgebiet

Die gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Energiebereich dienen als beispielhaftes Referenzgebiet¹⁰⁷, da Energie eine absolute Grundvoraussetzung für eine moderne Gesellschaft ist. Die Energiewirtschaft ist dabei ein „geradezu klassischer Bereich“ gemeinwirtschaftlicher Leistungserbringung.¹⁰⁸ Sie wird in Deutschland traditionell der Daseinsvorsorge, in Frankreich dem Regime des service public zugeordnet.¹⁰⁹

Die Energiemärkte als leitungsgebundene Märkte stellen ein natürliches, technisch bedingtes Monopol des Netzbetreibers gegenüber anderen, die den gleichen Kunden

¹⁰³ Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

¹⁰⁴ Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

¹⁰⁵ Vgl. dazu allerdings die Ausführungen zum Verhältnis Wettbewerb und gemeinwirtschaftliche Leistungen, D.I.3.

¹⁰⁶ Vgl. auch Henneke, in: Der Landkreis 1/2003, S. 17.

¹⁰⁷ Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Verwaltung, S. 30.

¹⁰⁸ Koenig/Kühling/Rasbach, in: ZNER 2003, S. 5.

¹⁰⁹ Koenig/Kühling/Rasbach, in: ZNER 2003, S. 5.

ohne eigenes Verteilernetz Strom oder Gas anbieten wollen, dar.¹¹⁰ Der einzelne ist angewiesen auf den Anschluss an das Versorgungsnetz. Dass jeder einzelne mit Strom¹¹¹ versorgt wird, wird nicht nur in Deutschland zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz als unumgänglich angesehen.¹¹² In Bezug auf bestimmte Kundengruppen, z.B. in abgelegenen Gegenden und in Bezug auf die immensen Kosten des Aufbaus und der Erhaltung der Netze, ist eine ausreichende Rentabilität teilweise problematisch. Darüber hinaus weist die Versorgung mit Energie grundlegende strategische Bedeutung für Wirtschaft und Gesellschaft auf.¹¹³ Schließlich sind auch kurzfristige Versorgungsunterbrechungen gesellschaftlich und wirtschaftlich unakzeptabel, da ein Wirtschaftsleben ohne Strom faktisch nicht stattfinden kann.¹¹⁴ Auch nur sporadische Versorgungsunterbrechungen können zudem immensen Schaden in einer postindustriellen, digitalen Zeit verursachen.

Schließlich ist die Versorgung mit Energie auch ein Referenzgebiet für die Kompetenzfragen¹¹⁵ aus europäischer Sicht. Auf dem zentralen Gebiet der Energieversorgung berührt die Verteilung der Kompetenzen die strukturelle Balance zwischen Gemeinschaften und Mitgliedstaaten.¹¹⁶ Auch spezielle gemeinwirtschaftliche Fragen im Energiebereich als Faktor der Wirtschaftspolitik befinden sich in dem komplexen Spannungsfeld zwischen europäischer und mitgliedstaatlicher Kompetenz.

Die Energiewirtschaft weist zwar insgesamt in vielerlei Hinsicht Ähnlichkeiten oder Übereinstimmungen mit anderen Infrastrukturbereichen auf, so dass Erkenntnisse im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen von diesen auf den Energiemarkt und umkehrt übertragen werden können. Die Besonderheiten der Energiewirtschaft gegenüber anderen Wirtschaftszweigen, welche traditionell ebenfalls gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen umfassen, wie z. B. Postdienst, schienenungebundener Personennahverkehr, basieren demgegenüber auf dem natürlichen Monopol der Netze, der strukturellen Ausgangslage, der grundsätzlich möglichen Rentabilität und der Homogenität der Ware Strom.

Stromgeschäfte können grundsätzlich nur da getätigt werden, wo die für die Übertragung benötigten Leitungen bestehen. Dabei ist es unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht sinnvoll, die bestehenden Netze zu duplizieren, die somit wesentliche Infrastruktureinrichtungen (essential facilities) darstellen.¹¹⁷ Der Zugang zum

¹¹⁰ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst, S. 316; *Horn*, in: RdE 2003, S. 85; *Britz*, in: RdE 1998, S. 85.

¹¹¹ Zur unterschiedlichen Behandlung der Versorgung mit Erdgas, siehe D.III.1.c).

¹¹² BVerfGE 66, 248, 258. Zwar stellt Energie nach allgemeiner Auffassung eine Ware dar - allerdings eine besondere: So wollte das Europäische Parlament einen Erwägungsgrund in den Richtlinien vorschlagen, der darauf hinweist, dass Strom keine beliebige Ware ist, sondern ein lebensnotwendiges Gut, so dass im Stromsektor deshalb in diesem Zusammenhang spezielle Maßnahmen erforderlich seien, Amtsblatt der EG Nr. C 329/150 vom 6. Dezember 1993, Änderung Nr. 222, Erwägungsgrund 5a neu.

¹¹³ *Schaub/Dohms*, in: AG 1998, S. 566.

¹¹⁴ *Jones*, EU Energy Law, S. 113.

¹¹⁵ *Schmidt-Preuß*, in: Bündenbender/Kühne (Hrsg.), S. 309.

¹¹⁶ *Schmidt-Preuß*, in: Bündenbender/Kühne (Hrsg.), S. 310.

¹¹⁷ Abgesehen von dem seltenen Fall einer so genannten Direktleitung: Nach Art. 2 Nr. 12 der

Netz (third party access), auch Durchleitung genannt, ist daher auch der Dreh- und Angelpunkt. Wichtig ist auch, dass der Energiesektor im Gegensatz zum Telekommunikationssektor und den Postdiensten in Deutschland nicht staatlich war. Der Energiemarkt in Deutschland war stattdessen in mehrere Gebietsmonopole aufgeteilt, die aufgrund der damaligen §§ 103, 103 a GWB möglich waren. Der Präsident des Bundeskartellamtes Böge sieht einen Grund dafür, warum die Liberalisierung der Energiemärkte nicht so vielversprechend verlaufend ist wie erhofft, darin, dass die ehemaligen Monopolunternehmen mit aller Macht ihre beherrschende Marktstellung verteidigen.¹¹⁸ Doch nicht nur aufgrund der Interessen der ehemaligen Monopolunternehmen zeigt die Liberalisierung der Energiemärkte politisch begründete Besonderheiten auf. Auf dem europäischen Level wird die Liberalisierung zusätzlich durch die unterschiedlichen Strukturen in den Mitgliedstaaten erschwert.¹¹⁹

Von anderen traditionellen gemeinwirtschaftlich relevanten Märkten unterscheidet sich die Energiewirtschaft dadurch, dass diese nicht nur eindeutig marktbezogen, sondern auch in der Regel profitabel ist, und deswegen auch grundsätzlich in den Bereich der den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gegenüber spezielleren Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse fällt.¹²⁰ Aufgrund der Homogenität sind Strom und Gas so genannte „low interest“ Produkte, d.h. Produkte, welche der Verbraucher erst bei Nichtversorgung wahrnimmt.¹²¹ Von welchem Lieferanten eine Kilowattstunde kommt, ist dem Verbraucher grundsätzlich egal, wobei lediglich aufgrund des Preises verglichen wird. Eine weitere Besonderheit von Elektrizität ist auch, dass die Qualität nicht in erster Linie durch den Stromerzeuger, sondern durch den Stromtransport sichergestellt wird. Daraus folgt, dass es bei Strom kaum eine interessante Produktpalette, wie z.B. bei Telekommunikationsdiensten, gibt. Der klassische Qualität-versus-Preis-Wettbewerb, der in anderen Märkten eine Ausdifferenzierung der Produkte ermöglicht, kann im Energiebereich nicht funktionieren. Während bei der Telekommunikation die Liberalisierung durch technologische Fortschritte und die progressive Globalisierung von Diensten begünstigt wurde, geradezu unvermeidlich war, fehlen diese Art dynamischer Triebkräfte und Impulse im Energiesektor.¹²²

neuen Strom-Richtlinie ist "Direktleitung" entweder eine Leitung, die einen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbindet, oder ein Leitung, die einen Elektrizitätserzeuger und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zwecke der direkten Versorgung mit ihrer eignen Betriebsstätte, Tochterunternehmen und zugelassene Kunden verbindet, vgl. auch KOM (2001) 125 final, S. 4.

¹¹⁸ Böge, in: N&R 2004, S. 45.

¹¹⁹ Van Miert, in: WuW 1995, S. 556; von besonderer Wichtigkeit ist hier sicherlich auch der Einfluss der Staatsmonopole wie in Frankreich, die wiederum andere Interessen verfolgen als die private Gebietsmonopolisten in Deutschland.

¹²⁰ Vgl. dazu auch Jennert, in: WuW 2004, S. 37ff.

¹²¹ Ringel, in: ZNER 2003, S. 132.

¹²² Van Miert, in: WuW 1995, S. 556; vgl. auch Böge, in: N&R 2004, S. 45f.

III. Spannungsfelder im Mehrebenensystem

Die Darstellung der Entwicklungen im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Energiebereich und deren Bedeutung wird erschwert dadurch, dass die relevanten Normen über mehrere Rechtsgebiete verstreut sind: Primär- und Sekundärrecht auf Gemeinschaftsebene sowie nationales Recht der Mitgliedstaaten, deren unterschiedliche Herangehensweisen stark divergieren. Diese verschiedenen Normen stehen noch dazu nicht in einem klaren Hierarchieverhältnis zueinander. Stattdessen ergeben sich vielfältige Verzahnungen in einem Mehrebenensystem, das von einigen Autoren als undurchsichtige Gemengelage¹²³ bezeichnet wird. So ergeben sich im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen mehrere Spannungsfelder.¹²⁴

Zunächst besteht ein Spannungsfeld zwischen Allgemeinwohl und Wettbewerb, welches in der Europäischen Gemeinschaft offen gelassen wird.¹²⁵ Die Frage lautet: Gibt es einen Zielkonflikt zwischen einer zufriedenstellenden Erbringung öffentlicher Dienstleistungen und den Ergebnissen, die im freien Markt erzielt werden?¹²⁶ Existiert im Rahmen der liberalisierten und privatisierten Energiemärkte überhaupt noch ein Bereich, der nicht dem Wettbewerb überlassen werden kann?

Grundsätzlich stellte sich die Herangehensweise bezüglich des Verhältnisses der gemeinwirtschaftlichen Leistungen zum Wettbewerb in den letzten zwei Jahrzehnten so dar, dass die entsprechende Leistungserbringung durch den Wettbewerb möglich sei. In diese Richtung ging auch eine erste Bilanz der Kommission aus dem Jahre 2000: Die vorliegenden Informationen ließen den Schluss zu, dass sich die Liberalisierung von Dienstleistungsbranchen aufgrund des Binnenmarktsprogramms positiv auf die Verfügbarkeit, Qualität und Erschwinglichkeit von Leistungen der Daseinsvorsorge ausgewirkt habe.¹²⁷ Die Kommission betonte in unterschiedlichen Zusammenhängen immer wieder, dass sich die Grundsätze der Energiepolitik – Wettbewerb, Versorgungssicherheit und Umweltschutz – einander ergänzen und sich nicht widersprechen. Oft wird in diesem Zusammenhang auch betont, dass Wettbewerb im Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nicht als Selbstzweck zu verstehen ist.¹²⁸ Koenig¹²⁹ zum

¹²³ *Papier*, in: DVBl. 2003, S. 687.

¹²⁴ Vgl. auch *Schwintowski*, in: ZögU 2003, S. 283; *Faross*, in: RdE 2004, S. 57f; *Becker*, Europäische Daseinsvorsorge, S. 13.

¹²⁵ *Becker*, Europäische Daseinsvorsorge, S. 5.

¹²⁶ Vgl. *Cox*, in: ZögU 2002, S. 334.

¹²⁷ Kommission, Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, 2000, KOM (2000) 580, Tz. 38.

¹²⁸ *Van Miert*, in: WuW 1995, S. 553; *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 166; *Nitsche/Thielert*, in: WuW 2004, S. 252; Im Rahmen der Fusionskontrolle betont die Kommission z.B. den Zusammenhang zwischen Verbraucherschutz als Unteraspekt der allgemeinen Daseinsvorsorge und Wettbewerb insofern auch dergestalt, als dass letzterer dem ersteren dienen soll: „Ein wirksamer Wettbewerb erbringt den Verbrauchern Vorteile, zum Beispiel in Form niedriger Preise, hochwertiger Produkte, einer großen Auswahl an Waren und Dienstleistungen und Innovation.“ Mitteilung der Kommission vom 05.02.2004, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt der EG C 031, S. 5 – 18, Abs. 8; insofern kann sich Wettbewerb auf die Gesamtwohlfahrt einer Gesellschaft oder die Konsumentenwohlfahrt beziehen, vgl. *Nitsche/Thielert*, in: WuW 2004, S. 252; Wettbewerb als solcher kann durchaus ein mögliches

Beispiel sieht keinen wirklichen Gegensatz zwischen Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und dem Wettbewerbsprinzip, da der Wettbewerb sich als effektiver Allokationsmechanismus der Daseinsvorsorgeleistungen darstellt. Die Telekommunikationsbranche bietet sicherlich zunächst ein positives Beispiel¹³⁰ hinsichtlich einer Marktliberalisierung bei gleichzeitiger Sicherstellung der infrage stehenden Dienstleistungen: Während die Liberalisierung im Telekommunikationssektor dynamische Kräfte freigesetzt hat, so dass die Produktpalette bei zum Teil erheblichen Preissenkungen wesentlich erweitert wurde, hat der Flächendeckungsgrad der Versorgung mit Telekommunikationsdiensten zunächst einmal nicht gelitten.¹³¹ Dennoch sollten die positiven Ergebnisse zum einen nicht überwertet¹³², zum anderen nicht ohne weiteres auf andere gemeinwirtschaftliche Bereiche übertragen werden.¹³³

Unter einem anderen Blickwinkel stellt sich das Zusammenspiel zwischen Wettbewerb und gemeinwirtschaftlichen Leistungen als ein beidseitiges Wechselspiel dar. In bestimmten Bereichen kann nicht nur der Wettbewerb für eine Verbesserung bzw. Effektivierung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen sorgen, sondern letztere sind umgekehrt wirtschaftlich positiv, weil die entsprechenden Leistungen auf überindividuellem Niveau als Teil der Infrastrukturpolitik zur Verbesserung der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Situation beitragen können.¹³⁴ Allein durch die Tatsache, dass diese fundamentalen Leistungen angeboten werden, wird für zahlreiche Bürger die Möglichkeit geschaffen, Energie anderweitig im Konsum- und Wirtschaftskreislauf nutzbringend einzusetzen. Die Lebenserleichterung für den Einzelnen wird zur Entwicklungsvoraussetzung für das gesamte Gemeinwesen.¹³⁵ Gerade im Bereich der zuverlässigen Energieversorgung sind bestimmte Aspekte der gemeinwirtschaftli-

Standbein des Verbraucherschutzes darstellen. In einem funktionierenden Markt haben die Verbraucher die Marktmacht, um dafür zu sorgen, dass die Vertragsbedingungen verbraucherfreundlich ausgestaltet werden. Da der Markt für Energie insbesondere aufgrund der Übermacht einiger Quasimonopole jedoch noch weit davon entfernt ist wahrhaftig zu funktionieren, ist diese Art von „Verbraucherschutz“ jedoch zur Zeit noch illusorisch.

¹²⁹ *Koenig*, in: *EuZW* 2001, S. 481.

¹³⁰ *Cox*, in: *ZögU* 2002, S. 335.

¹³¹ Vgl. *Cox*, in: *ZögU* 2002, S. 335.

¹³² *Cox*, in: *ZögU* 2002, S. 335.

¹³³ Siehe schon oben unter B.II.; auf dem Stromsektor ist aufgrund der Eindimensionalität der Ware Strom kein Wettbewerb mit Produktvielfalt möglich. Dies ist auf dem Gassektor nicht anders. Der wettbewerbsrelevante Faktor bei Strom ist für den Endkunden letztlich ausschließlich der Preis. Nebendienstleistungen, wie z.B. Umzugservice etc., sind marginal.

¹³⁴ Vgl. *Knauff*, in: *VR*, S. 50; davon zu unterscheiden ist die Auffassung, dass deshalb kein Gegensatz zwischen der Daseinsvorsorge und Wettbewerb bestehen, weil der Markt der beste Allokationsmechanismus für die entsprechenden Leistungen der Daseinsvorsorge sei, *Koenig*, *EuZW* 2001, S. 481. Zwar soll hier nicht bestritten werden, dass der Markt der beste Allokationsmechanismus auch im Bereich der Daseinsvorsorge ist, jedoch werden damit nicht die Probleme gelöst, die in unprofitablen Bereichen entstehen.

¹³⁵ Vgl. *Knauff*, in: *VR* 2004, S. 50, der daher auch davon ausgeht, dass schon deswegen gemeinschaftsrechtliche Regeln notwendig sind, da es sich bei den Leistungen der Daseinsvorsorge auch auf dem Energiesektor nicht zuletzt um wirtschaftlich überaus bedeutsame Tätigkeiten mit Relevanz für den Binnenmarkt handelt.

chen Leistungen (Versorgungssicherheit, Systemsicherheit etc.) auch durchaus eine Fundamentalvoraussetzung für wirtschaftliche Aktivität und damit Wettbewerb.¹³⁶

So kann festgehalten werden, dass sich der Markt natürlich allgemein als der beste und in der Regel auch kostengünstigste Allokationsmechanismus herausgestellt hat. Dennoch bietet ein unverfälschter Markt keinen Anreiz, die Vorteile dieser Allokation auch unprofitablen Kunden zukommen zu lassen. Jedes Unternehmen, das marktwirtschaftlich handelt, wird unprofitable Kunden loswerden wollen. Ein ähnliches Problem stellt sich im Zusammenhang mit der Systemsicherheit bzw. einer ausreichenden Infrastruktur. Grundsätzlich ist es marktwirtschaftlich angebracht, das Netz zu erhalten und auszubauen. Dennoch bedeutet dies zunächst erhebliche Kosten, die sich erst viel später amortisieren, so dass insbesondere Unternehmen, die ihre Anleger in den Quartalsbilanzen nicht verschrecken wollen, sich nicht darum drängen werden, diese kostenintensiven Arbeiten anzugehen. Schwierig ist dabei insbesondere, dass gerade die langfristige Perspektive und der langfristige Erhalt der entsprechenden Infrastrukturleistungen schwer einzuschätzen ist, während alle Beteiligten mit dem kurzfristigen Ergebnis zunächst zufrieden sind.¹³⁷ Ein Liberalisierungsansatz, der „weniger Staat, mehr privat“ als fast schon ideologisches Ziel ausgibt, ohne die längerfristigen Konsequenzen zu bedenken, ist sicherlich unvorsichtig.¹³⁸

Kurz, der Wettbewerb ist ein idealer Allokations- aber kein Sicherstellungsmechanismus für gemeinwirtschaftliche Leistungen. Solange man zwischen profitablen und nicht-profitablen Kunden unterscheiden kann (und diese Unterscheidung fällt z.B. im Vergleich von Kunden in dichtbesiedelten Gebieten und solchen, die abgelegen ansässig sind, sehr leicht), ist es nicht überzeugend, davon auszugehen, dass ein rein marktwirtschaftlich handelndes Unternehmen freiwillig eine allgemeine, flächendeckende Versorgung zum gleichen Preis anbieten würde. So ist in der Regel ein Gegensatz zwischen diesen Leistungen und einem völlig unverfälschten Wettbewerb gegeben.¹³⁹ Deshalb bleibt die Notwendigkeit, für diese Kunden, aber auch für eine gutausgebaute Netzinfrastruktur durch ein angemessenes Maß an Regulierung zu sorgen, wenn die marktwirtschaftlichen Anreize fehlen oder nicht ausreichen.

¹³⁶ *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 191.

¹³⁷ Vgl. *Lattmann*, in: Der Städtetag 7-8/2002, S. 17.

¹³⁸ *Brede*, in: ZögU 2003, S. 178.

¹³⁹ *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 186; *Faross*, in: RdE 2005, S. 57; vgl. auch *Börner*, in: RdE 2005, S. 186ff. Teilweise einhergehend mit dem Spannungsfeld Wettbewerb und Allgemeinwohl besteht ein Spannungsfeld zwischen Staat und Privatsektor, wobei vielerlei Überlappungen bestehen. So steht der Staat im Privatrechtsverkehr privaten Unternehmen als normaler Teilnehmer am Wirtschaftsleben gegenüber. Und der private Unternehmer tritt als Erbringer traditionell dem Staat vorbehaltenen Aufgaben auf. Im Bereich der Energieversorgung beziehen private Energieversorger und der Staat insofern gegensätzliche Positionen, als dass letzterer zumindest in der Gewährleistungsverantwortung steht. Trotz des Rückzugs des Staates bei der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse hat dieser dafür Sorge zu tragen, dass die staatlichen Stellen ihre Zuständigkeit für die Umsetzung von entsprechenden Zielen nicht völlig aus der Hand geben. Der private Unternehmer dagegen möchte im gesetzlich vorgegebenen Rahmen lediglich Gewinne machen.

Auch die Aufteilung der Aufgaben und Befugnisse zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten ist komplexer Natur.¹⁴⁰ In diesem Mehrebenensystem¹⁴¹ wird der „Kampf um die Daseinsvorsorge“¹⁴² ausgetragen. Die Ausgangslage dabei ist, dass Gemeinschaftsrecht höherrangiges Recht ist - jedoch stark begrenzt durch das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag und das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 1 des EG-Vertrages. Im bisherigen Gemeinschaftsrecht besteht für Belange der gemeinwirtschaftlichen Leistungen keine spezielle Ermächtigungsgrundlage.¹⁴³ Nach herrschender Auffassung lässt sich eine solche Kompetenz auch nicht aus Art. 16 EG-Vertrag oder Art. 308 EG-Vertrag herauslesen.¹⁴⁴ Im EG-Vertrag gibt es auch keine energiepolitische Kompetenzzuweisung an die Gemeinschaft.¹⁴⁵ Weder die Erwähnung der „Maßnahmen in den Bereichen Energie“ in Art. 3 Abs. 1 lit 2 EG-Vertrag als bloße Aufgabennorm, noch der strukturell subsidiäre und lediglich abrundende Art. 308 EG-Vertrag vermögen die Gemeinschaft mit einer originären Kompetenz im Energiebereich auszustatten. Auch Art. 175 Abs. 2 oder die Regelungen über die transeuropäischen Netze, Art. 154ff EG-Vertrag können aufgrund ihres begrenzten Anwendungsgebietes die hohen Hürden der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 1 EG-Vertrag nicht erfüllen.

Letztlich kommt der Harmonisierungsvorschrift in Art. 95 EG-Vertrag im Energiebereich große Bedeutung zu. Dennoch hat Art. 95 EG-Vertrag Grenzen. Wenn alle auf Gemeinschaftsebene für alle Mitgliedstaaten erlassenen Regeln per se unter Art. 95 fallen könnten, wäre das Prinzip der Einzelermächtigung in Art. 5 Abs. 1 EG-Vertrag wiederum obsolet. Insofern enthält Art. 95 keine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes.¹⁴⁶ Es muss eine Verbesserung des Binnenmarktes erreicht werden. Aus diesem Grund wurden auch die Kompetenzgrundlagen der Energierichtlinien angezweifelt.¹⁴⁷ Die Schwierigkeiten der Aufgabenverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten zeigen sich auch an Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag.¹⁴⁸

Schließlich wird die Diskussion um gemeinwirtschaftliche Leistungen in der Gemeinschaft auch durch das Zusammenspiel zwischen Recht und Politik bestimmt, da gerade in diesem Bereich eine erhebliche Verwobenheit mit mitgliedstaatlichen Strukturen und öffentlichen Interessen zu konstatieren ist.¹⁴⁹ So stellt Art. 86 Abs. 2

¹⁴⁰ Kommission Grünbuch 2003, Tz. 28.

¹⁴¹ *Wernicke*, in: EuZW 2003, S. 481; vgl. auch *Papier*, in: DVBl. 2003, S. 687, der von einer „Gemengelage“ spricht.

¹⁴² *Palmer*, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), 2002, S. 10.

¹⁴³ Vgl. jedoch die Diskussion um die Einführung der Grundversorgungspflicht in Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie.

¹⁴⁴ Eine solche Kompetenz war aber in Art. III-122 des Verfassungsvertrags anvisiert, der Art. 16 EG-Vertrag nachgebildet ist, nach dem die Grundsätze und Bedingungen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch Europäisches Gesetz unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten festgelegt werden.

¹⁴⁵ Ausführlicher *Schmidt-Preuss*, in: Bührenbender/Kühne (Hrsg.), S. 314.

¹⁴⁶ EuGH, Rs. C-376/98 - Tabakwerberichtlinie, Slg. 2000, I-8419, Tz. 83ff.

¹⁴⁷ Ausführlicher dazu unten, D.I.2.

¹⁴⁸ Ausführlicher dazu unten, C.I.3.e).

¹⁴⁹ *Kühne*, in: Baur (Hrsg.) 2002, S. 69; vgl. auch zum Verhältnis Binnenmarkt und Kommunal-

EG-Vertrag ein Instrument dar, welches die Wirtschafts- oder Sozialpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes in Einklang bringen soll.¹⁵⁰ Schließlich waren die Urteile der 90er Jahre (Corbeau etc¹⁵¹) geprägt durch eine gewissen Politisierung der öffentlichen Wirtschaftssektoren: Die (politischen) Gestaltungsräume der Mitgliedstaaten wurden betont. Teilweise wird sogar davon ausgegangen, dass nur eine politische Definition des Gemeinschaftsinteresses im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag möglich wäre.¹⁵²

Ein zusätzliches Spannungsfeld im deutschen Recht ergibt sich dadurch, dass Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz den Kommunen das Recht der kommunalen Selbstverwaltung gewährt.¹⁵³ Auch hier ist Gemeinschaftsrecht zwar höherrangiges Recht; jedoch ist die Frage der "Europafestigkeit" der kommunalen Selbstverwaltung und damit der kommunalen Daseinsvorsorge weder auf europäischer noch auf nationaler Ebene geklärt. Die europäische Politik wirkte sich in den letzten fünfzehn Jahren in erheblichem Maße in vielen Bereichen ebenso weitgehend oder sogar nachhaltiger auf die Kommunen aus, als die nationale Politik des Bundes und der Länder.¹⁵⁴ Dieser erhebliche Einfluss besteht, obwohl die europäischen Verträge wenige Kompetenzen enthalten, spezifische kommunale Aufgaben zu regeln.¹⁵⁵ Tatsächlich war diese Folge nicht intendiert und hat lediglich mittelbaren Charakter, denn ursprünglich haben sich die Beteiligten wohl kaum Gedanken darüber gemacht, dass das europäische Wettbewerbsrecht und die dadurch angestoßene Liberalisierung die kommunale Daseinsvorsorge und damit möglicherweise einen Kernbereich des kommunalen Selbstverwaltungsrechtes in Frage stellen würde.¹⁵⁶

Zusammengefasst stellt sich das Dilemma der Kommunen im Spannungsfeld zwischen Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen und europäischem Recht so dar: Kommunen als traditionelle Erbringer der Daseinsvorsorgeleistungen, auf nationaler

wirtschaft unter B.IV.2.

¹⁵⁰ EuGH, Rs. C-115/97 – Brentjens, Slg. 1999, I-6025, Tz. 103.

¹⁵¹ Vgl. dazu C.I. mwNw.

¹⁵² *Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 457.

¹⁵³ Einige Autoren sehen jene Norm nicht als Teil der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG. Andere gehen bei europäischen Aktivitäten im Bereich der Daseinsvorsorge davon aus, dass die Grenzen der Übertragung der Hoheitsgewalt nach Art. 28 Abs. 2, 23 Abs. 1 und 79 Abs. 3 GG erreicht sind, wenn Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft so tief und umfassend in den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung eingreifen, dass den Kommunen in diesem Bereich kein eigenverantwortlich wahrnehmbarer Gestaltungsspielraum für die Organisation des örtlichen Zusammenlebens der Gemeindebürger verbleibt, wenn also eine Art "europäische Entmündigung" der Gemeinden stattfinden würde. Inwieweit dies im Rahmen der Versorgungsleistungen mit Energie stattfindet bzw. stattfinden kann, lässt derzeit viel Raum für Erörterung.

¹⁵⁴ *Articus*, in: Der Städtetag 7-8/2002, S. 7.

¹⁵⁵ *Articus*, Der Städtetag 7-8/2002, S. 7.

¹⁵⁶ *Articus*, Der Städtetag 7-8/2002, S. 7; *Henneke*, in: Der Landkreis 1/2003, S. 15. Die Kommunen sind aufgrund des Staatsaufbaus in der besonderen Lage, dass sie zwar den Konsequenzen der Liberalisierung in ehemaligen Bereichen der Daseinsvorsorge ausgesetzt sind, aber im Gegensatz zu den Bundesländern keine handfesten Möglichkeiten der Einflussnahme haben, diesen Prozess mitzugestalten.

Ebene durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützt, sind wesentlich von den europäischen Liberalisierungsaktivitäten auf den Infrastrukturmärkten, auch der Energiemärkte, betroffen. Dabei haben sie keine eigene Stimme in europäischen Entscheidungsprozessen¹⁵⁷, die Europäische Gemeinschaft wiederum keine direkten Kompetenzen, um in die inneren mitgliedstaatlichen Strukturen¹⁵⁸ einzugreifen.¹⁵⁹

Ein weiterer Schwerpunkt dieser Arbeit wird deshalb darin liegen, die Entwicklungen im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Energiebereich im Hinblick auf die Aufgabenverteilung insgesamt zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten zu beleuchten. Dabei soll im Folgenden untersucht werden, inwieweit sich in dieser Hinsicht Veränderungen in der Rechtsprechung und in der Gesetzgebung ergeben haben - welche Vorkehrungen zur Sicherstellung der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen im Energiesektor im anreizlosen Bereich getroffen wurden. Dabei liegt der Schwerpunkt auf den Entwicklungen im Sekundärrecht.

IV. Gegensätzliche Positionen: die Bedeutung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen

Aufgrund dieser Verortung an der Schnittstelle zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten auf der einen Seite und Wettbewerb und Gemeinwohlverpflichtung auf der anderen Seite sind die Forderungen in Bezug auf die Zukunft der gemeinwirtschaftlichen Leistungen auch nicht ein bipolares plus oder minus.¹⁶⁰ Stattdessen lassen sich insgesamt drei Positionen herauskristallisieren:

1. Mehr Wettbewerb/weniger Regeln zur Sicherstellung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen

Zunächst fordern viele Vertreter der Wirtschaft, aber auch Stimmen in der Literatur, dass mehr Wettbewerb in den Infrastrukturmärkten zugelassen werden müsse. Aus-

¹⁵⁷ *Articus*, in: Der Städtetag 7-8/2002, S. 7.

¹⁵⁸ Vgl. auch Art. 6 Abs. 3 EU-Vertrag: Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten.

¹⁵⁹ Auf der anderen Seite sind Spielräume, die den nationalen Gesetzgebern in Richtlinien zugestanden wurden, teilweise in diesem Bereich nicht ausgenutzt worden. Tatsächlich sind die Kommunen darauf angewiesen, dass auf Länderebene die entscheidenden Normen erlassen werden, die auf der einen Seite europarechtskonform, auf der anderen Seite für die Kommunen auch im Sinne einer angemessenen Daseinsvorsorgeleistung praktikabel sind. So zeigt *Schöneich* in seinem Referat zum 64. Deutschen Juristentag, dass z.B. der Landesgesetzgeber in NRW in Bezug auf die WestLB als landeseigenes Unternehmen konstruktiv mit den neuen Änderungsnotwendigkeiten umging, ohne den Kommunen die gleichen Anpassungsinstrumente bei den kommunalen Unternehmen an die Hand zu geben. Deshalb fordert auch der Wissenschaftliche Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, dass der deutsche Gesetzgeber in Bund und Ländern die sich nach Art. 86 EG-Vertrag bietenden Möglichkeiten zur Betrauung von Unternehmen mit bestimmten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse mehr als bisher ausschöpfen und die Chancen der kommunalen Unternehmen im Wettbewerb verbessern muss, Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Zur Beibehaltung kommunaler Dienstleistungen in der Europäischen Union, in: ZöG 2004, S. 187, These 3.

¹⁶⁰ Vgl. auch *Becker*, Europäische Daseinsvorsorge, S. 25.

gehend von der Prämisse, dass gemeinwirtschaftliche Leistungen am besten im Wettbewerb als dem besten Allokationsmechanismus erbracht werden, fordern sie, gemeinwirtschaftliche Regeln weiter abzubauen bzw. einzuschränken.¹⁶¹

Denjenigen, welche die gemeinwirtschaftlichen Leistungen besser vor dem Einfluss der europäischen Liberalisierungsbemühungen geschützt sehen wollen, wird vorgeworfen, dass sie einfach nur bestehende Strukturen erhalten wollen, ohne sich wirklich mit den möglichen Vor- und Nachteilen auseinander zu setzen. Das Schlagwort der Daseinsvorsorge werde sowieso nur als Verteidigung des alten status quo benutzt¹⁶² und müsse für eine gewisse „Bastionenseligkeit“ herhalten¹⁶³. Zum Teil wird der traditionelle Zustand der kommunalen Daseinsvorsorge als „Biotop des gegenseitigen Gebens und Nehmens“ gesehen.¹⁶⁴ Inspiriert durch Erfolge im Telekommunikationssektor ist die Auffassung verbreitet, dass gemeinwirtschaftliche Leistungen keine Ausnahmen vom Wettbewerb erforderlich machen.¹⁶⁵

2. Mehr nationale Sicherung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen

Auf der anderen Seite ist auch der Standpunkt weit verbreitet, dass gemeinwirtschaftliche Leistungen Angelegenheit der inneren Ordnung eines jeden Mitgliedstaates bleiben müssen.¹⁶⁶ Die Vertreter, die für eine bessere Sicherung des status quo in Bezug auf gemeinwirtschaftliche Leistungen eintreten, stellen grundsätzlich die Frage, ob eine rein wettbewerbsorientierte Marktwirtschaft überhaupt fähig sei, gemeinwirtschaftliche Leistungen in angemessener Weise zu leisten, egal ob auf europäischer, staatlicher oder lokaler Ebene. Die von der Europäischen Gemeinschaft betriebene Liberalisierung bringe z.B. das System der kommunalen Leistungserbringung in Gefahr, so dass Abstriche vom reinen Wettbewerbsprinzip zu machen seien.¹⁶⁷ So fordern einige Vertreter von kommunaler Seite, dass die öffentlichen Unternehmen wie bisher über den Inhalt und die Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen selbständig befinden können müssen. Als Rechtfertigung wird darauf hingewiesen, dass bei verstärktem Wettbewerb das öffentliche Sachziel von Renditedenken überlagert und dadurch die Erfüllung des öffentlichen Auftrages in Frage gestellt werde.¹⁶⁸ Das Dogma¹⁶⁹ der Liberalisierung und Privatisierung dürfe insgesamt nicht unkritisch übernommen werden.

¹⁶¹ Diese Position wird insbesondere von den Wirtschaftsverbänden eingenommen.

¹⁶² Vgl. auch *Lattmann*, Der Städtetag 7-8/2002, S. 18.

¹⁶³ *Schmidt-Aßmann*, in: Henneke (Hrsg.), S. 251.

¹⁶⁴ *Blankert*, in: WuW 2002, S. 351, demzufolge das Schlagwort Daseinsvorsorge ein Deckmantel ist, um Politikern die Möglichkeit zu bewahren, Posten und Vergünstigungen zu vergeben.

¹⁶⁵ Vgl. nur *Koenig*, in: EuZW 2001, S. 481.

¹⁶⁶ *Palmer*, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 10. Vertreter dieser Position sind insbesondere die deutschen Kommunen und Frankreich.

¹⁶⁷ Vgl. nur *Zivier*, in: Recht und Politik 2004, S. 216; Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, in: ZöGU 2004, S. 187, These 2.

¹⁶⁸ Vgl. *Borchardt*, in: Deutscher Juristentag - Ständige Deputation (Hrsg.), Band II/1, S. O 11.

¹⁶⁹ *Zivier*, in: Recht und Politik 2004, S. 216; vgl. auch *Hildebrand/Schieren*, in: Recht und Politik 2003, S. 149ff.

Ein kompetenzrechtliches Argument für die Auffassung, dass die Sicherstellung dieser Leistungen Angelegenheiten der Mitgliedsstaaten sein müssen, ist, dass tatsächlich heutzutage alle Dienstleistungen auf dem Markt erhältlich sind, so dass keine Bereiche für öffentliche Dienstleistungen übrig bleiben. Dies könne aber zu einer faktischen Allzuständigkeit der EU führen.¹⁷⁰ Auch würden so die nationalen Identitäten in Gefahr geraten. Nicht allen behagt es, dass sich z.B. deutsche Städte und Gemeinden auf eine reine Garantie- und eventuell Finanzierungsfunktion zurückziehen sollen.¹⁷¹ Ob z.B. die angedachte Beibehaltung einer kommunalen „Reservegewährleistungspflicht“ für Fälle, in denen ein Kraftwerk ausfällt, ein Unternehmen insolvent wird oder andere Konsequenzen abgefangen werden müssen, eine adäquate und praktikable Lösung ist, wird bezweifelt.¹⁷² Auf praktischer sowie auf finanzieller Seite gibt sich das Problem, dass es sich Kommunen nicht leisten können, das entsprechende Know-How, über welches sie jetzt noch verfügen, zukünftig nur für den „Fall der Fälle“ bereitzuhalten.¹⁷³

Diese Interessenvertreter haben immer wieder gefordert, dass die Privatisierung öffentlicher Güter auch nicht die vollständige Entlassung aus der politischen Oberaufsicht zur Folge haben dürfe.¹⁷⁴ Auch das Thema der Quersubventionen ist insbesondere hinsichtlich der Liberalisierung der Energieversorgung relevant, da dies eine wesentliche Einnahmequelle der Kommunen darstellte und jetzt durch die von der EG angestoßene Liberalisierung dem Wettbewerb ausgesetzt ist.¹⁷⁵ Die gesunkenen Preise, die als das Argument für die Liberalisierungsbemühungen schlechthin angesehen werden, können Kostennachteile in anderen Bereichen bewirken. Zwar ist die teils prekäre Finanzlage der Kommunen oft auch auf andere Faktoren zurückzuführen, jedoch kann davon ausgegangen werden, dass der Wettbewerbsdruck die problematische Finanzsituation noch verschärft hat.¹⁷⁶ Insgesamt wird deshalb der Verlust von Steuerungsmechanismen befürchtet.

Schließlich wurden mit den kommunalen Unternehmen traditionell auch andere Zwecke als der spezifische Unternehmenszweck verfolgt: Beschäftigungsprogramme, Projekte und Maßnahmen der Ausbildungsförderung sowie Ziele der Stadtentwicklung konnten nebenher verfolgt und der Betrieb von anderen öffentlichen Einrichtungen, wie Schwimmbäder, Museen oder der ÖPNV finanziert werden. Diese Ziele können in wettbewerbskonformen Ausschreibungen nicht verwirklicht werden.

¹⁷⁰ Palmer, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 10f.

¹⁷¹ Vgl. Lattmann, in: Der Städtetag 7-8/2002, S. 17.

¹⁷² Lattmann, in: Der Städtetag 7-8/2002, S. 19.

¹⁷³ In diesem Zusammenhang wird u.a. auch die Möglichkeit von Sicherungsfonds der Stromindustrie ähnlich dem Bankensicherungsfond diskutiert. Der entscheidende Unterschied: Im geschäftlichen Verkehr der Banken können die schädlichen Konsequenzen eines Ausfalls auch über einen gewissen Zeitraum hinweg nabgefangen werden. Im Elektrizitätsbereich ist die Kontinuität der Stromversorgung entscheidend. Schon ein Stromausfall von wenigen Minuten kann einen erheblichen volkswirtschaftlichen Schaden verursachen.

¹⁷⁴ Vgl. Lecheler/Gundel, in: EWS 2001, S. 253.

¹⁷⁵ Weiß, in: DVBl 2003, S. 565.

¹⁷⁶ Brede, in: ZögU 2003, S. 179.

Zwar mag der Wegfall dieser Quersubventionen zu mehr Transparenz führen,¹⁷⁷ jedoch ist das letztendliche Ergebnis, welches nur unter großen Schwierigkeiten durch andere Finanzierungsmaßnahmen zu verhindern oder abzumildern ist, unter Aspekten der Lebensqualität nicht wünschenswert.¹⁷⁸ Während den privaten Anbietern in positiver Hinsicht die gesunkenen Preise zugeschrieben werden, sind die Kommunen die Sündenböcke für die geschlossenen Schwimmbäder, etwaige heruntergekommene Kindergärten usw.¹⁷⁹ Tatsächlich eröffnet sich die Möglichkeit einer umgekehrten Einflussnahme: die privaten Unternehmer, die nun die Aufgaben der ehemaligen kommunalen Unternehmen übernommen haben, können nun ihrerseits versuchen, in den Gemeinden durch ihre Tätigkeit politischen Einfluss zu nehmen.¹⁸⁰

Schließlich werden Leistungen, die national unter *service public*, Daseinsvorsorge oder begrifflichen Pendant firmieren, als Teil des kollektiven Bewusstseins¹⁸¹ verstanden, da sie zu den kulturellen Eigenheiten¹⁸² eines Landes gehören. So wird vielfach die Verteidigung gegen eine „fremdbestimmte europäische Nivellierung“, bzw. die „Unitarisierung durch einen anonymen Brüsseler Beamtenapparat“¹⁸³ gefordert. Das waren möglicherweise entscheidende Elemente der Absage der Verfassung durch die Franzosen im Mai 2005, da sich allgemein – nicht speziell auf die Verfassung gemünzter Unmut – verbreitet hatte, dass Europa zu einem neoliberalen Moloch verkommen würde.¹⁸⁴

¹⁷⁷ Lattmann, in: Der Städtetag 7-8/2002, S. 20; Brede, in: ZögU 2003, S. 178.

¹⁷⁸ Wenn sich in einigen Orten Bürgerinitiativen bilden, um Einrichtungen wie Bibliotheken trotz Mittelkürzungen am Leben zu erhalten, dann mögen einige darin ja ein Potential für eine erhöhte Identifizierung mit ihrer Stadt sehen, vgl. z.B. Grömig/Günther, in: Der Städtetag 7-8/2002, S. 23. Aber es bedarf einer ordentlichen Portion Optimismus, um davon auszugehen, dass sämtliche Einrichtungen auch weiterhin ebenso flächendeckend, kontinuierlich und professionell durch Ehrenamtliche betrieben werden können.

¹⁷⁹ Ein weiteres Argument für die Beibehaltung der Daseinsvorsorge auf nationaler Ebene sei die Notwendigkeit der Kontrolle durch demokratische Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse, vgl. Zivier, in: Recht und Politik 2004, S. 216; Hildebrand/Schieren, in: Recht und Politik 2003, S. 149ff: Dezentrale politische Entscheidungen in diesem Bereich könnten grundsätzlich den Präferenzen der Kunden besser Rechnung tragen als zentralisierte. Dass solche dezentralen Entscheidungen auch die Bürgerverantwortung stärken und somit einer demokratischen Entwicklung förderlich sein können, erscheint jedoch angesichts des allgemeinen politischen Desinteresses und den niedrigen Wahlbeteiligungen bei Kommunalwahlen Wunschdenken und übertrieben. Wenn behauptet wird, dass der Gemeindegänger seinen Einfluss auf die Daseinsvorsorgeleistungen faktisch eingebüßt hat, ist auch zu fragen, ob er diesen Einfluss je effektiv ausüben konnte. So ist die Kontrolle durch den Bürger, die dieser durch Gemeindegewahlen in Bezug auf die wirtschaftliche Betätigung ausüben kann, sehr indirekt.

¹⁸⁰ Brede, in: ZögU 2003, S. 178, weist in diesem Zusammenhang auf den Kölner Parteispendenskandal hin.

¹⁸¹ Ausführlich zu identitätsbildenden Prozessen im Zusammenhang mit dem Gemeinschaftsrecht: von Bogdandy, in: JZ 2004, S. 53ff.

¹⁸² Papier, in: DVBl. 2003, S. 690.

¹⁸³ Papier, in: DVBl. 2003, S. 686.

¹⁸⁴ Über die Gründe kann man im Einzelnen nur spekulieren, ausführlicher zum Verfassungsvertrag und der „Verfassungskrise“, unten, C.V.2.

3. Mehr europäische Sicherung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen

Schließlich wird teilweise davon ausgegangen, dass eine Sicherung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen auf europäischer Ebene selbst erfolgen sollte.¹⁸⁵ Hier bestehen aber unterschiedliche Vorstellungen, warum und auf welche Art diese Regelungen auf europäischer Ebene getroffen werden sollen.

Die Gründe für eine Regelung auf europäischer Ebene lassen sich grob einteilen in integrationspolitische, wettbewerbliche und rechtliche Gründe:

Zunächst wird die Hoffnung gehegt, dass Regelungen zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse dazu dienen könnten, den sozialen, wirtschaftlichen und territorialen Zusammenhalt der Gemeinschaft zu fördern.¹⁸⁶ Zum anderen wird wettbewerblich argumentiert, dass gemeinwirtschaftliche Aspekte ein Teil des Binnenmarktes sind und deshalb zusammen mit dem europäischen Binnenmarkt geregelt werden müssen.¹⁸⁷ Auch die Kommission scheint ab und zu auf diesem Standpunkt zu stehen: gemeinwirtschaftliche Leistungen seien ausreichend eng mit den Wettbewerbsvorschriften verknüpft, so dass aufgrund des Vorrangs des EU-Rechts auf diesem Gebiet die gemeinschaftsrechtliche Kompetenz eröffnet sei.¹⁸⁸ Ein Standpunkt wäre auch, dass nur einheitliche Regelungen im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen einen unverfälschten Wettbewerb langfristig sicherstellen könnten. Schließlich könne Rechtssicherheit nur durch Normen auf europäischer Ebene geschaffen werden.¹⁸⁹ Schon deswegen seien gemeinschaftsrechtliche Regeln im

¹⁸⁵ *Becker*, Europäische Daseinsvorsorge, S. 32; vgl. auch *Ambrosius*, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 27; *Palmer*, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 12; *Gosalbo Bono*, in: RDTE 1997, S. 800; vgl. auch *Lecheler*, in: RdE 1996, S. 215, demzufolge eine gewisse Anpassung nötig sei, wenn das europäische Projekt lebensfähig sein soll. Die Schwierigkeiten der konkreten Zuständigkeit für die Sicherstellung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen klingen auch in der Erklärung von Laeken vom 15. Dezember 2001 an, wenn es heißt, dass viele Bürger fordern, dass die Union auf die konkreten Sorgen der Bürger eingehen müsse, sich aber auf der anderen Seiten nicht in alle Einzelheiten einmischen solle, die eigentlich den nationalen Vertretern überlassen werden sollten. Diese Formulierung gibt schon die beiden Grundannahmen vor, die das Verhältnis zur zukünftigen Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge kennzeichnen. Auf Sorgen eingehen bedeutet im Allgemeinen auch, tätig zu werden. Dies würde in Bezug auf gemeinwirtschaftliche Leistungen den Erlass entsprechender Regelungen auf europäischer Ebene nahe legen. Sich nicht bis in alle Einzelheiten in die Dinge einmischen, die den nationalen Volksvertretern überlassen werden sollten, legt eher eine Herangehensweise nahe, die die Gemeinschaft auf diesem Gebiet eben nicht zur Rechtssetzungsaktivitäten – und/oder Zuständigkeiten aufrufen würde. In diesem Sinne müsse das gute Funktionieren des Binnenmarktes bei der Koordinierung der wirtschaftlichen, finanziellen und steuerlichen Rahmenbedingungen der Eckpfeiler bleiben, „ohne dass die Eigenheit der Mitgliedstaaten dadurch Schaden nimmt“.

¹⁸⁶ *Ross*, in: ELRev 2000, S. 31; *Ambrosius*, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 27; *Palmer*, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 12. *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 189. In diese Richtung auch *Gosalbo Bono*, in: RDTE 1997, S. 800: „*Bien que certaines avancées soient timides, il est certain que le nouveau traité a réellement fait progresser l'Union envers une plus grande proximité des citoyens.*“

¹⁸⁷ So z.B. *Knauff*, in: VR 2004, S. 50.

¹⁸⁸ Vgl. z.B. der Bericht der Kommission für den Europäischen Rat in Laeken - Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM (2001) 598 final, Tz. 52.

¹⁸⁹ Vgl. z.B. *Kluth*, in: Henneke (Hrsg.), S. 81.

Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen notwendig. Der resultierende Uniformierungsdruck wäre dann der Preis für Rechts- und Planungssicherheit, die auf europäischer Ebene abgesichert wäre.¹⁹⁰ Nur eine solche Rechts- und Planungssicherheit könne aber letztlich sicherstellen, dass z.B. die Kommunen ihren Gestaltungsfreiraum auch tatsächlich sinnvoll und nachhaltig nutzen können.¹⁹¹

Die Ausgestaltung eventueller gemeinwirtschaftlicher Regelungen auf europäischer Ebene könne durch Harmonisierung der entsprechenden Normen erfolgen, oder – integrationspolitisch verträglicher – durch die Flankierung der wettbewerblichen Normen durch gemeinwirtschaftliche Mindeststandards.

V. Zusammenfassung

Die Spannungsfelder und gegensätzlichen Positionen, die die Thematik der gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Energiebereich und in anderen Infrastrukturmärkten prägen, spiegeln einige grundsätzliche Fragen wider, welche sowohl die Aufgabenverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten, als auch das Selbstverständnis und den Integrationswillen der Europäischen Gemeinschaft und seiner Bürger sowie die zukünftige Rolle des Wettbewerbs betreffen.

¹⁹⁰ Kluth, in: Henneke (Hrsg.), S. 82.

¹⁹¹ Schließlich ginge es auch nicht um eine Bestandsgarantie für alle tradierten Strukturen und Modelle, sondern um eine funktionsbasierte Sicherung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen, Kluth, in: Henneke (Hrsg.), S. 83f.