

E. Hintergründe und Bedeutung der Veränderungen

Nachdem die Europäische Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten über neun bzw. sieben Jahre Zeit hatten, die Auswirkungen und die Funktionalität eines europäischen Binnenmarktes zu beobachten, ist zu fragen, aus welchen konkreten Gründen die Regelungen zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen in dieser Form neu eingefügt oder verändert wurden und welche Auswirkungen diese haben könnten. Sind die Veränderungen getragen von legitimen Einschränkungen und Modifikationen oder lässt sich hier nur der Erfolg des Deckmantel-Ansatzes, also die Verfolgung eigener Interessen unter dem „Deckmantel des Gemeinwohls“¹²³⁷ beobachten? Ist z.B. das Schlagwort der Daseinsvorsorge oder des *service public* nichts mehr als ein vages Programm mitgliedstaatlicher Politikbehauptung gegenüber der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbskontrolle geworden?¹²³⁸

Wie oben schon gesehen, sind die Begründungen für Modifikationen der Richtlinien in sich nicht schlüssig. Daher ist es insgesamt schwierig, belegbare Begründungsansätze für diese offensichtlichen Veränderungen zu finden. An dieser Stelle soll und kann deshalb nur ein Überblick über die verschiedenen Positionen gegeben werden.

Grob kann unterschieden werden zwischen wettbewerblichen und integrationspolitischen Gründen. Dabei soll jedoch darauf hingewiesen werden, dass es sich hierbei um politische, wenn nicht sogar psychologische Beweggründe handelt, die rechtlich nur insoweit relevant sind, als sie möglicherweise Einfluss auf den Gesetzgebungsprozess gehabt haben.

I. In dem Maß wie der Liberalisierungsdruck steigt...

Es lässt sich im Rahmen der Beschleunigungsrichtlinien – wie oben schon angesprochen - eine teilweise parallele Entwicklung zu Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag beobachten: je mehr Wettbewerb eingeführt wird, desto mehr machen auch gegenläufige Tendenzen Karriere.¹²³⁹ Wie im Rahmen des Art. 16 EG-Vertrag haben auch im Sekundärrecht gemeinwirtschaftliche Aspekte den Sprung von den negativ formulierten Ausnahmenvorschriften in Art. 3 Abs. 2 bzw. Art. 3 Abs. 3 der alten Binnenmarkt-richtlinien in die positiv formulierte Grundsatznorm des Art. 3 Abs. 1 der beiden Beschleunigungsrichtlinien geschafft.

¹²³⁷ *Schwintowski*, in: ZögU 2003, S. 284; *Meller*, in: ew 2002, S. 20.

¹²³⁸ *Koenig*, in: EuZW 2001, S. 481.

¹²³⁹ So formuliert *Pielow*, in: Henneke (Hrsg.), S. 55, dass mit zunehmender Sensibilisierung der Rechtsprechung gegenüber den zunehmend vom Liberalisierungs-Sog erfassten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse der Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag kontinuierlich in einer den Normtext gelegentlich schon stark strapazierenden Weise ausgedehnt wird. Für die Binnenmarkt-richtlinien: *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 85; *Kämmerer*, in: NVwZ 2002, S. 1045.

In die gleiche Richtung geht folgende Beobachtung: Während sich die Spannungsfelder durch die Beschleunigungsrichtlinien gegenüber den alten Richtlinien¹²⁴⁰ noch vergrößert haben¹²⁴¹, zeigt die Herangehensweise der Kommission, dass die gemeinwirtschaftlichen Leistungen nicht mehr nur als Störfaktor im Energiebinnenmarkt angesehen werden. Die Kommission sieht gemeinwirtschaftliche Leistungen in der Perspektive der vollständigen Marktöffnung mehr und mehr als Teil des Binnenmarktes und legt deswegen auf europaweite Mindeststandards zunehmend Wert.¹²⁴² Insofern besteht kein Widerspruch, dass die Beschleunigungsrichtlinien in den zentralen Fragen des Unbundlings und des Netzzugangs schärfere Wettbewerbsanforderungen stellen und gleichzeitig die gemeinwirtschaftlichen Leistungen ausgebaut werden.¹²⁴³ Während rein mitgliedstaatliche Gestaltungsräume tatsächlich die Möglichkeit eröffnen, den Wettbewerb zu verzerren, sorgen Mindeststandards und damit verkleinerte Gestaltungsräume dafür, dass diese Wettbewerbsverzerrungen abgemildert werden.¹²⁴⁴ Schließlich sollen so die Lasten und Kosten etwaiger gemeinwirtschaftlicher Leistungen gleichmäßig verteilt werden. Insgesamt kann der Versuch der Kommission beobachtet werden, das Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und Allgemeinwohlverpflichtungen zu relativieren.¹²⁴⁵

Dies spricht insbesondere die überindividuelle Komponente der gemeinwirtschaftlichen Leistungen an. Schließlich leisten auch gemeinwirtschaftliche Leistungen einen Beitrag zur Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft.¹²⁴⁶ So ist insgesamt eine funktionierende Infrastruktur, insbesondere auch eine zuverlässige Versorgung mit Energie, ein wichtiger Standortfaktor.¹²⁴⁷ Diese Leistungen stellen einen Teil des Marktes dar, und es besteht nicht notwendigerweise ein absoluter Gegensatz in dem Sinne, dass es keine Überlappungen gibt.¹²⁴⁸ Auch wird offenbar, dass Wettbewerb kein Selbstzweck ist und so reguliert werden muss, dass dem Gedanken der ausreichenden Sicherstellung von Gemeinwohlaspekten Geltung verschafft wird.¹²⁴⁹

¹²⁴⁰ *Klinski*, in: ZNER 2005, S. 208, nennt die Vorgängerregelungen „weiche“ Richtlinien.

¹²⁴¹ Vgl. nur *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 64.

¹²⁴² *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 60.

¹²⁴³ Ausführlicher zum Unbundling in den Richtlinien vgl. nur *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 295ff.

¹²⁴⁴ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 64.

¹²⁴⁵ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 64.

¹²⁴⁶ KOM (2000) 580, Tz. 54; vgl. auch *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 191.

¹²⁴⁷ *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 191.

¹²⁴⁸ *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 185; davon zu unterscheiden ist die Auffassung, dass deshalb kein Gegensatz zwischen der Daseinsvorsorge und Wettbewerb besteht, weil der Markt der beste Allokationsmechanismus für die entsprechende Leistungen der Daseinsvorsorge sei, *Koenig*, in: EuZW 2001, S. 481. Zwar soll hier nicht bestritten werden, dass der Markt im Allgemeinen der beste Allokationsmechanismus auch im Bereich der Daseinsvorsorge ist, jedoch werden damit nicht die Probleme gelöst, die in unprofitablen Bereichen entstehen.

¹²⁴⁹ *Löwenberg*, Service public und öffentliche Dienstleistungen, S. 292.

In diesem Zusammenhang wird der Kommission die Motivation unterstellt, mit der fortschreitenden Integration eine „verschleierte Kompetenzausweitung“¹²⁵⁰ zu verfolgen. Kämmerer¹²⁵¹ möchte darauf hinweisen, dass die Kommission Art. 16 EG-Vertrag weniger als Beschränkung ihrer Kompetenzen, als zur Bekräftigung der Legitimität ihrer aktiv-regulatorischen Mitwirkung an der Sicherung von Daseinsvorsorge-Standards im Wege der Beteiligung am Erlass von Schutzbestimmungen verstehen zu wollen scheint. Börner¹²⁵² sieht des Weiteren in Art. 36 der Grundrechtecharta¹²⁵³ ein Indiz, dass dieser Artikel zusammen mit Bestrebungen der Kommission eine Aushöhlung der mitgliedstaatlichen Kompetenzen, ihren sozio-kulturellen Status selbst zu bestimmen, vorbereitet. Mestmäcker hält es für einen „bemerkenswerten Vorgang“, dass sich die Kommission zum Anwalt der Mitgliedstaaten macht, indem sie die Förderung primär mitgliedstaatlicher Tätigkeiten den programmatischen Grundsatzartikeln des EG-Vertrages zuordnet.¹²⁵⁴ Der Bundesrat verlangte sogar im Jahre 2000 eine Klarstellung, dass öffentliche Dienstleistungen zum Zwecke der Daseinsvorsorge nach dem Subsidiaritätsprinzip Aufgabe der mitgliedstaatlichen Untergliederungen seien.¹²⁵⁵

In Bezug auf die Einführung gewisser Mindeststandards geht der allgemeine Vorwurf einer „verschleierte[n] Kompetenzausweitung“ jedoch zu weit. Da vom Binnenmarktprojekt der Gemeinschaft auch der Wettbewerbsgedanke in die Bereiche getragen wird, die vormals als Domäne nationaler Wirtschafts- und Sozialpolitik angesehen wurden, muss auch die Gemeinschaft mit Mitteln des Gemeinschaftsrecht die entsprechenden Vorkehrungen im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen treffen können.

Zum einen können eine gemeinschaftsweit gleichwertige Wettbewerbsintensität und ein gemeinsames Mindestmaß an Gemeinwohlorientierung nur noch auf Gemeinschaftsebene sichergestellt werden.¹²⁵⁶ Zum anderen ist die der Gemeinschaft durch die Harmonisierungskompetenz in Art. 95 EG-Vertrag verliehene Normsetzungsbefugnis eine echte gestalterische regulative Gesetzgebung, welche funktional an die Stelle der Mitgliedsstaaten getreten ist, wobei die Gemeinschaft vormals staatliche Regelungsaufgaben wahrnimmt.¹²⁵⁷ Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, dass Belange, die von den Mitgliedsstaaten einseitig ins Feld geführt werden dürfen, nicht nur deshalb unter den Tisch fallen dürfen, weil die Gemeinschaft anstelle der Mitgliedsstaaten Recht setzend tätig wird. Die Kompetenz der Gemeinschaft besteht nicht nur darin, die bestehenden Beschränkungen ersatzlos abzuschaffen. Sie kann die Materie auch selbst anstelle der Mitgliedsstaaten regeln, um Wettbewerbsverzer-

¹²⁵⁰ Hänsch, Rede als damaliger Vorsitzender des Europäischen Parlaments vor dem Bundesrat am 31.03.1995, Stenographische Berichte, 682, Sitzung, S. 139.

¹²⁵¹ Kämmerer, in: NVwZ 2002, S. 1043.

¹²⁵² Börner, in: ZögU 2002, S. 198f.

¹²⁵³ Vgl. schon oben unter C.IV.

¹²⁵⁴ Mestmäcker, in: Ruland (Hrsg), S. 651.

¹²⁵⁵ BR-Drs. 61/00, Ziff. I 7 II.

¹²⁵⁶ Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 86;

¹²⁵⁷ Klees, Der Direktleitungsbau im deutschen und europäischen Energie- und Wettbewerbsrecht, S. 75; Möstl, in: EuR 2002, S. 352.

zung zu vermeiden und dabei zugleich diejenigen Beschränkungen vorsehen, die aus Gründen des Allgemeinwohls erforderlich sind.¹²⁵⁸ Insofern trifft der Vorwurf der Kompetenzausweitung auf den Fall der Grundversorgungspflicht in Art. 3 Abs. 3 Strom-Richtlinie jedenfalls nicht zu.

II. Zweifel an ausreichender Sicherstellung durch Private

Neben der Vergrößerung des Spannungsverhältnisses durch die Beschleunigungsrichtlinien und damit einhergehend die Notwendigkeit von mehr flankierenden Maßnahmen ist aber auch zu erwähnen, dass insgesamt ein gewisser Trend im Gemeinschaftsrecht vorliegt: Möglicherweise sind alte Zweifel¹²⁵⁹ geblieben und neue hinzugekommen, ob sämtliche Dienstleistungen, die bisher als öffentliche verstanden wurden, auch tatsächlich privaten Wirtschaftsakteuren überlassen werden können. Die zentrale Frage lautet, ob die Energiemärkte allein, selbst wenn sie bei Unterstellung eines wirklichen freien Wettbewerbs optimal funktionieren, auch optimale Ergebnisse im Bezug auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse hervorbringen.¹²⁶⁰

Verschiedene Beispiele auf den verschiedensten Wirtschaftsbereichen werden immer wieder vorgetragen, um die möglichen Defizite und Folgen zu illustrieren, die die Erbringung bestimmter Leistungen im Wettbewerb hätten.¹²⁶¹ Ob diese Bedenken im

¹²⁵⁸ Möstl, in: EuR 2002, S. 318; aA Storr in: DÖV 2002, S. 357.

¹²⁵⁹ Vgl. auch die vorsichtige Formulierung der Kommission im Grünbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, Tz. 5: „Zwar gestattet die bisherige Datenlage noch keine Einschätzung der langfristigen Auswirkungen, die durch die Öffnung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse für den Wettbewerb hervorgerufen wurden, doch liefern die vorliegenden Erkenntnisse keine Anhaltspunkte, die etwa die These stützen würden, dass die Liberalisierung sich auf die Gesamtleistung negativ ausgewirkt hätte.“

¹²⁶⁰ Vgl. Cox, in: ZögU 2002, S. 334; Im Dezember 2001 wurde die so genannte Erklärung von Laeken veröffentlicht, die auf entsprechende Befürchtungen eingeht. In dieser Erklärung werden die Herausforderungen der Gemeinschaft im Bereich der Daseinsvorsorge und Befürchtungen angesprochen, die die Bürger in Bezug auf die Liberalisierung der Märkte hegen, Europäischer Rat, Die Zukunft der Europäischen Union – Erklärung von Laeken, vom 15. Dezember 2001. Das Risiko dürfe nicht unbeachtet gelassen werden, welches auftritt, wenn man allein auf eine gedeihliche Marktentwicklung setzen und auf die korrigierende Regelungskraft des Wettbewerbsrecht vertrauen würde, Tettinger, in: RdE 2001, S. 44.

¹²⁶¹ So wird zumeist ohne konkrete Nachweise u.a. eine Verbindung gezogen zwischen der privat organisierten Flugsicherung in der Schweiz und der tragischen Katastrophe über dem Bodensee, wo Rationalisierungsmaßnahmen möglicherweise direkt zur Überforderung des zuständigen Fluglotsen geführt haben. Die Kalifornische Stromkrise sowie die Blackouts im Sommer 2003 seien zumindest teilweise auf Liberalisierungsschritte zurückzuführen, so wie z.B. die Probleme der englischen und amerikanischen Eisenbahn. Auch die Cholerafälle in Manila werden mit der dortigen Privatisierung der Wasserwirtschaft in Verbindung gebracht, vgl. die Darstellungen bei Brede, in: ZögU 2003, S. 180; Tettinger, in: RdE 2001, S. 44; Zivier, in: Recht und Politik 2004, S. 217; Ambrosius, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), 2002, S. 22. Auch die Kommission spricht diesen möglichen Zusammenhang an, vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 final, vom 13.03.2001, S. 23: Die Kommission weist darauf hin, dass bei einer korrekten Umsetzung dieser Schutzmaßnahmen durch die Mitgliedstaaten in der EU mit Sicherheit eine Situation vermieden werden wird, wie sie in Kalifornien entstanden ist und deren Merkmale eine unge-

Einzelfall zutreffen, ist eine Frage, die hier aus offensichtlichen Gründen nicht bearbeitet werden kann. Entscheidend ist vorliegend aber doch, dass auch möglicherweise unbegründete Befürchtungen faktisch Auswirkungen auf den Gesetzgebungsprozess haben können.

Letztlich ist auch ein allgemeiner Trend im Gemeinschaftsrecht zu beobachten, die Vorherrschaft des Ziels des unverfälschten Marktes einzuschränken. Als Beispiele sollen hier nur die neuen Vergaberichtlinien aus dem Jahr 2004¹²⁶², wonach die Bedingungen für die Auftragsausführung insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen können, und die erhebliche Veränderungen der Dienstleistungsrichtlinie¹²⁶³ im Gesetzgebungsverfahren aufgrund öffentlichen Protests im Winter 2005/2006 genannt werden.

III. Herausforderungen durch die Osterweiterung

Eine andere Erklärung für die Einschränkung der mitgliedstaatlichen Spielräume und der Gewährleistung gewisser Mindeststandards könnte in den neuen Herausforderungen liegen, die mit der Osterweiterung anstehen.¹²⁶⁴ Zwar kann hier nicht auf die Besonderheiten der Energiemärkte der mittel- und osteuropäischen neuen Mitgliedstaaten eingegangen werden. Allerdings geht es vorliegend auch mehr um ein allgemeines Unbehagen und Befürchtungen, die mit der Osterweiterungen und den möglichen Problemen der jeweiligen Stromwirtschaft einhergehen, als um die konkrete Situation. Schon kurz nach der Wende wurde offenbar, inwieweit die marode Infrastruktur in den neuen Bundesländern zu einem Hemmnis erster Ordnung für das Zusammenwachsen von Ost und West wurde.¹²⁶⁵ Das gleiche Problem plagt zum Teil die neuen europäischen Mitgliedstaaten.¹²⁶⁶ Die Gemeinschaft rückt in mehreren Einzelaspekten mit ihrem Reformpaket ab von dem offenen und von Alternativen geprägten Konzept der Strom- und Gasbinnenmarktrichtlinien der Jahre 1996 und 1998.¹²⁶⁷ Auf den Netzzugang bezogen stelle nach Auffassung einiger Autoren¹²⁶⁸ eine dirigistische Herangehensweise die bessere Wahl für die Behebung von Infrastrukturmängeln dar. Diese Einschätzung der Frage, warum in den neuen Richtlinien der

nügende Versorgung und (künstlich) in die Höhe getriebene Preise waren.

¹²⁶² Vgl. z.B. Art. 38 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, Amtsblatt der EG Nr. L 134 vom 30/04/2004 S. 1ff sowie Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, Amtsblatt der EG Nr. L 134 vom 30/04/2004 S. 114ff.

¹²⁶³ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Amtsblatt der EG L 376/36 vom 27.12.2006.

¹²⁶⁴ *Schroeder-Czaja*, Integration Mittelosteuropas in den Elektrizitätsbinnenmarkt, S. 232.

¹²⁶⁵ *Schöneich*, in: Deutscher Juristentag - Ständige Deputation (Hrsg.), Band II/1, S. O 52.

¹²⁶⁶ *Schöneich*, in: Deutscher Juristentag - Ständige Deputation (Hrsg.), Band II/1, S. O 52.

¹²⁶⁷ Vgl. auch *Breuer*, in: NVwZ 2004, S. 527; *Schalast*, in: ZNER 2004, S. 135.

¹²⁶⁸ Vgl. z.B. *Kühne*, in: Baur (Hrsg.) S. 75.

optionale Ansatz weitgehend aufgegeben wurde¹²⁶⁹, lässt sich von der Einführung des regulierten Netzzugangs auf die gemeinwirtschaftlichen Anforderungen übertragen.¹²⁷⁰ So formuliert die Kommission:¹²⁷¹ „Schließlich sollten die bestehenden Vorschriften über gemeinwirtschaftliche Ziele verbessert werden, um ihre effiziente und fortlaufende vergleichende Bewertung zu ermöglichen und sicherzustellen, dass alle Bürger das Recht auf Versorgung mit Elektrizität zu erschwinglichen und angemessenen Preisen (Grundversorgung) sowie bestimmte Grundrechte im Bereich des Verbraucherschutzes haben. Diese Verbesserungen und Straffungen der Bestimmungen der Richtlinien werden den Beitrittsländern bei der Verabschiedung von Reformen ihrer Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft ebenfalls zugute kommen.“

Auch im Bereich der Umweltfragen werden im Bezug auf die Osterweiterung ähnliche Befürchtungen geäußert. So könne der Verzicht auf eine gemeinsame Umweltkonzeption der Gemeinschaft für den Strombinnenmarkt angesichts des Beitritts von zehn mittel- und osteuropäischen Staaten zu möglichen Gefahren für den Energiebinnenmarkt führen.¹²⁷²

IV. Hin zu einem europäischen service public in Energiesektor

Dass Mindeststandards in Bereichen eingeführt werden, die traditionell der nationalen Wirtschafts- und Sozialpolitik zugerechnet werden, kann auch darauf zurückgeführt werden, dass sich die Gemeinschaft auf einem Weg zu einer neuen Integrationsstufe befindet. Allgemein, und nicht nur im Hinblick auf gemeinwirtschaftliche Leistungen kann man eine zunehmende sozialstaatliche Tönung von bestimmten Dienstleistungsmärkten feststellen.¹²⁷³ Insgesamt deutet sich eine Art integrationspolitischer Paradigmenwechsel über den reinen Ökonomismus¹²⁷⁴ hinaus - an mit der Folge, dass einige Autoren schon die „Morgenröte einer Europäischen Sozialstaatlichkeit“¹²⁷⁵ bzw. Europas „soziales Gewissen“¹²⁷⁶ ausmachen wollen. Dass die Ge-

¹²⁶⁹ Kühne, in: Baur (Hrsg.) S. 73.

¹²⁷⁰ „Mit Blick auf das Potenzial für einen verstärkten Elektrizitätshandel und die Notwendigkeit, an diesen Handel bestimmte Auflagen zu knüpfen, müssen klare rechtliche Regeln vereinbart und ihre Befolgung durchgesetzt werden. Der Erweiterungsprozess und die Absicht, die Marktöffnung zu beschleunigen, haben die Notwendigkeit solcher Rahmenbedingungen noch deutlicher zutage treten lassen.“ KOM (2001) 125 final, S. 30.

¹²⁷¹ KOM (2001) 125 final, S. 39.

¹²⁷² Schalast, in: ZNER 2004, S. 134, der darauf hinweist, dass es sich angeboten hätte, im Rahmen der Novellierung der Binnenmarktrichtlinien verbindliche Umweltstandards für die vergrößerte Union zu definieren

¹²⁷³ Kämmerer, in: NVwZ 2002, S. 1041.

¹²⁷⁴ Ambrosius, in: Cox (Hrsg.), S. 16.

¹²⁷⁵ Kämmerer, in: NVwZ 2004, S. 34.

¹²⁷⁶ Kämmerer, in: NVwZ 2002, S. 1041, vgl. auch Schuppert, in: Schwintowski (Hrsg.), S. 20; die darauf hinweisen, dass eine Mehrebenenverfassung wie die Europäische Gemeinschaft eben nicht nur eine Mehrebenenverfassung, sondern notwendig auch ein Mehrebenengemeinwohl habe, so dass das Gemeinwohl und öffentliche Interessen nicht mehr primär staatsbezogen oder nationalstaatsorientiert begriffen werden können. Die Gemeinwohlgedanke müsse von ihrer nationalstaatlichen Fixierung befreit werden und könne dann auch nur noch im europäischen Kontext gedacht werden.

meinschaft tatsächlich nicht mehr nur eine Wirtschaftsgemeinschaft ist, kann man an vielerlei Entwicklungen belegen.¹²⁷⁷ Da ist zum einen Art. 16 EG-Vertrag, dem zumindest eine positive Aussage über Sorge- und Schutzpflichten¹²⁷⁸ zukommt und damit ein Zeichen der Abkehr vom reinen europäischen Binnenmarkt darstellt. Wichtig ist auch der Zusammenhang zwischen Art. 16 und Unionsbürgerschaft in Art. 18 EG-Vertrag.¹²⁷⁹ In der Mitteilung der Kommission¹²⁸⁰ „Leistungen der Daseinsvorsorge“ aus dem Jahre 2000 heißt es dazu: „Die Tatsache, dass den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Art. 16 EG-Vertrag unter den gemeinsamen Werten der Union ein besonderer Stellenwert zukommt, muss auch zu der Erkenntnis führen, dass zwischen dem Zugang zu Leistungen der Daseinsvorsorge und der Unionsbürgerschaft ein Zusammenhang besteht.“ Und weiter „Die Auseinandersetzung der Gemeinschaft mit Leistungen der Daseinsvorsorge geht über die reine Vollendung des Binnenmarkts in Form der Bereitstellung eines Instrumentariums zur Sicherung von Qualitätsstandards, der Koordinierung der Regulierungsbehörden und der Bewertung der Maßnahmen hinaus“.¹²⁸¹ Zum Teil wird die Hoffnung gehegt, dass Regelungen zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse dazu dienen könnten, den sozialen, wirtschaftlichen und territorialen Zusammenhalt der Gemeinschaft zu fördern.¹²⁸² Sie können so zu den Aspekten des gesellschaftlichen Zusammenhalts einen wesentlichen Beitrag leisten.¹²⁸³ In territorialer Hinsicht gehe es darum, auch die in abgelegenen Regionen lebenden Bürger in das Gemeinwesen einzubinden, in sozialer Hinsicht, allen sozialen Schichten die Teilhabe am Gemeinwesen zu ermöglichen.¹²⁸⁴ Als ein Fernziel wird auch genannt, das Engagement der europäischen Bürger wieder zu finden.¹²⁸⁵ Auch die Kommission¹²⁸⁶ betont, dass möglicherweise ein gemeinsames Konzept für Leistungen der Daseinsvorsorge vonnöten ist, um die Bindung an die Union zu stärken.

¹²⁷⁷ Schließlich wird der Gemeinsame Markt auch durchaus als Zwischenschritt auf dem Weg zu einer darüber hinaus gehenden europäischen Integration verstanden; *Schwarze*, in: EuZW 2004, S. 135, demzufolge die Integration auf sozialen, kulturellem Level weitergehen muss, wenn die EU sich auch weiterhin einer „Daueraufgabe“ ausgesetzt sieht und die ökonomische Integration in den wesentlichen Punkten schon als verwirklicht angesehen werden kann.

¹²⁷⁸ *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 100.

¹²⁷⁹ Vgl. nur *Ross*, in: ELRev 2000, S. 23ff.

¹²⁸⁰ Mitteilung der Kommission vom 20.09.2000, KOM (2000) 580 final Tz. 64.

¹²⁸¹ Mitteilung der Kommission vom 20.09.2000, KOM (2000) 580 final, Tz. 65; Auch einige Entscheidungen des EuGH weisen Grundrechtsrelevanz ohne direkten Binnenmarktbezug auf, z.B. EuGH, Rs. C-60/00 – *Carpenter*, Slg. 2002, I-6279; *Ruffert*, in: EuR 2004, S. 105 sieht einen regelrechten Grundrechtsaktivismus.

¹²⁸² *Ambrosius*, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 27; *Palmer*, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 12. 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.“

¹²⁸³ *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 189.

¹²⁸⁴ *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 189.

¹²⁸⁵ Vgl. *Tettinger*, in: DVBl 1997, S. 342.

¹²⁸⁶ Mitteilung der Kommission vom 20.09.2000, KOM (2000) 580 final Tz. 64.

Insgesamt hat sich auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaft allgemein ein gewisser Umdenkungsprozess vollzogen.¹²⁸⁷ Die Leistungen in den Daseinsvorsorgebereichen werden nicht mehr allein unter Wettbewerbsgesichtspunkten betrachtet, sondern als wesentlicher Beitrag zur wirtschaftlichen, sozialen und gesellschaftlichen Integration in der Gemeinschaft.¹²⁸⁸ Eine konkrete Ausprägung hat dieser Umdenkungsprozesses in der Einführung des Art. 16 in den EG-Vertrag erfahren¹²⁸⁹, auch wenn eine wirksame rechtliche Qualität dieser Norm nicht nur bezweifelt werden kann, sondern als Kompromissformel kaum intendiert war. Insgesamt ist es aber nicht mehr möglich, die Gemeinwohlaspekte lediglich als dysfunktionale Ausnahme oder auch Sand im Getriebe zu bezeichnen.¹²⁹⁰

Auch im Energiesekundärrecht haben gemeinwirtschaftliche Aspekte den Sprung von den negativ formulierten Ausnahmevorschriften in Art. 3 Abs. 2 bzw. Art. 3 Abs. 3 der alten Binnenmarktrichtlinien in die positiv formulierte Grundsatznorm des Art. 3 Abs. 1 der Beschleunigungsrichtlinien geschafft. Gemeinwirtschaftliche Leistungen können nun schwerlich als Störfaktor im Energiebinnenmarkt angesehen werden. Auch die Kommission sieht, wie gesehen,¹²⁹¹ gemeinwirtschaftliche Ziele in der Perspektive der vollständigen Marktöffnung mehr und mehr als Teil des Binnenmarktes und legt deswegen auf europaweite Mindeststandards zunehmend Wert.¹²⁹² Es wird in diesem Zusammenhang etwas unspezifisch von der „Vergemeinschaftung des Konzepts der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“¹²⁹³ und der „Europäisierung der Daseinsvorsorge“¹²⁹⁴ gesprochen.

Dennoch ist das integrationspolitische und rechtliche Defizit dieser Entwicklungen, dass es sich um eine schleichende Integration ohne Parameter aus der Politik sowie ohne Transparenz, Kohärenz oder Rechtssicherheit für die Bürger handelt. Deshalb und aufgrund der Tatsache, dass die Gemeinschaft sich durch die Ablehnung des Verfassungsvertrags¹²⁹⁵ 2005 in einer Krise befindet, sind klare und verallgemeinerungsfähige Aussagen nur schwer zu treffen. Deswegen kann man auch noch nicht

¹²⁸⁷ *Borchardt*, in: Deutscher Juristentag - Ständige Deputation (Hrsg.), Band II/1, S. O 11; auch die Kommission erkennt dies an: „Die Auseinandersetzung der Gemeinschaft mit Leistungen der Daseinsvorsorge geht über die reine Vollendung des Binnenmarkts in Form der Bereitstellung eines Instrumentariums zur Sicherung von Qualitätsstandards, der Koordinierung der Regulierungsbehörden und der Bewertung der Maßnahmen hinaus“, Mitteilung der Kommission vom 20.09.2000, KOM (2000) 580 final Tz. 65.

¹²⁸⁸ *Borchardt*, in: Deutscher Juristentag - Ständige Deputation (Hrsg.), Band II/1, S. O 11.

¹²⁸⁹ *Borchardt*, in: Deutscher Juristentag - Ständige Deputation (Hrsg.), Band II/1, S. O 11.

¹²⁹⁰ *Schuppert*, in: Schwintowski (Hrsg.), S. 25.

¹²⁹¹ Vgl. oben, D.VI.1.

¹²⁹² *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 60.

¹²⁹³ *Borchardt*, in: Deutscher Juristentag - Ständige Deputation (Hrsg.), Band II/1, S. O 11.

¹²⁹⁴ *Knauff*, in: VR 2004, S. 300.

¹²⁹⁵ Zum Beispiel wurde dem Art. III-122 VerfV-E, 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. Für eine Kompetenz für Energiepolitik wurde des Weiteren der Art. III-157 VerfV-E eingefügt, vgl. ausführlicher oben, C.V.1.

davon ausgehen, dass es aufgrund dieser Entwicklungen angemessen ist, von einem allgemeinen europäischen service public im Energiesektor zu sprechen.¹²⁹⁶

Service public bedeutet staatliche oder unter staatlicher Aufsicht erfolgende Verwirklichung des Gemeinwohls.¹²⁹⁷ Es geht also um eine positive Verwirklichung oder Sicherstellung, nicht nur um die bloße Zulassung von eng definierten Möglichkeiten, wonach Ausnahmen von den Wettbewerbsvorschriften auf nationaler Ebene eingerichtet werden können.

Tatsächlich handelt es sich bei den Ausnahmemöglichkeiten, z.B. in Art. 2 und Art. 3 Abs. 8 der neuen Strom-Richtlinie, um Vorbehalte, die dem Integrationsgedanken diametral gegenüberstehen und lediglich mitgliedstaatliche Ausnahmen von den Vorgaben zum Abbau von Hemmnissen im europäischen Binnenmarkt ermöglichen. Während der reine Abbau von Hemmnissen teilweise als „negative Integration“¹²⁹⁸ bezeichnet wird, stellen die o.g. Ausnahmen dazu ein integrationspolitisches minus dar. Demgegenüber bedarf die so genannte „positive Integration“¹²⁹⁹ der Entwicklung eigener europäischer Konzepte bzw. Instrumente zur Sicherstellung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Rahmen der Flankierung der negativen Integration.

Zu trennen ist deshalb auch im Energiebereich insbesondere zwischen der lediglich optionalen Gewährung von nationalen Gestaltungsräumen und verbindlichen positiven Vorgaben in Bezug auf gemeinwirtschaftliche Leistungen, wie z.B. in Art. 3 Abs. 3 oder Art. 3 Abs. 5 und 7.

Bei den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen iSd Art. 3 Abs. 2 und Abs. 8 handelt es sich nur um ersteres: Ausnahmemöglichkeiten, die vom Gemeinschaftsrecht zugelassen werden, ohne dass das Gemeinschaftsrecht eine positive Leistungs- und Gewährleistungspflicht statuiert. Für diese werden zwar detaillierte Vorgaben in punkto klare Festlegung, Transparenz, Nichtdiskriminierung, Überprüfbarkeit etc. gemacht. Das stellt lediglich einen europarechtlichen Rahmen für nationale Regelungen¹³⁰⁰ mit Zielbegrenzung und Anforderungskatalog dar, jedoch keinen europäischen service public.

Anders sieht dies aus bei der Grundversorgung und einigen anderen verbindlichen Regelungen in der Strom- und Gas-Richtlinie. Tatsächlich kann man in der Regelung des Art. 3 Abs. 3 sowie Abs. 5 und 7 der Strom-Richtlinie die Prinzipien des französischen service public teilweise direkt wieder erkennen. Das Prinzip der Kontinuität ist zwar nicht explizit genannt. Dennoch ist die ununterbrochene Versorgung mit Strom so elementar, so dass diese einfach unterstellt werden darf.¹³⁰¹ Auch müssen

¹²⁹⁶ So wohl *Keller*, Service Public und Art. 86 Abs. 2 EGV, S. 30, der vom „europäischen service public Begriff“ spricht.

¹²⁹⁷ *Lecheler*, in: RdE 1996, S. 213; vgl. auch *Löwenberg*, Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, S. 98.

¹²⁹⁸ Wobei diese „negative Integration“ mit der verstärkten Berücksichtigung von wirtschaftlichen Aspekten einhergeht, vgl. *Becker*, Europäische Daseinsvorsorge, S. 22.

¹²⁹⁹ *Becker*, Europäische Daseinsvorsorge, S. 22.

¹³⁰⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Erwägungsgrund 26, wonach gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen unter Berücksichtigung der einzelstaatlichen Gegebenheiten aus nationaler Sicht ausgelegt werden können, wobei das Gemeinschaftsrecht einzuhalten ist.

¹³⁰¹ Zwar böte es sich auf den ersten Blick auch an, die „Versorgung mit Elektrizität einer bestimm-

die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass für schutzbedürftige Kunden Maßnahmen getroffen werden, um den Ausschluss von der Versorgung zu vermeiden, vgl. Art. 3 Abs. 5 Satz. 1. Da schutzbedürftige Kunden hier insbesondere als sozial schwächere Kunden zu verstehen sind,¹³⁰² und auch Erwägungsgrund 24 von Maßnahmen zur Begleichung von Stromrechnungen sowie Schutzmaßnahmen in den Sozialversicherungssystemen spricht, kann folgender Schluss gezogen werden: Wenn schon bei Kunden, die ihre Stromrechnungen nicht bezahlen können, ein Ausschluss von der Versorgung vermieden werden muss, muss eine kontinuierliche Versorgung mit Strom für die Kunden, die ihre Rechnungen bezahlen, erst recht zur Verfügung gestellt werden. Auch dem Prinzip der Gleichheit wird entsprochen, wenn es heißt, dass „alle Haushaltskunden“ über eine Grundversorgung verfügen müssen. Dass verschiedene Benutzerkategorien gebildet werden dürfen, z.B. für kleine Unternehmen, steht dem nicht entgegen. Das Prinzip der Neutralität kann in abgewandelter Form im europäischen Nichtdiskriminierungsverbot entdeckt werden. Das Prinzip der Adaption ist im Bereich der Energieversorgung sicherlich nicht so wichtig, da sich Strom als homogenes Produkt auch in der absehbaren Zukunft nicht weiterentwickeln wird.¹³⁰³ Zur Transparenz und Vereinfachung trägt insbesondere die Bestimmung in Art. 3 Abs. 3 Satz bei, wonach die Preise „leicht und eindeutig vergleichbar und transparent“ sein müssen. Dies wird noch ausgeführt durch die Vorgaben hinsichtlich transparenter Informationen in Anhang A c) und g), vielfältiger Zahlungsmodalitäten in Anhang A d), sowie vereinfachter Beschwerdemöglichkeiten in Anhang A f).

In Bezug auf die Grundversorgungspflicht in Verbindung mit den Schutzvorgaben in Art. 3 Abs. 5 kann man daher davon ausgehen, dass die neue Strom-Richtlinie einen begrenzten sektorenspezifischen service public darstellt.¹³⁰⁴ So wie der service public französischen Ursprungs soziale Kohäsion und Solidarität sichern soll, weisen die Beschleunigungsrichtlinien insbesondere der Art. 3 Abs. 3 sowie Art. 3 Abs. 7 der Strom-Richtlinie ebenfalls in diese Richtung. Ausdrücklich heißt es sogar, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zur „Erreichung der Ziele des sozialen und wirtschaftlichen Zusammenhalts“ erreichen müssen. Diese neuen, nicht-wettbewerborientierten Regelungen stellen wichtige Veränderungen dar, die wesentlich von der rein binnenmarktorientierten Herangehensweise der ersten Energiebinnenmarktrichtlinien abweichen.

ten Qualität“ im Sinne der Kontinuitätsprinzips verstehen, da bei der Stromversorgung mangels anderes Parameter die Qualität maßgeblich durch das Ausbleiben von Unterbrechungen definiert wird. Allerdings bezieht sich die Qualität hier grammatisch auf Elektrizität, so dass wohl eher der Spannungslevel gemeint sind; vgl. auch *Cox*, in: *Cox* (Hrsg.), S. 77.

¹³⁰² Vgl. KOM (2001) 125 final, S. 45f.

¹³⁰³ Siehe im Unterschied dazu Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2002/22/EG im Telekommunikationsbereich, vgl. auch oben, D.II.1.f)(4).

¹³⁰⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).