

C. Die Entwicklungen gemeinwirtschaftlicher Aspekte im Primärrecht mit Bezug zur Energiewirtschaft

Um die Entwicklungen des Konzepts der gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Energiebereich und deren integrationspolitische und integrationsrechtliche Bedeutung zu untersuchen, ist neben den sektoriellen Regelungen für den Energiebereich als „Besonderer Teil“ ein Blick auf die primärrechtlichen Entwicklungen als „Allgemeiner Teil“ aufschlussreich. Sowohl die Veränderungen in der Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag sowie die Einführung des Art. 16 als auch die Charta der Grundrechte¹⁹² und - begrenzt - der Entwurf des Verfassungsvertrages¹⁹³ haben Bedeutung für die gemeinwirtschaftlichen Leistungen in der Energiewirtschaft. Anhand der Entwicklungen in der Rechtsprechung, im Primärrecht und im Energiesekundärrecht soll im Folgenden untersucht werden, welche Richtung gemeinwirtschaftliche Leistungen basierend auf den oben skizzierten Spannungsfeldern und gegensätzlichen Positionen im europäischen Energierecht eingeschlagen haben, um dann diese Entwicklungen als Basis für eine Untersuchung der Entwicklungen im Sekundärrecht zu nehmen. Dabei ist zu beachten, dass die primärrechtlichen Entwicklungen des Allgemeinen Teils nur mit der gebotenen Kürze bearbeitet werden können. So kann an dieser Stelle nur ein Überblick über Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag¹⁹⁴ gegeben werden, um das Wechselspiel zwischen Primärrecht und Sekundärrecht dann im Rahmen der Richtlinien selbst ausführlicher zu bearbeiten.¹⁹⁵

I. Die Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EG seit der Corbeau-Entscheidung des EuGH

Die allgemeine Zentralnorm¹⁹⁶ auf dem Gebiet der öffentlichen Versorgung ist Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG-Vertrag. Danach gelten die Vorschriften des EG-Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, nur soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfül-

¹⁹² Art. 36 der Charta der Grundrechte, vgl. unten, C.IV.

¹⁹³ Vgl. nur Art. III-122 VerfV-E und Art. III-157 VerfV-E, siehe unten C.V.1

¹⁹⁴ Für ausführlichere Abhandlungen über die Entwicklung und Auslegung des Art. 86 Abs. 2 EG vgl. u.a. *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen); *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst; *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung von Art. 86 II EGV in den einzelnen Wirtschaftssektoren, Berlin 2002; *Kovar*, in: RDTE 1996, S. 493ff; *Edward/Hoskins*, in: CMLR 32 (1995), S. 157ff; *Dohms*, Die Bedeutung des Art. 86 n.f. (=Art. 90 A.F.) EGV für die wettbewerbsrelevanten Vorschriften des EG-Vertrages, Brüssel 2001; *Mann*, in: JZ 2002, S. 819ff; *Weiß*, Öffentliche Unternehmen und EGV, in: EuR 2003, S. 165ff; *ders.*, Privatisierung und Staatsaufgaben, Tübingen 2002, S. 404ff; *Tettinger*, in: Cox (Hrsg.), S. 97ff; *Cox*, in: ZögU 2002, S. 331; *Neveling/Theobald*, in: EuZW 2002, S. 106ff; *Mestmäcker*, in: Ruland (Hrsg.), S. 635ff.

¹⁹⁵ Vgl. insbesondere Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie und Art. 3 Abs. 5 der Gas-Richtlinie, D.II.1.d) und D.III.1.e).

¹⁹⁶ *Schmidt*, in: Der Staat, Bd. 42 (2003), S. 231; *Tettinger*, in: Cox (Hrsg.), S. 97.

lung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert.

1. Zwischen Wettbewerb und Ordnungspolitik

Die Legalausnahme in Art. 86 Abs. 2 EG führte lange Zeit ein Schattendasein, machte dann aber in dem Maße Karriere, in dem auch einstmalige Versorgungsmonopole in den Mitgliedstaaten in den Fokus der europäischen Wettbewerbspolitik und der Liberalisierungsbemühungen der Kommission gerieten.¹⁹⁷ Dieser Bedeutungsanstieg lässt sich darauf zurückführen, dass dem Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag mehr und mehr eine „Schanier-“¹⁹⁸ oder auch „Brückenfunktion“¹⁹⁹ zwischen dem Ziel des unverfälschten Wettbewerbs und der wirtschaftspolitischen Gestaltungskompetenz der Mitgliedstaaten²⁰⁰ zukommt. Denn diese Norm führt nicht nur die Rechtssysteme des Gemeinschaftsrechts und des jeweiligen nationalen Rechts zusammen; zusätzlich finden nationale Interessen rechtlicher oder politischer Art innerhalb der Auslegung und Anwendung neben gemeinschaftsrechtlichen Interessen Berücksichtigung.²⁰¹ So sieht der EuGH den Sinn von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag darin, das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrument der Wirtschafts- oder Sozialpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes in Einklang zu bringen.²⁰² Da Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag eine Durchbrechung des Wettbewerbsregimes ermöglicht und somit an der Schnittstelle zwischen Markt und Staat steht,²⁰³ stellt er auch einen wichtigen Dreh- und Angelpunkt der Diskussion um die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften auf gemeinwirtschaftliche Leistungen dar.²⁰⁴

2. Normtyp und Regelungszweck des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag

Der faktische Bedeutungszuwachs des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag hat jedoch nicht zu größerer Klarheit hinsichtlich des Verständnisses dieser Norm geführt. Problematisch bei der Handhabung dieser Norm ist zunächst das „breite Arsenal von Begriffen“²⁰⁵ Darüber hinaus wird kritisiert, dass bei Art. 86 Abs. 2 kaum Interpretationssicherheit bestehe. Diese Norm wird zu Recht als konturlos²⁰⁶ kritisiert. Er biete lediglich „punktuelle Festlegungen“ verbunden mit der „Ermunterung zu subtiler bran-

¹⁹⁷ So *Pielow*, in: Henneke (Hrsg.), S. 42; *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen), bescheinigt Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag die „erstaunlichste Karriere gemessen an der Entwicklung der wissenschaftlichen Aufmerksamkeit“.

¹⁹⁸ *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 299; *Schuppert*, Die Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa, S. 27.

¹⁹⁹ *Schmidt*, in: Der Staat, Bd. 42 (2003), S. 230.

²⁰⁰ *Jung*, in: Calliess/Ruffert, Art. 86 EG-Vertrag, Tz. 34.

²⁰¹ *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 299.

²⁰² EuGH, Rs. C-115/97 – Brentjens, Slg. 1999, I-6025, Tz. 103.

²⁰³ *Schmidt*, in: Der Staat, Bd. 42 (2003), S. 226.

²⁰⁴ *Storr*, in: DÖV 2002, S. 362; *Henneke*, in: Der Landkreis 1/2003, S. 17

²⁰⁵ *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

²⁰⁶ *Storr*, in: DÖV 2002, S. 369.

chenspezifischer Detailanalyse“.²⁰⁷ Hancher²⁰⁸ sieht in diesem Artikel einen „complex brew of political statement and attempted derogation from the principles of the Treaty“.

Fest steht allerdings, dass es sich bei Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag um einen globalen Rechtfertigungstatbestand handelt, der auch für Eingriffe in Art. 28, 29 und 31 EG-Vertrag gilt, die durch Art. 30 EG -Vertrag alleine nicht zu rechtfertigen wären.²⁰⁹ In den so genannten Energiemonopolurteilen stellte der EuGH fest, dass ausschließliche Ein- bzw. Ausfuhrrechte eine Diskriminierung der betroffenen Exporteure und Importeure bewirken, so dass ein Verstoß von Art. 31 EG-Vertrag vorliegt.²¹⁰ Allerdings war dieser Verstoß durch Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag gerechtfertigt. Auch die unmittelbare Anwendbarkeit wird nicht mehr bestritten²¹¹: Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag entfaltet eine innerstaatliche Wirkung und kann von den betreffenden Unternehmen vor nationalen Behörden und Gericht reklamiert werden.²¹²

Ingesamt hat diese Norm in den letzten 15 Jahren erhebliche Veränderungen erfahren, die im Folgenden überblicksartig dargestellt werden sollen.²¹³

3. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Abs. 2 seit „Corbeau“

Die Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Abs. 2 sind als Gemeinschaftsrecht grundsätzlich gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen, um die Einheitlichkeit zu gewährleisten.²¹⁴ Hier gilt aber insofern eine Besonderheit, als das Gemeinschaftsrecht hinsichtlich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nur die äußeren Grenzen setzt, innerhalb derer die Mitgliedstaaten Gestaltungsfreiheit genießen.²¹⁵ Eigentlich sollte diese Norm aufgrund ihres Ausnahmecharakters²¹⁶ auch restriktiv ausge-

²⁰⁷ Tettinger, in: Cox (Hrsg.), S. 98.

²⁰⁸ Hancher, in: ULR 1996, S. 38; Ross, in: ELRev 2000, S. 23 vertritt sogar die Auffassung, dass die Auslegung dieses Artikels „a long line of complex and at times abstruse case law“ produziert hat. Möschel, in: JZ 2003, S. 1022 sieht Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag in der „Zone des Diffsen und Ambivalenten“.

²⁰⁹ EuGH, Rs. C-159/94 vom 23. Oktober 1997 - Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 49; Lecheler/Gundel, in: RdE 1998, S. 92; Ruge, Gewährleistungsverantwortung des Staates, S. 83; Schaub/Dohms, in: AG 1998, S. 574.

²¹⁰ EuGH, Rs. C-159/94 vom 23. Oktober 1997 - Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 41.

²¹¹ EuGH, Rs. C-66/86 – Ahmed Saeed, Slg. 1998, 803, Tz. 55; Mann, in: JZ 2002, S. 823; Britz, in: RdE 1998, S. 91, Hochbaum/Klotz, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EG-Vertrag, Art. 86 Tz. 84; von Burchard, in: Schwarze (Hrsg.), Kommentar, Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag, Tz. 59

²¹² Mann, in: JZ 2002, S. 823.

²¹³ Ausführlichere Darstellungen in den aktuelleren Arbeiten von Schweitzer, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst; Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

²¹⁴ EuGH, Rs. 41/83 vom 20. März 1985 – Italien/Kommission, Slg. 1985, 873, Tz. 30; Schmidt, in: Der Staat, Bd. 42 (2003), S. 225; Schaub/Dohms, in: AG 1998, S. 567.

²¹⁵ Schaub/Dohms, in: AG 1998, S. 567.

²¹⁶ Vgl. Schuppert, Die Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa, S. 35; Schmidt, in: Der Staat, Bd. 42 (2003), S. 234; vgl. auch Kühne, in: Baur (Hrsg.) S. 68; Ruge, in: VR 2004, S. 301.

legt werden. So wurde die nötige strenge Auslegung und der Ausnahmecharakter des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag immer wieder betont.²¹⁷ Bis zum Jahr 1993 hatte der EuGH aufgrund des Ausnahmecharakters und der gebotenen restriktiven Handhabung keinen Anwendungsfall des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag bejaht, sondern stets dem Wettbewerb den Vorrang eingeräumt.²¹⁸ Eine bloße Behinderung oder Erschwerung sollte nicht ausreichend sein. Stattdessen forderte der Gerichtshof, dass die Anwendung des Vertrages mit den Aufgaben des Unternehmens „nachweislich unvereinbar“ sein müsse.²¹⁹ Jedoch hat der EuGH eine solche restriktive Auslegung trotz entsprechender Bekenntnisse seit Anfang der 90er Jahre faktisch aufgegeben.²²⁰ Diese neue Auslegungstendenz lässt sich insbesondere an den Urteilen Corbeau²²¹, Almelo²²² und an den so genannten Energiemonopolurteilen²²³ nachzeichnen. In der Rechtssache Corbeau²²⁴ ging es um die Vereinbarkeit des belgischen Postmonopolgesetzes mit den Bestimmungen der Art. 82 und 86 des EG-Vertrags. Die Frage lautete, inwieweit ein Wettbewerbsausschluss für die Erfüllung der dem Monopolunternehmen übertragenen Aufgaben erforderlich ist. Im Jahre 1994 hatte dann der EuGH in der Almelo-Entscheidung²²⁵ über die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von vertraglichen Abreden zur Verhinderung von Stromimporten und zum ausschließlichen Bezug durch lokale und regionale Versorgungsunternehmen zu entscheiden. Die so genannten Energieurteile betreffen ähnliche Sachverhalte²²⁶, so dass die vier Vertragsverletzungsverfahren der Kommission vs. Frankreich²²⁷, Italien²²⁸, Spanien²²⁹ und die Niederlande²³⁰ auch zusammen entschieden wurden. Die Kommission hatte sich in ihrer Klage gegen die Aufrechterhaltung ausschließlicher Ein- und Ausfuhrrechte für Elektrizität gewandt, die den einzelnen Versorgungsunternehmen in den betroffenen vier Mitgliedstaaten gewährt wurden.

a) **Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse**

Das Tatbestandsmerkmal Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse²³¹ wurde *bisher* weder im primärrechtlichen noch sekundärrechtlichen Gemein-

²¹⁷ Mann, in: JZ 2002, S. 823.

²¹⁸ Vgl. Mann, in: JZ 2002, S. 823.

²¹⁹ EuGH, Rs. C-260/89 – ERT, Slg. 1991, I 2925, Tz. 33.

²²⁰ Vgl. auch Papier, in: DVBl 2003, S. 693; Schmidt, in: Der Staat, Bd. 42 (2003), S. 235.

²²¹ EuGH, Rs. C-320/91 – Corbeau, Slg. 1993 I-2533.

²²² EuGH, Rs. C-393/92 – Almelo, Slg. 1994, I-1477.

²²³ EuGH, Rs. C-159/94 – Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5815; C-158/94 - Kommission/Italien, Slg. 1997, I-5789; C-160/94 - Kommission/Spanien. Slg. 1997, I-5851 und C-157/94 - Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699.

²²⁴ EuGH, Rs. C-320/91 – Corbeau, Slg. 1993 I-2533.

²²⁵ EuGH, Rs. C-393/92 – Almelo, Slg. 1994, I-1477.

²²⁶ Litpher, in: RdE 1998, S. 72.

²²⁷ EuGH, Rs. C-159/94 – Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5815.

²²⁸ EuGH, Rs. C-158/94 - Kommission/Italien, Slg. 1997, I-5789.

²²⁹ EuGH, Rs. C-160/94 - Kommission/Spanien. Slg. 1997, I-5851.

²³⁰ EuGH, Rs. C-157/94 - Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699.

²³¹ Vgl. auch oben unter B.I.4.

schaftsrecht definiert.²³² Die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind als gleichbedeutend mit Diensten im Rahmen des Art. 16 EG-Vertrag aufzufassen.²³³

Zunächst soll der allgemeine Charakter dann vorliegen, wenn eine Dienstleistung nicht nur im Interesse einzelner Personen oder Personenkreise erbracht wird. Damit ist jedenfalls nicht das Interesse der Gemeinschaft gemeint. Ausgeschlossen sind auch Dienstleistungen von allgemeinem Interesse²³⁴, die sich auf soziale, karitative oder kulturelle Zwecke beschränken. Sie sind zugunsten sämtlicher Nutzer, im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, zu einheitlichen Gebühren und in gleichmäßiger Qualität sowie ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs sicherzustellen.²³⁵ Die Erbringung von Leistungen, die zumindest teilweise unrentabel sind, weil sie zur gleichmäßigen Versorgung flächendeckend erbracht werden müssen, stellt eine solche Erbringung im öffentlichen Interesse dar.²³⁶

Deshalb ist anerkannt, dass ein Unternehmen, dessen wichtigste Aufgabe es ist, für eine verlässliche und einwandfrei funktionierende, flächendeckende öffentliche Elektrizitätsversorgung zu möglichst niedrigen Kosten und auf sozialverträgliche Weise Sorge zu tragen, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art. 86 Abs. 2 erbringt.²³⁷

b) **Betraugung**

Sehr umstritten ist das zentrale Tatbestandsmerkmal der Betraugung. Dieses ist nicht legaldefiniert; aufgrund der unterschiedlichen Textfassungen ist eine klare Wortlautauslegung nicht möglich.²³⁸ Auch eine formelle Definition gibt es nicht.²³⁹ Klar ist, dass die Betraugung nicht an bestimmte Formen gebunden ist.²⁴⁰ Allerdings kann nach Auffassung des Gerichtshof ein Unternehmen nur dann mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag betraut sein, wenn die Betraugung durch hoheitlichen Akt erfolgt.²⁴¹ Erforderlich ist jedoch nicht, dass es sich um eine Rechtsvorschrift handelt. Der Gerichtshof hat bereits

²³² *Hochbaum/Klotz*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art. 86 EG-Vertrag, Tz. 60. Dieser Begriff wird nun sekundärrechtlich in der neuen Dienstleistungsrichtlinie definiert, wobei diese aus normenhierarchischen Gründen nicht einfach im Rahmen der primärrechtlichen Norm des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag übernommen werden darf.

²³³ 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.

²³⁴ Vgl. auch oben unter C.I.3.d).

²³⁵ EuGH, Rs. C-320/91- Corbeau, Slg. 1993 I-2533, Tz. 15.

²³⁶ *Jung*: in Calliess/Ruffert, Art. 86 EG-Vertrag, Tz. 38.

²³⁷ EuGH, Rs. C-159/94 –Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 58; vgl. auch *Bausch*, Netzzugangsregeln im liberalisierten Strommarkt, S. 157; *Baur*, in: RdE 1999, S. 86.

²³⁸ *Hochbaum/Klotz*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art. 86 Tz. 63.

²³⁹ *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

²⁴⁰ EuGH, Rs. C-393/92 – Almelo, Slg. 1994, I-1477.

²⁴¹ EuGH, Rs. C-127/73, vom 21. März 1974- BRT, Slg. 1974, 313, Tz. 20; Rs. C-66/86 vom 11. April 1989 - Ahmed Saeed Flugreisen, Slg. 1989, 803, Tz. 55; EuGH C-159/94 – Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 65f.

anerkannt, dass ein Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch eine öffentlich-rechtliche Konzession betraut werden kann.²⁴² Erst recht muss dies gelten, wenn solche Konzessionen erteilt wurden, um die Verpflichtungen zu konkretisieren, die Unternehmen auferlegt sind, welche durch Gesetz mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind.²⁴³

Dennoch muss auf jeden Fall an eine „vorangegangene positive Handlung“ im Sinne einer mehr oder weniger ausdrückliche Beauftragung angeknüpft werden.²⁴⁴ So reicht eine Qualifikation aufgrund der Natur der wahrgenommenen Aufgabe für das Vorliegen einer Betrauung nicht aus.²⁴⁵ Ein eindeutiger Bezug zwischen Aufgabe und Aufgabenzuweisung ist erforderlich. Die Betreuung eines Unternehmens mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eröffnet nämlich nur dann den Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2, wenn mit diesen Dienstleistungen „besondere Aufgaben“ verknüpft sind. Weiter können Verpflichtungen eines mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmens nur dann Teil der besonderen Aufgabe sein, mit der es betraut ist, wenn sie mit dem Ziel der jeweiligen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Zusammenhang stehen und unmittelbar zur Befriedigung dieses Interesses beitragen sollen.²⁴⁶ Das bedeutet, dass diese „besonderen Aufgaben“ nicht deckungsgleich mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ sind.²⁴⁷ Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch von der allgemeinen Wirtschaftsregulierung abzugrenzen.²⁴⁸ Insbesondere im deutschen Recht herrscht Streit hinsichtlich der Betrauung gemäß Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag. Die Betriebsaufnahmegenehmigung nach § 3 EnWG 1998 oder die Genehmigungsvorschriften im neuen EnWG²⁴⁹ erfüllen die Kriterien einer Betrauung nicht, da bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ein Rechtsanspruch auf die Genehmigung besteht, wobei Betrauung und Rechtsanspruch sich ausschließen. Auch die privatrechtliche Bereitstellung des Wegeeigentums im Rahmen eines Konzessionsvertrages könne nicht mit der Zuweisung durch hoheitlichen Akt gleichgesetzt werden.²⁵⁰

²⁴² EuGH, Rs. C-393/92 – Almelo, Slg. 1994, I-1477, Tz. 47; EuGH, Rs. C-159/94 – Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 66; vgl. aber die Situation im deutschen Recht: *Theobald/Zenke*, Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung, S. 45, die im deutschen Konzessionsvertrag nach § 46 EnWG keine Betrauung sehen.

²⁴³ EuGH C-159/94 –Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 63ff.

²⁴⁴ *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 83f.

²⁴⁵ *Lecheler*, in: RdE 1996, S. 217.

²⁴⁶ EuGH, Rs. C-159/94 -Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 68.

²⁴⁷ *Püstow*, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft, S. 119, sieht diese Zweigliedrigkeit in Art. 3 Abs. 2 der alten Richtlinien dargestellt, vgl. ausführlicher unten, D.II.1.b)(2).

²⁴⁸ *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen). So führt der EuGH, Rs. 159/94 Tz. 64 aus, dass zumindest die Umwelt- und Raumordnungsverpflichtungen nicht als Teil der besonderen Aufgaben der EDF und der GDF betrachtet werden könnten, da sie recht allgemein alle Wirtschaftsteilnehmer träfen.

²⁴⁹ Vgl. z.B. § 4 EnWG.

²⁵⁰ *Theobald/Zenke*, Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung, S. 44f.

Zuletzt spielte das Vertrauenskriterium in der jüngeren Rechtsprechung kaum noch eine Rolle.²⁵¹ Auch wenn der Gerichtshof in der *Altmark Trans* Entscheidung²⁵² in Bezug auf Beihilfen betont, dass das begünstigte Unternehmen “tatsächlich“ mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein müsse und dass diese Verpflichtungen “klar definiert” sein müssten, liegt darin kein wirklicher Erkenntnisgewinn.

Zusammenfassend sind jedoch eine konkretisierende Leistungsverpflichtung und die Auferlegung einer Betriebspflicht erforderlich.

c) **Verhinderung der Aufgabenerfüllung**

Die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgaben muss durch die Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrages rechtlich oder tatsächlich verhindert werden.

Zunächst ging man davon aus, dass eine bloße Erschwerung nicht reiche. Das Kriterium der Verhinderung wurde jedoch gelockert. Nun muss das Überleben des Unternehmens nicht konkret auf dem Spiel stehen.²⁵³ Der EuGH hat anerkannt, dass die Verpflichtung des mit dieser Aufgabe Betrauten, seine Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen, die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraussetzt und daher eine Einschränkung des Wettbewerbs von Seiten einzelner Unternehmer in wirtschaftlich rentablen Bereichen rechtfertigt.²⁵⁴ Der EuGH akzeptiert in der *Corbeau*-Entscheidung im Grundsatz die Notwendigkeit von Quersubventionen nicht rentabler durch rentable Dienstleistungssegmente. Der EuGH fragt also danach, ob es dem Unternehmen möglich ist, seine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen.²⁵⁵ Solche Quersubventionen können nach Auffassung des EuGH also nötig sein, um mit den Gewinnen aus reservierten profitablen Bereichen eine flächendeckende Dienstleistung zu gleichen Bedingungen auch in den Bereichen zu gewährleisten, die für sich genommen unrentabel sind.²⁵⁶ Die funktionale Komponente der Gewährleistungskomponente des Art. 86 Abs. 2 wurde in der *Corbeau*-Entscheidung durch eine ökonomische ergänzt.²⁵⁷

Durch die *Almelo*- Entscheidung²⁵⁸ wurde das *Corbeau*-Urteil bestätigt. In die Prüfung der Erforderlichkeit sind auch die wirtschaftlichen Voraussetzungen, unter denen das Unternehmen tätig wird, mit einzubeziehen. So sind u.a. auch die Kosten

²⁵¹ *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

²⁵² EuGH, Rs. C-280/00 – *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Tz. 89.

²⁵³ Vgl. EuGH C-320/91 – *Corbeau*, Slg. 1993 I-2533, Tz. 16; EuGH, Rs. C-159/94 – *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997 I-5815, Tz. 95: „Vielmehr genügt es, wenn ohne die streitigen Rechte die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben gefährdet wäre, wie sie sich aus den ihm obliegenden Verpflichtungen öffentlicher Versorgungsunternehmen ergeben“.

²⁵⁴ EuGH, Rs. C-320/91 – *Corbeau*, Slg. 1993 I-2533, Tz. 17.

²⁵⁵ EuGH, Rs. C-320/91 – *Corbeau*, Slg. 1993 I-2533, Tz. 15.

²⁵⁶ EuGH, Rs. C-320/91 – *Corbeau*, Slg. 1993 I-2533, Tz. 18.

²⁵⁷ So *Kühne*, in: Baur (Hrsg.) S. 67, 68

²⁵⁸ EuGH, Rs. C-393/92 – *Almelo*, Slg. 1994, I-1477.

und umweltrechtlichen Vorschriften einzubeziehen, die das betroffene Unternehmen zu berücksichtigen hat.

Der EuGH betonte auch in den Energiemonopolurteilen, dass die Vorschriften des EG-Vertrags bereits dann nicht auf ein Unternehmen anwendbar sind, das mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist, wenn ihre Anwendung die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen, die diesem Unternehmen obliegen, sachlich oder rechtlich gefährden würde. Dazu ging der EuGH auch ausführlich auf den besonderen Charakter des Strommarktes ein: „Angesichts der Besonderheiten von Elektrizität und Gas sowie der Modalitäten ihrer Erzeugung, Fortleitung und Abgabe hätte eine solche Marktöffnung ebenso offenkundig wesentliche Änderungen der Verwaltung dieser Wirtschaftszweige zur Folge, was namentlich die Erfüllung der Lieferverpflichtungen, die Ständigkeit der Versorgung und die Gleichbehandlung der Kunden betrifft.“²⁵⁹ Und weiter: „Dieser Vortrag der Kommission berücksichtigt jedoch nicht die Besonderheiten der nationalen Elektrizitäts- (insbesondere die Bedeutung der Kernkraft) und Gasversorgung (insbesondere das Fehlen nationaler Erdgasquellen), die die französische Regierung anführt. Die Kommission hat auch nicht konkret geprüft, ob die von ihr vorgeschlagenen Mittel es der EDF und der GDF erlaubten, die im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben, mit denen sie betraut sind, unter Beachtung aller Verpflichtungen und Beschränkungen zu erfüllen, die ihnen auferlegt sind und deren Legitimität und Legalität die Kommission nicht bestreitet.“²⁶⁰ Damit relativiert der EuGH den restriktiven Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag erheblich.²⁶¹ Der Gerichtshof stellt wiederum klar, dass es nicht erforderlich sei, dass das Überleben des Unternehmens bedroht ist.²⁶² Letztlich handelt es sich um eine Frage der Unzumutbarkeit²⁶³:

Die konkreten Auswirkungen des Sekundärrechts im Energiebereich auf das Tatbestandsmerkmal der Verhinderung sollen im Rahmen der Binnenmarktrichtlinien²⁶⁴ erörtert werden.

d) Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs und entgegenstehendes Gemeinschaftsinteresse

Nach Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Dies bedeutet zunächst, dass eine Beeinträchtigung des Handelsverkehrs tatsächlich zulässig ist; die Zulässigkeit der konkreten Beeinträchtigung ist eine Frage des Ausmaßes.

Satz 2 wirft gleich mehrere Fragen auf. Zum einen ist zu klären, welcher Handelsverkehr im Rahmen dieser Norm relevant sein soll und zum anderen wie das Interes-

²⁵⁹ EuGH, Rs. C-159/94 vom 23. Oktober 1997 - Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 96.

²⁶⁰ EuGH, Rs. C-159/94 - Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 100.

²⁶¹ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 25.

²⁶² EuGH, Rs. C-159/94 – Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5815, Tz. 59.

²⁶³ *Jung*, in: Calliess/Ruffert, Art. 86 EG-Vertrag, Tz. 45.

²⁶⁴ Vgl. ausführlich unten, D.II.1.e)(3)(a).

se der Gemeinschaft zu bestimmen ist. Leider gibt es zu diesen beiden Fragen keine abschließende Klarstellung durch den EuGH.

Die Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs kann im Hinblick auf bestimmte Produkte²⁶⁵ oder insgesamt auf den ganzen Handelsverkehr verstanden werden.²⁶⁶ Gegen eine Begrenzung auf bestimmte Produkte könnte argumentiert werden, dass eine Schranke für eine Ausnahmeregelung von Verboten nicht schon dann greifen kann, wenn nur die Voraussetzungen des Verbots erfüllt sind. Dieses Argument greift aber mangels Deckungsgleichheit auf das Verhältnis zwischen Art. 86 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 EG-Vertrag nicht durch.²⁶⁷ Denn Art. 86 Abs. 2 Satz 2 erfordert zusätzlich eine Bewertung anhand des Gemeinschaftsinteresses. Auch folgende Überlegung spricht für ein produktbezogenes Verständnis der Handelsbeeinträchtigung: Da gemeinwirtschaftlich begründete Ausnahmen regelmäßig nur zur Wettbewerbsbehinderungen auf bestimmten Märkten führen, wird sich eine den Handel insgesamt beeinträchtigende Wirkung nur sehr schwer konstruieren lassen.²⁶⁸ Insofern kommt es bei der Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag auf die Auswirkungen der Ausnahmeregelungen auf die Energiemärkte an. Zusätzlich ist noch festzuhalten, dass es im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag vom Wortlaut her nicht um die Beeinträchtigung des Handelsverkehrs geht,²⁶⁹ sondern um die Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs. Deshalb geht es bei Art. 86 Abs. 2 Satz 2 nicht lediglich um einen bereits bestehenden Handelsverkehr als Beobachtungsgrundlage, sondern um einen in die Zukunft weisenden Maßstab, der auf einer Prognose des Handelspotenzials basiert.²⁷⁰

Auch die Bestimmung des Gemeinschaftsinteresses ist nicht einfach.²⁷¹ Diese Schwierigkeit ergibt sich insbesondere aus der Besonderheit, dass im Rahmen einer Rückausnahme einer vertraglichen Legalausnahme ein Tatbestandsmerkmal immerhin die so fundamentale Frage betrifft, was das Interesse der Gemeinschaft sein soll. Denn dahinter steht immerhin letztlich die Frage nach der Identität der europäischen Gemeinschaft. Das Interesse einer Gemeinschaft, dessen wesentlicher Charakter die fortschreitende Integration ist, ist zudem im Fluss. Die Verfassungskrise mit ihren nur schwer bestimmbareren Hintergründen verstärkt diese Probleme noch.²⁷² Konträre Grundlinien, die sich im Rahmen der europäischen Wirtschaftsverfassung immer wieder gegenüber stehen, bereiten auch bei der Bestimmung des Gemeinschaftsinteresses Schwierigkeiten.²⁷³ Klar ist, dass es sich bei diesem Interesse um ein selbst-

²⁶⁵ Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

²⁶⁶ Jung, in: Calliess/Ruffert, Art. 86 EG-Vertrag, Tz. 51; Keller, Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV, S. 163; Ostendorf, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 49.

²⁶⁷ Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

²⁶⁸ Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

²⁶⁹ So jedoch in Art. 81 Abs. 1, Art. 82 und Art. 87 Abs. 2 EG-Vertrag.

²⁷⁰ Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

²⁷¹ Andresen, Die Pflichten der EU-Mitgliedstaaten zum Abbau von Marktinterventionen, S. 272.

²⁷² Vgl. unten C.V.2.

²⁷³ Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

ständiges, von den Unternehmen und Mitgliedstaaten unabhängiges Interesse der Gemeinschaft als Einheit handelt.²⁷⁴ Es ist ein Gemeinschaftsrechtsbegriff.²⁷⁵ Andernfalls könnte dieses Tatbestandsmerkmal nicht dem Ziel gerecht werden, eine Grenze für die nationale Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten zu beschreiben.

Inwieweit eine äußerste gemeinschaftsrechtliche Schranke für die geltend gemachte Ausnahme besteht, muss anhand des Ausmaßes der dadurch entstehenden Beeinträchtigungen eines prognostizierten Handelspotenzials bewertet werden.²⁷⁶ Damit setzt die Prüfung in Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag voraus, dass ein intendiertes Niveau der Handelsentwicklungen für einen bestimmten Markt definiert werden kann, das im Interesse der Gemeinschaft liegt.²⁷⁷

Was das Gemeinschaftsinteresse gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag konkret ist, muss grundsätzlich den Zielen und Grundsätzen entnommen werden.²⁷⁸ Dabei kommt es eben nicht allein auf die Wettbewerbsfreiheit und die vier Grundfreiheiten an.²⁷⁹ Rinne²⁸⁰ unterscheidet in diesem Zusammenhang zwischen Haupt- und Zwischenzielen, wobei der freie Wettbewerb nur ein Zwischenziel und nicht Hauptziel im Sinne eines Selbstzweckes ist. Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag solle gewährleisten, dass trotz unterschiedlicher wirtschaftspolitischer Lenkungsmaßnahmen in den einzelnen Mitgliedstaaten die übergeordneten Hauptziele der Gemeinschaft gewahrt bleiben.²⁸¹ Die Beschränkung des Gemeinschaftsinteresses auf einen reibungslosen Handelsverkehr werde dem Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag nicht gerecht. Durch die Errichtung eines Gemeinsames Marktes etc. solle nicht nur eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens erreicht werden, sondern u.a. auch ein hohes Beschäftigungsniveau, ein hohes Maß an sozialem Schutz und Umweltschutz sowie der wirtschaftliche und soziale Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedern.²⁸² Beispielsweise wäre es nicht im Sinne des EG-Vertrags, am Wettbewerbsvorrang festzuhalten, wenn ein Monopol diejenigen Ziele in besserem Maße erfüllen könnte, deren Verwirklichung grundsätzlich dem Wettbewerb obliegt.²⁸³

²⁷⁴ Rinne, *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, S. 163.

²⁷⁵ Keller, *Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV*, S. 164.

²⁷⁶ Rottmann, *Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik* (im Erscheinen).

²⁷⁷ Rottmann, *Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik* (im Erscheinen).

²⁷⁸ Vgl. Löwenberg, *Service public und öffentliche Dienstleistungen*, S. 307; Däuper, *Gaspreisbildung und europäisches Kartellrecht*, S. 200; Rinne, *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, S. 166; Ehrlicke, in: *EuZW* 1998, S. 746; Keller, *Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV*, S. 167; Mestmäcker/Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, S. 890; Schaub/Dohms, in: *AG* 1998, S. 571.

²⁷⁹ Vgl. Linder, *Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union*, S. 231; Andresen, *Die Pflichten der EU-Mitgliedstaaten zum Abbau von Marktinterventionen*, S. 272; Rinne, *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, S. 165.

²⁸⁰ Rinne, *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, S. 165.

²⁸¹ Rinne, *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, S. 166.

²⁸² Vgl. Art. 2 EG-Vertrag.

²⁸³ Rinne, *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, S. 165. In diesem Zusammenhang soll der Prüfungsmaßstab auf die jeweiligen Sektoren begrenzt werden, also sich hier auf energiewirtschaftliche Belange beschränken. Dies geschieht u.a. auch durch die

Aber auch diese an sich richtigen Überlegungen helfen bei der Bestimmung eines handhabbaren Gemeinschaftsinteresses wegen der divergierenden Prinzipien und zum Teil widersprüchlichen Zielsetzungen nicht weiter. So stellt Rottmann²⁸⁴ zurecht fest, dass ein Gemeinschaftsinteresse, das sowohl den unverfälschten Wettbewerb als auch das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse umfasst, keinen Anhaltspunkt mehr dafür bietet, welches Ausmaß von Beeinträchtigungen des Handelsverkehrs noch tolerabel ist. An dieser Stelle werden wiederum die konträren Grundlinien offenbar, die sich im Rahmen der europäischen Wirtschaftsverfassung immer wieder gegenüber stehen.²⁸⁵ Die eine Seite sieht das Gemeinschaftsinteresse insbesondere im unverfälschten Wettbewerb.²⁸⁶ Die andere Seite möchte das Gemeinschaftsinteresse nicht derartig reduzieren.²⁸⁷ Teilweise wird sogar davon ausgegangen, dass überhaupt keine justiziablen Maßstäbe im Primärrecht bestehen und letztlich nur eine politische Definition des Interesses der Gemeinschaft möglich ist.²⁸⁸

Auf jeden Fall muss man das veränderte Primärrecht bei der Bestimmung des Gemeinschaftsinteresses miteinbeziehen. So muss man z.B. auch von einem Einfluss des Art. 16 EG-Vertrags im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag ausgehen, wenn das Ausmaß einer Beeinträchtigung des „Interesses der Gemeinschaft“ untersucht wird.²⁸⁹ Die Interessen sind mit dem neu eingefügten Art. 16 jetzt weiter definiert. Teilweise wird deshalb davon ausgegangen, dass der Abwägungsprozess damit an Vielschichtigkeit zugunsten der mitgliedstaatlichen Position gewinne.²⁹⁰ Durch die Erhebung gemeinwohlorientierter Leistungen zu einem Grundprinzip der Europäischen Gemeinschaft muss deren Bedeutung auch bei der Definition des Gemeinschaftsinteresses im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag berücksichtigt werden. Das Gemeinschaftsinteresse wird auch dadurch definiert, dass die Funktionsbedingungen der Unternehmen, welche Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu leisten haben, erhalten bleiben.²⁹¹ Dabei ist zu beachten, dass Art. 16 EG-Vertrag zwar nur „unbeschadet der Art. 73, 86 und 87“ zum Tragen kommen

Energie-Richtlinien als maßgebliches Sekundärrecht.

²⁸⁴ Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

²⁸⁵ Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

²⁸⁶ Jung, in: Calliess/Ruffert, Art. 86 EG-Vertrag, Tz. 52; Hatje, in: Schwarze, Kommentar, Art. 86 EG-Vertrag, Tz. 77. Hinzuweisen ist auch darauf, dass die Kommission vor Verabschiedung der Energiebinnenmarkttrichtlinien das Gemeinschaftsinteresse in der Schaffung eines Binnenmarktes für Energie sah, in dem die Ware Energie im Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten ebenso frei verteilt wird, wie jede andere Ware auch, so die Angaben von Schaub/Dohms, in: AG 1998, S. 571 in einem Unterstützungsschreiben im Verfahren Ruhr-gas/Thyssengas vor dem Bundeskartellamt.

²⁸⁷ Rinne, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe, S. 165; Keller, Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV, S. 201; Rumpff, Das Ende öffentlicher Dienstleistungen, S. 250.

²⁸⁸ Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 457.

²⁸⁹ Ausführlicher dazu unten C.II.4.

²⁹⁰ Schmidt, in: Der Staat, Bd. 42 (2003), S. 239; Henneke, in: Der Landkreis 1/2003, S. 16.

²⁹¹ Weiß, in: EuR 2003, S. 188; Ostendorf, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 63

kann. Allerdings kann Art. 16 EG-Vertrag unbestimmte Rechtsbegriff im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag prägen.²⁹² Denn als Grundsatz ist Art. 16 EG-Vertrag bei der Bestimmung des Gemeinschaftsinteresses im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag zu beachten. Damit relativiert sich die wettbewerbsorientierte Ausrichtung dieser Norm als Grenze der mitgliedstaatlichen Freistellungsmöglichkeiten, so dass die Funktion als „gemeinschaftsrechtliche Notbremse“ des Satz 2 durch Art. 16 EG-Vertrag reduziert wird.²⁹³

Allerdings sind insbesondere sektorenspezifische Vorgaben zu beachten. In der EuGH-Entscheidung zu den Energiemonopolen verwies der Gerichtshof auf die Gesetzgebungskompetenz in Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag, um zur einer genaueren Konkretisierung des Gemeinschaftsinteresses zu gelangen. Das Gemeinschaftsinteresse soll schließlich mit fortschreitender Integration mehr und mehr auch durch das relevante Sekundärrecht konkretisiert werden.²⁹⁴

In den Richtlinien wird u.a. eine Verschärfung²⁹⁵ der Anforderungen hinsichtlich der „Beeinträchtigung des Handelsverkehrs“ gesehen, weil der Richtlinienggeber durch die Richtlinien die Interessen der Gemeinschaft eingegrenzt habe. Wie das Gemeinschaftsinteresse im Detail im Energiesektor zu bestimmen ist und welche Rolle das Sekundärrecht spielt, soll ausführlicher im Zusammenhang mit den Beschleunigungsrichtlinien diskutiert werden.²⁹⁶

e) Beweislastverteilung

Die Energiemonopolurteile brachten einige entscheidende Erleichterungen für die Mitgliedstaaten im Rahmen der Beweislast im Hinblick auf Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag mit sich, wobei die Frage, ob die Ausführungen des Gerichtshofs nach Erlass der Energiebinnenmarktrichtlinien noch Gültigkeit beanspruchen können, im Rahmen der Richtlinien selbst erörtert werden soll.²⁹⁷ Der EuGH hatte festgestellt, dass dem Mitgliedstaat, der sich auf Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag beruft, der Nachweis obliegt, dass dessen Tatbestand erfüllt ist.²⁹⁸ Diese Beweislast gehe jedoch nicht so weit, dass dieser Mitgliedstaat nicht nur eingehend darlegen müsste, aus welchen Gründen

²⁹² *Löwenberg*, Service public und öffentliche Dienstleistungen, S. 308. Dies wird allerdings teilweise bestritten, vgl. den Streitstand unter C.II.4; unterstellt man Dienstleistungen von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse vollständig dem Wettbewerbsrecht, würde Art. 16 EG-Vertrag zu einer Leerformel.

²⁹³ *Tettinger*, in: RdE 1999, S. 49; *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 63; *Löwenberg*, Service public und öffentliche Dienstleistungen, S. 307.

²⁹⁴ *Rinne*, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe, S. 171; *Keller*, Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV, S. 164; *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen), weist aber auch darauf hin, dass die „tautologischen Rückverweise“ in z.B. in Art 3 Abs. 2 bzw. Abs. 8 der Strom-Richtlinie möglicherweise zeigen, dass sich die Gemeinschaftsrechtsgeber selbst nicht sicher waren, inwieweit das Sekundärrecht Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag verdrängen kann.

²⁹⁵ *Seeger*, Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht, S. 137.

²⁹⁶ Vgl. unten unter D.II.1.e)(3)(b).

²⁹⁷ Siehe unten, D.II.1.e)(4).

²⁹⁸ EuGH, Rs. C-159/94 - Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 101.

in seinen Augen die Erfüllung der im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen im Falle einer Aufhebung der beanstandeten Maßnahmen gefährdet wäre, sondern darüber hinaus noch positiv belegen müsste, dass keine andere vorstellbare, der Natur der Sache nach hypothetische Maßnahme es erlaube, die Erfüllung dieser Aufgaben unter solchen Bedingungen sicherzustellen.²⁹⁹

Auch in Bezug auf das Gemeinschaftsinteresse sah sich der EuGH nicht in der Lage zu beurteilen, ob der innergemeinschaftliche Handel mit Elektrizität und Gas wegen der ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte der EDF und der GDF sich in einem Ausmaß entwickelt hat und weiterhin entwickelt, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Auf jeden Fall wurden auch die Schwierigkeiten offenbar, die sich bei der Beurteilung dieser Sachverhalte für den Gerichtshof ergeben.³⁰⁰ So sah es der EuGH nicht als seine Aufgabe an, auf der Grundlage allgemeiner Bemerkungen in der Erwiderung unter Berücksichtigung wirtschaftlicher, finanzieller und sozialer Gesichtspunkte die Maßnahmen zu würdigen, die ein Mitgliedstaat erlassen könnte, um die Lieferung von Elektrizität und Gas in seinem Gebiet, die Ständigkeit der Versorgung und die Gleichbehandlung der Kunden sicherzustellen.³⁰¹ Aus diesen Gründen fühlte sich der Gerichtshof nicht in der Lage zu beurteilen, ob die Französische Republik mit der Beibehaltung der ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte der EDF und der GDF tatsächlich die Grenzen dessen überschritten hatte, was erforderlich ist, um diesen Einrichtungen die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.³⁰² Auch wies der EuGH die Kommission ausdrücklich auf die Möglichkeit hin, das Interesse der Gemeinschaft zu definieren und erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten zu richten³⁰³. Insgesamt kann man hierin auch den Respekt des Gerichtshofs vor dem Gemeinschaftsgesetzgeber sehen.³⁰⁴

Ob das Tätigwerden des Gemeinschaftsgesetzgebers diese Beweislastverteilung ein weiteres Mal verändert hat, soll im Rahmen der Richtlinie geklärt werden.³⁰⁵

4. Die Bedeutung der neueren Rechtsprechung: Kehrtwende

Die Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag sind mit der Zeit durch den EuGH im Sinne einer größeren Ausnahmemöglichkeit für die Mitgliedstaaten interpretiert worden.³⁰⁶ Tatsächlich war die damalige strenge Auslegung des Art. 86 Abs.

²⁹⁹ Ob ein solches Alternativkonzept im Energiebereich nun besteht, ist umstritten, siehe unten D.II.1.e)(3)(a)ff.

³⁰⁰ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 36f.

³⁰¹ EuGH, Rs. C-159/94 - Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 106.

³⁰² EuGH, Rs. C-159/94 - Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 107.

³⁰³ EuGH, Rs. C-159/94 - Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 113.

³⁰⁴ *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 37; *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 37.

³⁰⁵ Siehe unten D.II.1.d.(1)(e).

³⁰⁶ *Ross*, in: ELRev 2000, S. 23 weist darauf hin, dass letztlich alle Tatbestandsmerkmale des

2 EG-Vertrag auch auf die Tatsache zurückzuführen, dass die Anwendung des Gemeinschaftsrechts damals einen erheblich niedrigeren Intensitätsgrad erreicht hatte.³⁰⁷ Sowohl nach der Corbeau- als auch nach der Almelo-Entscheidung eröffnet der Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag die Möglichkeit, selbst einen vollständigen Wettbewerbsausschluss einzurichten.³⁰⁸

Eine klare Akzentverschiebung zugunsten der Ausnahmemöglichkeit im Rahmen von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse ist somit zu beobachten.³⁰⁹ In die gleiche Richtung geht die praktisch bedeutende Beweislastverschiebung. Insgesamt liegt hier ein signifikanter Rechtsprechungswandel vor.³¹⁰ Es zeigte sich, dass sich eine strenge Herangehensweise im Rahmen der Ausnahmeregelung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag solange durchhalten ließ, wie sich der faktische Anwendungsbereich der wettbewerbssichernden Vertragsinstrumente auf den allgemeinen Warenverkehr konzentrierte.³¹¹ Mit dem Wandel des Wettbewerbs- und Binnenmarktrechts ging eine höhere Eingriffsintensität für die betroffenen Unternehmen einher; Bereiche, die vorher von der Kommission vernachlässigt wurden, rückten nun ins Blickfeld.³¹² Insofern war die enge Auslegung, die dem Ausnahmecharakter des Art. 86 Abs. 2 eher entsprach und in den ersten Jahren allgemein zu den intendierten Zielen führte, nicht mehr ohne weiteres durchzuhalten, als die Gemeinschaft anfangs, auch solche Wirtschaftszweige dem Wettbewerb zu öffnen, die bis dahin wegen ihre Verwobenheit mit mitgliedstaatlichen Strukturen und öffentlichen Interessen, unberücksichtigt waren.³¹³ In dem Maße wie also der Liberalisierungsdruck stieg, in dem Maße entwickelten sich gegenläufige Befürchtungen. Der EuGH hat sich mit dieser Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag von seiner Rolle als „Motor der Integration“ verabschiedet.³¹⁴ Insgesamt sollen gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse also wieder vermehrt der mitgliedstaatlichen Gestaltung überlassen werden.

Anzumerken ist noch, dass sich diese Entscheidungen des EuGH auf eine „sekundärrechtslose Vergangenheit“ bezogen,³¹⁵ da die erste Binnenmarktrichtlinie Strom noch

Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag große Schwierigkeiten verursacht haben.

³⁰⁷ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 35.

³⁰⁸ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 24.

³⁰⁹ *Knauff*, in: VR 2004, S. 301; *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 21; *Kühne*, in: Baur (Hrsg.) 2002, S. 74; *Pielow*, Die Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 102; *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 167.

³¹⁰ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 21; *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 167.

³¹¹ *Kühne*, in: Baur (Hrsg.), S. 67.

³¹² *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 35.

³¹³ *Kühne*, in: Baur (Hrsg.), S. 67.

³¹⁴ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 218.

³¹⁵ *Tettinger*, in: Cox (Hrsg.), S. 103; *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 96ff.

nicht umzusetzen war. Allerdings haben diese Verfahren, welche schon im Jahre 1991 eingeleitet wurden, das gesamte Gesetzgebungsverfahren der Energiebinnenmarktrichtlinien begleitet.³¹⁶

5. Unklare Bedeutung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag vor dem sekundärrechtlichen Hintergrund

Zwar lässt sich insgesamt der neueren Rechtsprechung des EuGH die Tendenz entnehmen, dass den Mitgliedstaaten bei der Wahrnehmung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben ein gewisser Gestaltungsspielraum zu gewähren ist.³¹⁷ Dennoch bleibt auch weiterhin eine große Interpretationsunsicherheit bestehen.³¹⁸ Diese Unsicherheiten werden nicht etwa durch das entsprechende Sekundärrecht abschließend gelöst, wie es die EuGH-Entscheidung zu den Energiemonopolen³¹⁹ anregte und vermuten lies, sondern auch weiterhin bestehen Unklarheiten fort, die auf das komplexe Verhältnis bzw. Wechselspiel zwischen Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und den Richtlinien³²⁰ zurückzuführen sind. Inwieweit Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag auch weiterhin eigenständige Bedeutung für den europäischen Energiebinnenmarkt und der Problematik von gemeinwirtschaftlichen Leistungen zukommt, bzw. Beachtung im Rahmen der einschlägigen Richtlinienartikel finden muss, wird im Rahmen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in den Richtlinien erörtert.³²¹

6. Zwischenfazit

Die damalige strenge Auslegung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag war auch auf die Tatsache zurückzuführen, dass die Anwendung des Gemeinschaftsrechts zunächst auf einem erheblich niedrigeren Niveau ablief. Der Rechtsprechungswandel war in erster Linie eine Reaktion auf die Erhöhung der Eingriffsintensität in Bereiche, die vorher von der Kommission vernachlässigt wurden und erst später ins Blickfeld der Liberalisierung gerückt waren.

II. Die Einführung des Art. 16 EG-Vertrag

Als kodifikatorisches Ergebnis der Rechtsprechungsentwicklung³²² kann Art. 16 EG-Vertrag³²³ verstanden werden. Gemäß Art. 16 EG tragen die Gemeinschaft und die

³¹⁶ *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, 92.

³¹⁷ *Kühne*, in: Baur (Hrsg.), S. 69.

³¹⁸ *Tettinger*, in: RdE 1999, S. 45, der nur „punktuellen Festlegungen ohne systematisch befriedigende Terrainabsicherung, verbunden mit der Ermunterung zu subtiler branchenspezifischer Detailanalyse“ konstatiert.

³¹⁹ EuGH, Rs. C-159/94 - Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 113.

³²⁰ Dort insbesondere Art. 3 Abs. 8 der neuen Strom-Richtlinie, bzw. Art. 3 Abs. 5 der neuen Gas-Richtlinie.

³²¹ Vgl. unten D.II.1.e).

³²² *Kühne*, in: Baur (Hrsg.), S. 69; *Ross*, in: ELRev 2000, S. 38.

³²³ Im Rahmen dieser Arbeit kann nur ein Überblick gegeben werden. Für ausführlichere Abhandlungen über die Entwicklung des Art. 16 EG siehe *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union – Primärrechtliche Grundzüge eines Rechts der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, Berlin 2003; *Löwenberg*, Service Public und öffentli-

Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse unbeschadet der Art. 73, 86 und 87 des EG-Vertrags und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.

Diese Vorschrift wurde erst nach längeren Diskussionen durch den Amsterdamer Vertrag im Jahre 1997 eingefügt.³²⁴ Dabei hat das Europäische Parlament sogar gefordert, einen eigenständigen *service public* im Vertrag und ein subjektives Recht auf garantierte Mindeststandards einzuführen.³²⁵ Auch wurde einerseits eine entsprechende ausdrückliche Ergänzung des Art. 86 EG-Vertrag gefordert, während andererseits die Streichung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag als eine Lösung angesehen wurde.

Die Einführung des Art. 16 EG-Vertrag sowie dessen Formulierung hat allerdings als typische Kompromisslösung³²⁶ mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet. Ross³²⁷ konstatiert treffend einen *“triumph for ambiguous drafting and diplomacy.”*

1. Inhalt des Art. 16 EG-Vertrag und drei unterschiedliche Herangehensweisen

Zunächst weist der Begriff „Dienste“ keinen Bedeutungsunterschied zu den „Dienstleistungen“ im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf.³²⁸ Es geht lediglich um eine Klarstellung, dass nicht nur Dienstleistungen im Sinne der Art. 49ff EG-Vertrag gemeint sind.³²⁹ Die Norm ist Aufgaben- und nicht trägerorientiert formuliert.³³⁰ Art. 16 EG enthält keine Zuordnung der Leistungserbringung an den Staat.³³¹ Art. 16 EG steht im Gegensatz zu Art. 86 Abs. 2 EG nicht im Kontext von Art. 86 Abs. 1 und 3 EG, aus denen sich ergibt, dass mit Art. 86 Abs. 2 unmittelbar nur mitgliedstaatliche Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gemeint sind. Im Gegensatz zu

che Dienstleistungen in Europa, Berlin 2001; Kluth, in: Henneke (Hrsg.); Cox, in: ZögU 2002, S. 331ff; Gosalbo Bono, in: RDTE 1997, S. 772ff.

³²⁴ Ausführlicher zur Entstehungsgeschichte Löwenberg, *Service public* und öffentliche Dienstleistungen, S. 294ff; Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, S. 404ff; Kluth, in: Henneke (Hrsg.), S. 68ff; Kirchner, in: ZNER 2002, S. 199ff.

³²⁵ Vgl. Jung, in: Calliess/Ruffert, Art. 16 EG-Vertrag, Tz. 5, Fn. 13 mwNw.

³²⁶ Cox, in: ZögU 2002, S. 332; Ostendorf, *Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung von Art. 86 II EGV in den einzelnen Wirtschaftssektoren*, S. 62; Zivier, in: *Recht und Politik* 2004, S. 215; Schmidt, in: *Der Staat*, Bd. 42 (2003), S. 238.

³²⁷ Ross, in: *ELRev* 2000, S. 22.

³²⁸ Jung, in: Calliess/Ruffert, Art. 16 EG-Vertrag, Tz. 8.

³²⁹ Rottmann, *Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik* (im Erscheinen); Tettinger, in: Cox (Hrsg.), S. 106.

³³⁰ Kluth, in: Henneke (Hrsg.) S. 69.

³³¹ Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, S. 407.

Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag ist Art. 16 EG-Vertrag nicht unmittelbar anwendbar.³³² Dazu ist diese Norm nicht konkret genug³³³.

Die „Janusqualität“³³⁴ des Art. 16 EG-Vertrag zeigt sich an dem erheblichen Spektrum der Meinungen, die hierzu vertreten werden. Teilweise parallel zu den oben diskutierten³³⁵ Positionen in Bezug auf die Bedeutung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen im europäischen Binnenmarkt gibt es auch drei Positionen zur Rolle des Art. 16 EG-Vertrag. Während zum einen behauptet wird, die Norm habe überhaupt keine Bedeutung und fasse allenfalls den bestehenden *aquis communautaire* zusammen,³³⁶ liegt nach anderer Auffassung der Sinn des Art. 16 EG-Vertrag in der Verteidigung bzw. Bestärkung der mitgliedstaatlichen Regelungen in diesem Bereich.³³⁷ Demgegenüber gibt es auch Stimmen in der Literatur, welche die gemeinsamen Werte und den Zusammenhalt unterstrichen sehen, so dass sich ein europäischer Gestaltungsanspruch auf dieser Norm aufbauen ließe.³³⁸

Es ist insofern bemerkenswert, dass alle drei oben genannten Positionen³³⁹ ihre Auffassung in der Formulierung des Art. 16 EG-Vertrag bestätigt sehen.

2. Praktische Auswirkungen

Über die praktische Bedeutung diese Norm herrscht Unklarheit.³⁴⁰ Der EuGH ist bisher in keiner Entscheidung ausdrücklich auf Art. 16 EG-Vertrag eingegangen.³⁴¹ Lediglich in einigen Schlussanträgen³⁴² wurde kurz auf Art. 16 und den Stellenwert der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verwiesen. Ob die Kompromissregel³⁴³ wirklich einen faktischen Bedeutungszuwachs der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mit sich bringt, ist deshalb weiterhin fraglich.³⁴⁴

³³² Vgl. nur *Schmidt*, in: *Der Staat*, Bd. 42 (2003), S. 238; *Hatje*, in: *Schwarze, Kommentar, Art. 16 EG-Vertrag*, Tz. 7.

³³³ *Knauff*, in: *VR 2004*, S. 297; *Britz*, in: *Die Verwaltung 2004*, S. 159; *Schöneich*, in: *Deutscher Juristentag - Ständige Deputation (Hrsg.)*, Band II/1, S. O 57.

³³⁴ *Ross*, in: *ELRev 2000*, S. 31.

³³⁵ Vgl. oben, B.IV.

³³⁶ *Hancher*, in: *Craig/de Búrca (Hrsg.)*, S. 731f. Nach dieser Auffassung könnte Art. 16 EG-Vertrag auch verstanden werden als die Bestätigung, dass die Problematik die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eben noch nicht gelöst ist, vgl. *Ross*, in: *ELRev 2000*, S. 29.

³³⁷ Insbesondere Frankreich verfolgte dieses Ziel in der Vertragsrunde.

³³⁸ Vgl. z.B. *Ross*, in: *ELRev 2000*, S. 38.

³³⁹ Vgl. oben, B.IV.

³⁴⁰ *Weiß*, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, S. 405; *Horn*, in: *RdE 2003*, S. 86; *Linder*, *Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union*, S. 19.

³⁴¹ Vgl. lediglich den Beschluss des Präsidenten des Gerichts vom 28.05.2001 in der Rs. T-53/01R – *Poste Italiene SpA*, Rn. 132, der lediglich auf den Stellenwert der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse hinweist.

³⁴² Z.B. Schlussantrag des GA Maduro vom 10.11.2005 in der Rs. C-205/03P - *FENIN*, Fn. 35; Schlussantrag von GA Kokott vom 28.10.2004 in der Rs. C-134/03 – *Viacom Outdoor Slr*, Fn. 03; Schlussantrag von GA Jacobs vom 30.04.2002 in der Rs. 126/01 – *GEMO*, Tz. 124; Schlussantrag von GA Alber vom 01.02.2001 in der Rs. C- 340/99 – *TNT Traco Spa*, Rz. 94.

³⁴³ *Cox*, in: *ZögU 2002*, S. 332; *Ostendorf*, *Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und*

3. Lediglich politische Aussage oder praktische Konkordanz

Die Interpretationsskala im Rahmen von Art. 16 EG-Vertrag ist außerordentlich weit.³⁴⁵ Nach einer Auffassung tendiert der rechtsnormative Gehalt eher gegen Null.³⁴⁶ Nach anderer Auffassung seien mit Einführung des Art. 16 EG-Vertrag nun die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und der Wettbewerb gleichrangige Vertragsprinzipien, die im Wege der „praktischen Konkordanz“ zu einem Ausgleich geführt werden müssten.³⁴⁷ Letztere, sehr weitgehende Auffassung konnte sich nicht durchsetzen.³⁴⁸ Die hM geht davon aus, dass die Einführung des Art. 16 EG-Vertrag zu keiner Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses geführt hat.³⁴⁹ Dies ist schon allein damit zu belegen, dass Art. 16 unter dem Vorbehalt des Art. 86 EG-Vertrag steht. Auch enthält dieser Artikel nach herrschender Auffassung keine neuen Kompetenzen³⁵⁰ und keine Rechtsfolgen.³⁵¹ Auch kann man keinen individuellen Leistungsanspruch³⁵² auf Art. 16 EG-Vertrag stützen.

Trotz der rechtlichen Begrenztheit ist Art. 16 EG-Vertrag eine wichtige programmatische Aussage nicht abzusprechen³⁵³: Art. 16 EG-Vertrag ist im Gegensatz zu Art. 86 Abs. 2 EG, der als Ausnahmegesetz eine negative Konnotation hat, positiv formuliert.³⁵⁴ Während Art. 86 Abs. 2 EG noch gezeigt hat, dass Ausnahmen vom Wettbewerbsprinzip als grundsätzlich gegenläufig zum Gemeinschaftsrecht angesehen wurden, wird mit der Einfügung des Art. 16 EG zum ersten Mal primärrechtlich die Existenz von Allgemeininteressen anerkannt, die nicht oder nicht ausreichend durch

Anwendung von Art. 86 II EGV in den einzelnen Wirtschaftssektoren, S. 62; *Zivier*, in: *Recht und Politik 2004*, S. 215; *Schmidt*, in: *Der Staat*, Bd. 42 (2003), S. 238.

³⁴⁴ *Schmidt*, in: *Der Staat*, Bd. 42 (2003), S. 238.

³⁴⁵ *Ross*, in: *ELRev 2000*, S. 22.

³⁴⁶ *Schmidt*, in: *Der Staat*, Bd. 42 (2003), S. 239.

³⁴⁷ *Schwarze*, in: *EuZW 2001*, S. 339.

³⁴⁸ *Koenig*, in: *EuZW 2001*, S. 481; *Linder*, *Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union*, S. 187; *Püttner*, in: *Hrbek/Nettesheim (Hrsg.) S. 36*; so wohl auch *Knauff*, in: *VR 2004*, S. 298; *Ostendorf*, *Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung von Art. 86 II EGV in den einzelnen Wirtschaftssektoren*, S. 63; *Cox*, in: *ZöGU 2002*, S. 332.

³⁴⁹ *Linder*, *Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union*, S. 186; *Kluth*, in: *Henneke (Hrsg.)*, S. 70.

³⁵⁰ *Löwenberg*, *Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa*, S. 304; *Schneider*, in: *Schneider/Theobald (Hrsg.)*, S. 84; *Nettesheim*, in: *Hrbek/Nettesheim (Hrsg.)*, S. 50; *Knauff*, in: *VR 2004*, S. 297; *Ostendorf*, *Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung von Art. 86 II EGV in den einzelnen Wirtschaftssektoren*, S. 63; *Storr*, in: *DÖV 2002*, S. 361; *Kluth*, in: *Henneke (Hrsg.)*, S. 72; *Linder*, *Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union*, S. 204; *Schwarze*, in: *EuZW 2001*, S. 337.

³⁵¹ *Koenig*, in: *EuZW 2001*, S. 481.

³⁵² Vgl. nur *Schneider*, in: *Schneider/Theobald (Hrsg.)*, S. 84; *Knauff*, in: *VR 2004*, S. 297; *Löwenberg*, *Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa*, S. 308.

³⁵³ *Henneke*, in: *Der Landkreis 1/2003*, S. 16; *Knauff*, in: *VR 2004*, S. 297.

³⁵⁴ *Henneke*, in: *Der Landkreis 1/2003*, S. 16; *Knauff*, in: *VR 2004*, S. 297; *Linder*, *Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union*, S. 185; *Kluth*, in: *Henneke (Hrsg.)*, S. 76; *Hermes*, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, S. 164; *Rottmann*, *Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen)* .

Marktmechanismen befriedigt werden können.³⁵⁵ Allgemein kann man die Tatsache, dass Art. 16 EG-Vertrag erst später bewusst in den Vertrag eingeführt wurde, und dessen im Vergleich zum Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag positive Formulierung in Form einer Aufgabenzuweisung, dahingehend verstehen, dass das Konzept der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht mehr allein als rechtfertigungsbedürftiger Ausnahmefall zu interpretieren ist.³⁵⁶ So leite diese Norm die politisch handelnden Organe der Gemeinschaft an, im Rechtsetzungsprozess einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen des Wettbewerbs auf der einen, und die Sicherstellung unverzichtbarer Allgemeinwohldienste auf der anderen Seite zu schaffen.³⁵⁷ Generalanwalt Alber³⁵⁸ betont, dass der Art. 16 EG-Vertrag zusammen mit Art. 36 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)³⁵⁹ die Bedeutung dieser Ausnahme als Ausdruck einer grundlegenden Wertentscheidung des Gemeinschaftsrechts unterstreicht.

4. Auslegungshilfe insbesondere für Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag

Über die politische Komponente hinaus ist die mögliche Auswirkung des Art. 16 EG-Vertrag auf die Auslegung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag bedeutsam. So ist fraglich, ob diese Norm die Eigenschaft hat, auf die Tatbestandsmerkmale Erforderlichkeit und Gemeinschaftsinteresse im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag Einfluss zu nehmen.³⁶⁰

Diese Auswirkung wird teilweise angezweifelt.³⁶¹ Tatsächlich können einige Argumente gegen eine durch Art. 16 modifizierte Auslegung des Art. 86 Abs. 2 ins Felde geführt werden. So zeige die Formulierung „unbeschadet... des Art. 86“, dass Art. 16 nicht gegen Art. 86 Abs. 2 in Stellung gebracht werden darf.³⁶² Art. 16 EG-Vertrag könne allenfalls als Bestätigung des vorhandenen *aquis communautaire* in Bezug auf Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag verstanden werden.³⁶³ Dieses Argument weist Rottmann³⁶⁴ jedoch überzeugend mit dem Hinweis zurück, dass es im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag gerade keinen solchen *aquis communautaire* gab. Auch die Erklärung Nr. 13 zu Art. 16 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft wird

³⁵⁵ *Knauff*, in: VR 2004, S. 297.

³⁵⁶ So *Schwarze*, in: EuZW 2001, S. 336f.

³⁵⁷ *Nettesheim*, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 51.

³⁵⁸ Schlussantrag von GA Alber vom 01.02.2001 in der Rs. C- 340/99 – TNT Traco Spa, Tz. 94.

³⁵⁹ Vgl. unten, C.IV.

³⁶⁰ *Nettesheim*, in: Hrbek/Nettesheim (2002), S. 50; *Knauff*, in: VR 2004, S. 297; *Kämmerer*, in: NVwZ 2002, S. 1043; *Koenig/Kühling/Rasbach*, in: ZNER 2003, S. 4; *Kühne*, in: Baur (Hrsg.) 2002, S. 69; *Schmidt*, in: Der Staat, Bd. 42 (2003), S. 239, *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 186f.

³⁶¹ Vgl. nur *Hatje*, in: Schwarze, Kommentar, Art. 16 EG-Vertrag, Tz. 9, demzufolge jede Änderung des Inhalts von Art. 16 EG-Vertrag ausgeschlossen ist.

³⁶² *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 187; *Koenig*, in: EuZW 2001 S. 481.

³⁶³ *Koenig*, in: EuZW 2001 S. 481.

³⁶⁴ *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

als Argument gegen eine Modifikation durch Art. 16 EG-Vertrag verwendet.³⁶⁵ Danach wird der die öffentlichen Dienste betreffende Art. 16 EG-Vertrag unter uneingeschränkter Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs, u. a. in Bezug auf die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Qualität und der Dauerhaftigkeit solcher Dienste, umgesetzt. Der Hinweis, dass die Rechtsprechung des EuGH zu beachten ist, wird als das entscheidende Argument angesehen, dass Art. 16 EG-Vertrag noch nicht mal auf die Auslegung des Art. 86 Abs. 2 Einfluss nehmen kann. Allerdings ist zum einen die Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Selbstverständlichkeit.³⁶⁶ Zum anderen bedeutet die Beachtung der Rechtsprechung nicht, dass sich der Gerichtshof selbst nicht an den Vertragstext halten muss, wie er sich nun nach der Einführung des Art. 16 EG-Vertrag gestaltet. Deshalb kann Art. 16 EG-Vertrag auf den Auslegungsprozess hinsichtlich Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag Einfluss nehmen. So kann man z.B. auch von einem Einfluss des Art. 16 EG-Vertrags im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag ausgehen, wenn die Tatbestandsmerkmale Betrauung, Verhinderung oder das Ausmaß einer Beeinträchtigung des „Interesses der Gemeinschaft“ untersucht werden.³⁶⁷ Das primärrechtliche Verständnis des Gemeinschaftsinteresses hat durch Art. 16 EG-Vertrag dahingehend Modifikationen erfahren, dass es jetzt nicht mehr ausschließlich auf die Durchsetzung von Binnenmarkt und Wettbewerb beschränkt ist.³⁶⁸ Darin liegt der Versuch des Gegensteuerns gegen den gemeinschaftsrechtlichen Privatisierungsdruck.³⁶⁹ Auch nach Auffassung von Generalanwalt Maduro³⁷⁰ betont Art. 16 EG-Vertrag die Notwendigkeit, das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu gewährleisten. Während dies zwar keine Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag bedeute, stelle es aber immerhin eine „Leitlinie“ für dessen Auslegung dar.

5. Art. 16 EG-Vertrag und mögliche Auswirkungen im Energiesektor

Aufgrund der gemeinwirtschaftlichen Elemente der Energieversorgung kommt Art. 16 EG-Vertrag auch im Energiesektor Bedeutung zu,³⁷¹ z.B. auf primärrechtlicher

³⁶⁵ Erklärung zur Art. 16 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, BGBl. 1998, II-440.

³⁶⁶ *Jung*, in: Calliess/Ruffert, Art. 16 EG-Vertrag, Fn. 38.

³⁶⁷ So *Schmidt*, in: Der Staat, Bd. 42 (2003), S. 239; *Henneke*, in: Der Landkreis 1/2003, S. 16; *Kirchner*, in: ZNER 2002, S. 201; *Rumpff*, Das Ende öffentlicher Dienstleistungen, S. 251; im Endergebnis auch *Jung*, in: Calliess/Ruffert, Art. 16 EG-Vertrag, Tz. 13; ebenfalls in diese Richtung *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 186f; zweifelnd *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 407; vgl. auch *Kühne*, in: Baur (Hrsg.) 2002, S. 69.

³⁶⁸ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 156; *Schmidt* Die Liberalisierung der Daseinsvorsorge, in: Der Staat, Bd. 42 (2003), S. 239;

³⁶⁹ *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 405; vgl. auch *Ross*, in ELRev 2000, S. 31ff.

³⁷⁰ Schlussantrag des GA Maduro vom 10.11.2005 in der Rs. C-205/03P, Fn. 35.

³⁷¹ Beispielfhaft stellt z.B. *Ross*, in: ELRev 2000, S. 35 dar, dass Art. 16 EG-Vertrag nahe legt, dass beim Verlegen von Energieleitungen in abgelegenen Gegenden nicht mehr nur nach der Wirtschaftlichkeit zu fragen ist, sondern auch danach, ob sichergestellt wird, dass alle Kundengruppen Zugang zu entsprechenden Leistungen haben; vgl. auch *Bausch*, Netzzugangsregeln im li-

Basis im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag. Aber auch das Sekundärrecht bleibt von Art. 16 EG-Vertrag nicht unberührt. Ansatzpunkte sind auch hier unbestimmte Rechtsbegriffe. Sowie Art. 16 EG-Vertrag das Gemeinschaftsinteresse allgemein im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag prägen kann, so sind auch Auswirkungen speziell auf das Gemeinschaftsinteresse in Art. 3 Abs. 8 Satz 2 der Strom-Richtlinie bzw. Art. 3 Abs. 5 Satz 2 der Gas-Richtlinie möglich.

Auch unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten wird die Bedeutung des Art. 16 EG-Vertrag diskutiert: So sehen einige in Art. 16 EG-Vertrag eine mögliche Kompetenzgrundlage für Regelungen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betreffen³⁷², andere eine Schutznorm, welche im Rahmen der Subsidiarität die Kompetenzen der Mitgliedstaaten in diesem Bereich abschirmt.³⁷³ Dies soll aber im Zusammenhang mit den entsprechenden Normen der Richtlinien erörtert werden.

Insgesamt wurde u.a. auch durch Art. 16 EG-Vertrag die traditionelle Sonderstellung der Energiewirtschaft verstärkt.

6. Zwischenfazit

Art. 16 EG-Vertrag ist zwar eine politisch bedeutsame Veränderung des Primärrechts mit Potential für die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen im Primär- und Sekundärrecht, bringt aber keine Klarheit im Rahmen eines europäischen gemeinwirtschaftlichen Konzepts. Auch wenn die Einführung des Art. 16 EG-Vertrag für eine weitere Akzentverschiebung im Sinne eines gewissen Gegensteuerns gegen den gemeinwirtschaftlichen Privatisierungsdruck steht, so liegt in Art. 16 EG-Vertrag allein noch längst keine Vergemeinschaftung des Konzepts der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.

III. Art. 30 EG-Vertrag und das PreussenElektra-Urteil

Auch das PreussenElektra-Urteil³⁷⁴ des EuGH reiht sich in die primärrechtliche Akzentverschiebung zugunsten von Gemeinwohlorientierung und zulasten des Primats Wettbewerb ein. In diesem Verfahren ging es um die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit des damaligen Stromeinspeisegesetzes, insbesondere der privilegierenden Preisregelungen für erneuerbare Energien. Dieses Urteil enthielt eine vom dogmatischen Standpunkt erstaunliche Erweiterung der Rechtfertigungsgründe des Art. 30 EG-Vertrag um den Umweltschutz bzw. der „zwingenden Gründe“ nach der Cassis-Formel um diskriminierende Maßnahmen. Auf einige Details dieser Entscheidung wird noch im Rahmen der Vorrangregelungen nach Art. 11 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 4 der neuen Strom-Richtlinie eingegangen.³⁷⁵

Auch hier gehen einige Autoren davon aus, dass diese Entscheidung von dem Willen beeinflusst ist, mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume bei der Wahrnehmung von

beralisierten Strommarkt, S. 177.

³⁷² Ross, in: ELRev 2000, S. 38.

³⁷³ Baur/Lückenbach, Fortschreitende Regulierung, S. 69.

³⁷⁴ EuGH, Rs. C-379/98– PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099.

³⁷⁵ Vgl. unten, D.II.3.

Gemeinwohlaufgaben zu schonen.³⁷⁶ Insofern liegt eine Trendverschiebung vor, die mit der im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag verglichen werden kann.

IV. Europäische Grundrechtecharta

Zwar nicht rechtsverbindlich, aber dennoch von einiger praktischer Bedeutung³⁷⁷ ist die Europäische Grundrechtecharta.³⁷⁸ Die am 7. Dezember 2000 in Nizza proklamierte Charta der Grundrechte in der Europäischen Union soll eine Zusammenfassung der gemeinsamen Werte der Mitgliedstaaten der Europäischen Union darstellen.³⁷⁹ Nach Art. 36 der Charta der Grundrechte anerkennt und achtet die Union den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern. Dabei ist es zumindest beachtenswert, dass die Formulierung des Art. 36 GRC nicht wie Art. 16 EG-Vertrag auf die Mitgliedstaaten und die Union abstellt, sondern nur noch von der Union spricht.³⁸⁰ Zwar spricht auch die Charta die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten an, allerdings kommen die Mitgliedstaaten als eigentliche Akteure im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gar nicht vor. *Börner* sieht darin ein Indiz, dass dieser Artikel der GRC zusammen mit Bestrebungen der Kommission eine Aushöhlung der mitgliedstaatlichen Kompetenzen, ihren sozio-kulturellen Status selbst zu bestimmen, vorbereitet.³⁸¹

Diese Bestimmung soll Art. 16 EG-Vertrag flankieren und kein neues Recht begründen.³⁸² Art. 36 GRC gewährt unmittelbar kein Recht auf Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, verleiht aber dem Bestandschutz für nationale Sozialstandards eine größere Bedeutung. Die Grundrechtsrelevanz der gemeinwirtschaftlichen Leistungen wird anerkannt.³⁸³

Zwar ist Art. 36 zunächst ein soziales Recht, allerdings besteht die Besonderheit, dass er den Charakter eines Abwehrrechts gegenüber den Organen der Gemeinschaft aufweist, welche nicht in den national definierten Zugang zu Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eingreifen dürfen, sofern dieser mit dem Gemein-

³⁷⁶ *Kühne*, in: Baur (Hrsg.), S. 71.

³⁷⁷ *Knauff*, in: VR 2004, S. 299.

³⁷⁸ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Amtsblatt der EG Nr. C 364 vom 18.12.2000 S. 1ff (im Folgenden GRC); ausführlicher zur rechtlichen Bedeutung des Art. 36 der Grundrechtecharta: *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 194ff.

³⁷⁹ Das Ziel der Grundrechtecharta wird in der Präambel wie folgt definiert: "Angesichts der Weiterentwicklung der Gesellschaft, des sozialen Fortschritts und der wissenschaftlichen und technologischen Entwicklungen [ist es notwendig,] den Schutz der Grundrechte zu stärken, indem sie in einer Charta sichtbarer gemacht werden".

³⁸⁰ Vgl. *Börner*, in: ZögU 2002, S. 198.

³⁸¹ *Börner*, in: ZögU 2002, S. 198f.

³⁸² *Storr*, in: DÖV 2002, S. 361; *Börner*, in: ZögU 2002, S. 198.

³⁸³ *Knauff*, in: VR 2004, S. 299.

schaftsrecht vereinbar ist.³⁸⁴ Linder sieht in Art. 36 GRC eine grundrechtliche Absicherung des Subsidiaritätsprinzips im Bereich der Daseinsvorsorge.³⁸⁵ Generalanwalt Alber³⁸⁶ betont, dass Art. 16 EG-Vertrag zusammen mit Art. 36 GRC die Bedeutung dieser Ausnahme als Ausdruck einer grundlegenden Wertentscheidung des Gemeinschaftsrechts unterstreichen. Auch diese Norm zeigt, dass das Gemeinschaftsrecht der Bedeutung der gemeinwirtschaftlichen Aufgaben nicht mehr so ablehnend gegenüber steht.

V. Entwurf des Verfassungsvertrages und Verfassungskrise

Nach den ablehnenden Entscheidungen in Frankreich und den Niederlanden sowie der Suspendierung des Referendums in Großbritannien hängt das große Projekt der „Verfassung für Europa“³⁸⁷ in der Schwebe. Deshalb nur kurz ein paar Bemerkungen zum intendierten Inhalt des Verfassungsvertrages:

1. Einzelne Regelungen des VerfV-E mit Bezug zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen in der Energiewirtschaft

Zum Beispiel wurde dem Art. III-122 VerfV-E,³⁸⁸ der Art. 16 EG-Vertrag nachgebildet ist, ein Zusatz beigefügt, nach dem die Grundsätze und Bedingungen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch Europäisches Gesetz unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten festgelegt werden. Erst in der letzten Sitzung in der Verlängerungswoche des Konvents im Juli 2003 wurde dieser Zusatz präsentiert, so dass der Eindruck des „Hereinmogelns“ dieses Zusatzes entstand.³⁸⁹ Es gab Proteste wegen der unerwarteten Gesetzgebungskompetenz. So forderten Kommunen dann auch, dass diese Art der weitreichenden Gesetzgebungskompetenz wieder gestrichen werde, bzw. seine Anwendbarkeit auf nationale Dienste beschränkt wird und kommunale Dienstleistungen, die ja in der Regel nicht grenzüberschreitend binnenmarktrelevant sind, ausdrücklich ausnimmt.³⁹⁰

Mit dieser Norm hätte die Gemeinschaft erstmals eine unmittelbare Regelungskompetenz für den Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erhalten.³⁹¹ Obwohl dies nicht dazu führen soll, dass die grundsätzlich mitgliedstaatliche Zuständigkeit verdrängt wird, bedeutete dies doch einen qualitativen Sprung.³⁹² Die Ergänzung im zweiten Satz sorgt dafür, dass Art. III-6 VerfV-E gegenüber Art. 16 EG an Konkretheit gewinnt.

³⁸⁴ Linder, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 196.

³⁸⁵ Linder, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 196.

³⁸⁶ Schlussantrag von GA Alber vom 01.02.2001 in der Rs. C- 340/99 – TNT Traco Spa, Tz. 94.

³⁸⁷ Ausführlich zum Hintergrund des Verfassungsvertrags: Oppermann, in: DVBl. 2003, S. 1ff; ders., in: DVBl. 2003, S. 1165ff, S. 1234ff.

³⁸⁸ Ausführlicher Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen); siehe auch Faross, in: RdE 2005, S. 59.

³⁸⁹ Hoffschulte, in: DVBl 2005, S. 208.

³⁹⁰ Hoffschulte, in: DVBl 2005, S. 208.

³⁹¹ Vgl. aber die Zweifel von Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

³⁹² Knauff, in: VR 2004, S. 300.

Als neue Kompetenz für Energiepolitik³⁹³ wurde des Weiteren der Art. III-157 VerfV-E eingefügt. Danach hat die Energiepolitik der Union im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts und unter Berücksichtigung der Erfordernisse der Erhaltung und der Verbesserung der Umwelt die Ziele Sicherstellung des Funktionierens des Energiemarkts, Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in der Union und Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen sowie Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen. Nach Abs. 2 werden die für die Erreichung der in Abs. 1 genannten Ziele erforderlichen Maßnahmen durch Europäische Gesetze³⁹⁴ oder Rahmengesetze³⁹⁵ festgelegt. Diese werden nach Anhörung des Ausschusses der Regionen sowie des Wirtschafts- und Sozialausschusses erlassen.

Auf der anderen Seite sollte durch Art. I-5 VerfV-E die lokale und regionale Selbstverwaltung ausdrücklich respektiert werden.³⁹⁶ Nach Art. I-5 VerfV-E achtet die Union die nationale Identität der Mitgliedstaaten, die in deren grundlegender politischer und verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Diese Vorschrift, die auch insofern über Art. 6 Abs. 3 EU-Vertrag hinausgeht, verleiht der kommunalen Selbstverwaltung einen neuen rechtlichen Status. Die Verpflichtung zum „Achten“ der Kommunen muss neben der bloßen Existenz auch das konkrete Tätigwerden und die jeweiligen Aufgabenbereiche erfassen.³⁹⁷

2. Ablehnung durch die Bevölkerungen in Frankreich, den Niederlande etc.

Eine kohärente Erklärung, warum die Verfassung abgelehnt wurde, ist zumindest im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich.³⁹⁸ Viele vielschichtige Faktoren spielten in die Entscheidung hinein, teilweise auch nur der Wunsch, die nationalen Entscheidungsträger wegen Sachverhalte, die keinen Bezug zur Verfassung hatten, abzustrafen. Zusätzlich muss natürlich die Frage erlaubt sein, wie viele den Text des Verfassungsvertrags zumindest auszugsweise überhaupt gelesen haben, und sich bei der eigenen Entscheidung nicht nur auf die Bewertungen und Stimmungen in den Medien stützten. Dennoch führen einige Beobachter die unterwartet klaren Entscheidungen³⁹⁹

³⁹³ Vgl. auch *Jasper*, in: ZNER 2004, S. 210ff; *Neveling*, in: ET 2004, S. 340ff.

³⁹⁴ Das Europäische Gesetz ist nach Art. I-33 Abs. 1 Satz 2 VerfV-E ein Gesetzgebungsakt mit allgemeiner Geltung. Es ist in allen seinen Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

³⁹⁵ Das Europäische Rahmengesetz ist nach Art. I-33 Abs. 1 Satz 3 VerfV-E ein Gesetzgebungsakt, der für jeden Mitgliedstaat, an den es gerichtet ist, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel überlässt.

³⁹⁶ *Hoffschulze*, in: DVBl 2005, S. 204.

³⁹⁷ *Schliesky*, in: NdsVBl. 2004, S. 58.

³⁹⁸ Vgl. nur *Schild*, in: *Integration* 2005, S. 187ff.

³⁹⁹ In Frankreich stimmten 45,1 % dafür und 54,9 % dagegen - nicht ganz so eindeutig wie in den Niederlanden, wo immerhin 61,6 % gegen die Verfassung gestimmt haben. Dabei muss beachtet werden, dass vielleicht eine Verstärkung der Ablehnung durch die zeitlich vorausgehenden Ablehnung in Frankreich vermutet werden konnte. Direkt nach den ablehnenden Entscheidungen ging Meinungsumfragen zufolge auch die Zustimmung in Deutschland, wo Bundestag und Bundesrat den Vertrag ohne direkte Bürgerbeteiligung ratifiziert hatten, signifikant zurück, vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 05.05.2005.

auch darauf zurück, dass der Verfassungsvertrag als Symbol für eine fortschreitende wirtschaftsliberale Integration abgelehnt wurde. Unabhängig von der Diskussion um eine Verfassung wurde teilweise die fortschreitende Integration als fremdbestimmte europäische Nivellierung und als Unitarisierung durch einen anonymen Brüsseler Beamtenapparat empfunden.⁴⁰⁰ So fragen sich viele Bürger, wie die Kommission eigentlich dazu komme, sich zum Beispiel in den Bereich der Daseinsvorsorge einzumischen.⁴⁰¹

Aufschlussreich ist ein Zitat von Nicholas Machtou aus der LeMonde vom 24. Mai 2005:

„l'idée selon laquelle l'Union européenne aurait pour objectif, voire pour obsession, le démantèlement du système de service public français est l'un des nombreux fantasmes entretenus ici et là, notamment en ces temps de fièvre pré-référendaire“

Dass der Abbau des service public zu den Zielen, geradezu als Besessenheit, der Verfassung gehöre, sei eines der „fantasmes“, welche in der Zeit vor dem Referendum seine Runde gemacht haben.⁴⁰²

Dass es noch immer keine abschließenden Antworten auf die Frage nach der Zukunft der gemeinwirtschaftlichen Leistungen in Europa gibt, ist zumindest ein Beunruhigungsfaktor im Integrationsprozess, der auch zukünftig Anlass gibt, sich den gemeinwirtschaftlichen Leistungen in der Gemeinschaft zu widmen.

3. Zwischenfazit

Die Tendenz, die man in der Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag beobachten kann und die die Einführung des Art. 16 EG-Vertrag ebenfalls nahe legt, kann man auch im Verfassungsvertrag weiterverfolgen. Soziale Gesichtspunkten sollen noch an Bedeutung gewinnen und die Gemeinschaft in diesem Bereich an Kompetenz.

⁴⁰⁰ Vgl. auch *Papier*, in: DVBl 2003, S. 690.

⁴⁰¹ *Papier*, in: DVBl 2003, S. 690.

⁴⁰² In diese Richtung auch *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).