

DIE EUROPÄISCHE DIMENSION DES GEWÄHRLEISTUNGSSTAATES *

Von Claudio Franzius, Berlin

Der Gewährleistungsstaat ist ein Versöhnungsbegriff. Er sucht das unaufhaltsame Eindringen des Wettbewerbsgedankens in die Rechtsordnung mit dem unverzichtbaren Erhalt von Gemeinwohlsicherungen zu verbinden. Ausgegangen wird dabei von einer funktionalen Äquivalenz zwischen der eigenen Aufgabenerfüllung durch den Staat und der gewährleistenden Regulierung privater Aufgabenwahrnehmung¹. So erweist sich der Gewährleistungsstaat als ein hinreichend offenes *Leitbild*, das auf intuitive Zustimmung stößt, unter dessen Flagge aber inzwischen ganz unterschiedliche Positionen in den Staats- und Rechtsdiskurs eingespeist werden.² Das betrifft vor allem zwei Zangenbewegungen, welche den Staat *Max Webers* in Wandlungsprozesse drängen. Der scheinbar allgegenwärtige Privatisierungstrend und der nicht abnehmende Europäisierungsdruck legen unter der an Schärfe gewinnenden Beobachtung vielfältiger „Ebenenverschränkungen“ die Vermutung nahe, die Europäische Union habe eine Präferenz für die Mitgliedstaaten als Gewährleistungsstaaten. Vorliegend soll die Ordnungsidee des Gewährleistungsstaates (I.) in den konzeptionellen Unsicherheiten nochmals rekapituliert werden (II.), bevor die Gewährleistungsdimension der Europäischen Union für die Sicherstellung funktionierender Grundstrukturen öffentlicher Dienstleistungen (III.) am Beispiel ihrer Organisation und Finanzierung (IV.) skizziert wird. Als Folie dienen drei kürzlich erschienene Dissertationen, die sich dem gewährleistungsstaatlichen Umbau der Daseinsvorsorge widmen³.

I. Ordnungsidee

Der Gewährleistungsstaat ist *kein* Verteidigungsbegriff. Er wird nicht gegen den Wettbewerb in Stellung gebracht, sondern dient der Freisetzung von privaten Handlungsmöglichkeiten in gemeinwohlverträglicher Weise. Die Nähe zum aktivierenden Staat⁴ ist dabei ebenso unverkennbar wie seine Fundierung im Prinzip der *Freiheit*⁵. Allerdings ist das Maß

* Für gute Diskussionen danke ich *Stephan Wernicke*.

¹ Statt vieler *J.-P. Schneider*, DVBl. 2000, 1250 (1252).

² Vgl. *Schuppert*, Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit?, in: ders. (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S. 11 ff.

³ *M. Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004; *H. Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, 2004; *R. Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, 2004.

⁴ Als Leitbild für die amtierende Bundesregierung erneuert von *P. Steinbrück*, FAZ v. 12.1.2006, S. 6.

⁵ So auch *Hoffmann-Riem*, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Schuppert (Hrsg.), Gewährleistungsstaat (FN 2), S. 89 (92) unter Rückgriff auf *W. Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 149 ff.

der Verantwortung des Staates für die Realisierung freiheitlicher Entfaltungschancen einer Gesellschaft damit nicht sicher benannt. Der Gewährleistungsstaat changiert zwischen einer Beruhigungsvokabel für vielfach als beunruhigend empfundene Liberalisierungsprozesse und einer Reformmetapher, die gesellschaftliche Erwartungen an den Staat nicht nur dämpft, sondern auch entstehen lässt. Das wird in der Beschreibung des Gewährleistungsstaates deutlich, wonach es sich um einen an seiner Gemeinwohlverantwortung festhalten- den Staat handelt, der „die Instrumente zur eigenhändigen, also unmittelbaren Aufgabenerfüllung durch andere Formen der Aufgabenerfüllung ersetzt, aber den prinzipiell sozialgestalterischen Anspruch des wohlfahrtsorientierten Erfüllungsstaates in dem Sinne fortführt, dass er auf bestimmte positive gesellschaftliche Verhältnisse und Zustände zielt und sich weiterhin in einer Letztverantwortung“ für diese sieht⁶.

Von älteren Bewältigungsversuchen des „Gestaltwandels von Staat und Recht“ unterscheidet sich der Gewährleistungsstaat dadurch, dass die Entstehung von *Dreiecksverhältnissen* konstruktiv genutzt und eine Etatisierung privater Handlungsfelder zu vermeiden gesucht wird⁷. Die Dynamik der wechselseitigen Verschränkungen von Staat und Gesellschaft wird zum Anlass genommen, über Verantwortungstypologien eine Aufspaltung der zu verantworteten Handlungsbeiträge unter der weiterhin aufgegebenen, aber komplexer auszugestaltenden Gemeinwohlsicherung vorzunehmen. Mehr als nur „alten Wein in neue Schläuche gießend“ wird der Wechsel vom *providing* zum *enabling* in einer Reduzierung der staatlichen Leistungstiefe gesehen und als Wandel von der Erfüllungsverantwortung zur Gewährleistungsverantwortung⁸ des Staates ausgewiesen. Damit geht ein verstärktes Vertrauen in die selbstregulativen Kräfte der Gesellschaft und eine Veränderung der Modi der Aufgabenwahrnehmung⁹ einher. Man verspricht sich einen Zugewinn an gesellschaftlicher Kreativität, Innovationskraft und eine stärkere Leistungsorientierung, aber auch eine verbesserte Lernfähigkeit des Staates, der sich immer weniger in der Lage sieht, gleichsam fertige Antworten auf die Herausforderungen des europäisch überformten und territorial „durchlöchernten“ Wohlfahrtsstaates geben zu können.

So kann das Festhalten an einer staatlichen Verantwortung trotz der Vielfalt der Modalitäten, dieser nachzukommen, kaum darüber hinwegtäuschen, dass der vermehrten Einschaltung und Nutzbarmachung privater Handlungsrationalität ein beträchtlicher Verlust an detailscharfer *Steuerung* korrespondiert. Ist der Staat nicht zugleich der Leistungserbringer,

⁶ *Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998, S. 139; krit. *Vesting*, Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, S. 101 (113 ff.); *Trute/Denkhaus/Kühlers*, *Die Verwaltung* 37 (2004), S. 451 (466 f.).

⁷ Vgl. *Trute*, DVBl. 1996, 950 (957); *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (295 f.); differenzierend *Eifert*, *Regulierungsstrategien*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2006, § 19 Rdnr. 57.

⁸ Zum Begriff *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., 2004, 3. Kap. Rdnr. 114 ff.

⁹ Zum Versuch einer Klassifizierung *Schulze-Fielitz*, *Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *GVwR (FN 7)*, § 12 Rdnr. 51 ff., 64 ff., 91 ff. Danach verbleibt der „Gewährleistungsverwaltung“ nur ein vergleichsweise schmaler Bereich.

können die Gemeinwohlanforderungen nicht mehr „von innen“ formuliert werden, sondern müssen „von außen“ aufgegeben werden. Das geschieht durch Regulierung, wobei einer die gesellschaftliche Selbstregulierung lediglich überformenden Regulierung eine bessere Abstimmung auf die Adressaten zugesprochen und drohende Effektivitätseinbußen vermieden werden sollen. Hierdurch wird bereits mehr zum Ausdruck gebracht als im Kooperationsparadigma noch hinreichend beschrieben werden könnte. Andererseits scheint der Gewährleistungsstaat aber keine Rückkehr zum eingreifenden Staat einzuleiten, der sich auf die Ausübung hoheitlicher Funktionen zurückzieht. Erkennbar wird vielmehr ein neuer Koordinationsmodus, der im Wege einer rechtlichen Überdetermination privaten Handelns dieses auf die Realisierung von Gemeinwohlbelangen ausrichtet und darauf zugeschnittene *Governance-Strukturen* bereitstellt¹⁰. Das kann nicht in der gewohnten „Introvertiertheit“¹¹ geschehen, sondern muss die europäische Dimension des Gewährleistungsstaates einbeziehen.

II. Konzeptionelle Unsicherheiten

Allerdings wird das Verständnis der europäisch bewirkten Wandlungsprozesse durch – um im Bild zu bleiben – Grautöne des Gewährleistungsstaates erschwert. Diese wurzeln – ohne mit *Herfried Münkler* bereits von einer Begriffsverwahrlosung zu sprechen – in den unterschiedlichen disziplinären Strängen des Zugriffs¹² und betreffen drei Ebenen.

1. Zunächst bleibt unsicher, was unter *Gewährleistung* zu verstehen ist. Ist der Gewährleistungsstaat ein Staat, der zur arbeitsteiligen Verwirklichung des Gemeinwohls seine Erfüllungsverantwortung auf Gewährleistungsverantwortung umstellt, so geht es weniger um die Beschreibung gegebenenfalls privatisierungsfester Staatsaufgaben als vielmehr um eine spezifische Verantwortung des Staates, der sich die handelnden Organe durch Privatisierung und Deregulierung nicht entledigen können, sondern typischerweise durch Regulierung nachkommen. Insoweit ist der Rückzug auf den *weichen* Verantwortungsbegriff bemerkenswert, wird ihm doch eine „balancierende Unschärfe“¹³ und eine „normativ eingefärbte Verwendung“¹⁴ vorgehalten, die zur Vernebelung der juristischen Fragen beitrage und

¹⁰ Vgl. *Schuppert*, Koordination durch Struktursteuerung als Funktionsmodus des Gewährleistungsstaates, FS König, 2004, S. 287 ff. Die Nähe zwischen der Gewährleistungsidee und den neuen Formen des Regierens betont *Hoffmann-Riem*, Governance im Gewährleistungsstaat, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance-Forschung, 2005, S. 195 (197). Das lenkt die Aufmerksamkeit auf die strukturelle Ebene der Gewährleistung und die Verarbeitung in Regelungsstrukturen, dazu *Franzius*, *VerwArch.* 97 (2006), Heft 2.

¹¹ Die angemahnte Extrovertiertheit des Öffentlichen Rechts – vgl. *Wahl*, *Der Staat* 38 (1999), S. 495 ff. – ist für die Idee des Gewährleistungsstaates bisher nur unzureichend vollzogen worden, s. aber *P. Steinberg*, Daseinsvorsorge im europäischen Mehrebenensystem als geteilte Gewährleistungsverantwortung, in: *Bungenberg u.a.* (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, S. 189 ff. im Anschluss an *Schuppert*, Die Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa: Zwischen Gemeinwohlbindung und Wettbewerb, in: *Schwintowski* (Hrsg.), *Die Zukunft der kommunalen EVU im liberalisierten Energiemarkt*, 2002, S. 11 ff.

¹² *Ruge* (FN 3), S. 133 ff., 250 ff.; unverkennbar sind die verwaltungswissenschaftlichen Wurzeln, vgl. *Lackner* (FN 3), S. 31 ff. Die Wahl des gewährleistungsstaatlichen Modells bleibt – worauf *Knauff* (FN 3), S. 78, 92, 257, 271, 545 zutreffend hinweist – eine in erster Linie politisch zu verantwortende Entscheidung.

¹³ *Ruge* (FN 3), S. 181 unter Rückgriff auf *H. C. Röhl*, *Die Verwaltung*, Beiheft 2 (1999), S. 33 ff.; zur Kritik *O. Lepsius*, *Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht*, 2002, S. 401 ff.

¹⁴ *Knauff* (FN 3), S. 266.

Grenzverwischungen zur Folge hätte.¹⁵ In der Tat lässt sich dem Konzept des Gewährleistungsstaates vorwerfen, zwischen Normativität und Faktizität zu pendeln und „Hohlräume“¹⁶ entstehen zu lassen, in denen unklar bleibt, inwieweit die Übernahme von Gewährleistungsverantwortung eine *Grenze* von Erfüllungsverantwortung darstellt.

Allerdings kann man den Spieß auch herumdrehen und den spezifischen Gehalt der Gewährleistungsverantwortung in der Reaktion auf den Verlust der Möglichkeit sehen, noch hinreichend trennscharfe „Sphären“ abstecken zu können, aber die jeweiligen Handlungsbeiträge doch zuordnen und abschichten zu müssen. Zur Irritation mag beitragen, dass hierfür kontroverse „Drehbücher“ der Stufung oder Teilung von Verantwortung angeboten werden¹⁷. Legt man ein weites Verständnis von Gewährleistung zugrunde und sieht darin einen *Oberbegriff* zur Erfüllung, so erschöpft sich die Gewährleistungsverantwortung in der Ermöglichung von Wettbewerb, schließt die Steuerung durch die Übernahme von Erfüllungsverantwortung aber nicht aus. In dieser Offenheit besteht dann der Unterschied zur traditionellen Daseinsvorsorge als einer immerhin zu gewährleistenden Aufgabe. Ob damit viel gewonnen ist, dürfte fraglich sein. Aber man bewegt sich in geordneten Bahnen einer staatlichen Steuerungsverantwortung, die mehr oder weniger „intelligent“ auf die Ermöglichung von gemeinwohlverträglichen Wettbewerb ausgerichtet wird.

Daneben wird auch für ein engeres Verständnis plädiert, das weniger einem Stufenmodell folgt ohne den Ausweg sogleich in einem strikten Trennungmodell zu sehen¹⁸. Ausgehend von der Idee geteilter Verantwortung wird Gewährleistung als *Gegenbegriff* zur Erfüllung verstanden. Wo dem Staat eine Gewährleistungsverantwortung zugewiesen sei, schließe dies die Übernahme von Erfüllungsverantwortung aus¹⁹. Hier kommt es zum Schwur, ob man dem Konzept eine analytische oder auch eine normative Bedeutung zumisst. Verbleibt dem Staat eine „latente“ Erfüllungsverantwortung, kann vieles von dem, was in der Idee des Gewährleistungsstaates angelegt ist, ebenso anschlussfähig sein wie zugleich konterkariert werden. Zumindest dürfte gesetzlich festzulegen sein, unter welchen Voraussetzungen privater Schlechterfüllung der Staat einspringen muss²⁰. Ob das immer eine realistische Option ist, mag bezweifelt werden²¹. Das gilt aber auch für die Sorge, schon die potentielle Wahrnehmung einer staatlichen Auffangverantwortung lähme die Privatinitiative und schnüre diese über Gebühr ein.

¹⁵ Vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 433 ff.; *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), S. 226 („juristisches Niemandsland“); für einen Verzicht auch *Röhl*, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), S. 33 (37 ff.).

¹⁶ So *K. Adam*, Lang lebe der Gewährleistungsstaat!, Die Welt v. 5.5.2004.

¹⁷ Vgl. *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 400 ff. (m.w.N.).

¹⁸ Darauf reduziert das Konzept aber *Weiß* (FN 5), S. 339 ff.; *ders.*, DVBl. 2002, 1167 (1178 f.).

¹⁹ So *Ruge* (FN 3), S. 180.

²⁰ Vgl. *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 311 („Ergebnissicherung“).

²¹ Gegen eine Rückholoption, wie sie von *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 326 als Baustein des Gewährleistungsverwaltungsrechts hervorgehoben wird, etwa *Knauff* (FN 3), S. 281.

2. Man wird schärfer fragen müssen, ob mit dem *Staat* überhaupt der richtige Anknüpfungspunkt für die Gewährleistungsidee gefunden ist²². Das zeigt sich bereits dort, wo der Gewährleistungsstaat die Spannung zwischen der Ermöglichung des Wettbewerbs und der Sicherung des Gemeinwohls abzubauen sucht. Es steht zu vermuten, dass es sich dabei um kein schlichtes Übergangsphänomen²³ handelt, das in der alteuropäischen Vorstellung eines Zusammenfindens von Recht und Politik in der juristischen Person des Staates aufgelöst werden könnte. Es fällt zunehmend schwerer, das Recht als Mittel der Gemeinwohlsicherung „vom Staat aus“ zu denken²⁴. Nimmt man die Vergesellschaftung des Rechts ernst, so wird es aus seiner nationalstaatlichen Umklammerung gelöst und auf die Pluralisierung der Rechtssetzungsebenen stärker ausgerichtet werden müssen²⁵. Der Staat mag als „rechtskontextliefernde Instanz“²⁶ ausgewiesen werden, kann aber nicht zur Fremdstabilisierung einer imaginären Einheit dienen, die mit der Entscheidung zur Mitgliedschaft in der Europäischen Union verloren gegangen ist. Immerhin bringt der Hinweis auf eine Verantwortungsteilung *nach innen und außen* die notwendige Bewegung in das System, indem nach der Wirksamkeit von Zurechnungszusammenhängen gefragt, die Bedeutung öffentlicher Vorleistungen für das Funktionieren von Märkten hervorgehoben²⁷ und die Prozeduralisierung des Gemeinwohls²⁸ festgestellt wird. Das erlaubt kritische Fragen an eine Monopolisierung der Rechtssetzungsverantwortung²⁹ und die Leistungskraft des ausfransenden Vollzugsmodells, dient aber auch zur Freilegung der Potentiale, die der Gesetzgeber in der Ausgestaltung der verantwortungsteilenden Regelungsstrukturen ausschöpfen kann³⁰. Es mehren sich indes Zweifel, ob mit der Vorstellung einer zentralen Instanz die richtige Projektionsfläche für *Steuerung* vorliegt³¹.

Diese Zweifel erhalten in Beschreibungen der supranationalen Überformungen des Staates zusätzliches Gewicht. Die Europäische Union setzt auf handlungsfähige Staaten, die als Träger und Adressaten europäischen Rechts jedoch Selbstbindungen eingegangen sind

²² Zweifelnd auch *Knauff* (FN 3), S. 264 f.

²³ Skeptisch aber *Wahl*, VVDStRL 62 (2003), S. 338 f.; wie hier *Schmidt-Preuß*, ebd., S. 344 f.

²⁴ Vgl. *Franzius*, *Der Staat* 42 (2003), S. 506; *Trute/Denkhaus/Kühlers*, *Die Verwaltung* 37 (2004), S. 465 f.

²⁵ Vgl. *Vesting*, VVDStRL 63 (2004), S. 41 (47 ff.).

²⁶ *C. Möllers*, *Globalisierte Jurisprudenz*, in: *Anderheiden/Huster/Kirste* (Hrsg.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts*, ARSP-Beiheft 79 (2001), S. 41 (51 f.).

²⁷ Vgl. *Vesting* (FN 6), S. 116; *J.-P. Schneider*, *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation*, 1999; s. auch *Franzius*, *Die Verwaltung* 34 (2001), S. 487 ff.

²⁸ Statt vieler *Offe*, *Wessen Wohl ist das Gemeinwohl?*, FS Habermas, 2001, S. 459 ff.

²⁹ Vgl. *G. Müller*, *Rechtssetzung im Gewährleistungsstaat*, FS Maurer, 2001, S. 227 (234 ff.).

³⁰ *Vofskuhle*, *Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor*, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat*, 1999, S. 47 (68 ff.).

³¹ Näher *Trute/Denkhaus/Kühlers*, *Die Verwaltung* 37 (2004), S. 459 ff. und *Franzius*, *VerwArch.* 97 (2006), Heft 2 im Anschluss an *Mayntz*, *Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?*, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Governance-Forschung*, 2005, S. 11 ff.

und die Annahme einer Letztverantwortung des Staates ebenso angreifbar machen³² wie die Suche nach einer Letztentscheidungsinstanz in einem auf die Komplementarität der Rechtsordnungen und wechselseitige Rücksichtnahme³³ angelegten Verfassungsverbund³⁴. Dieser enthält nicht bloß grundfreiheitliche Gebote der Marktöffnung und macht deutlich, dass der Staat als Zentralkategorie von Politik und Recht an Überzeugungskraft eingebüßt hat³⁵. So wenig der Staat als alleiniger Urheber von Recht gelten kann, so angreifbar werden Versuche, das europäische Recht allein auf den im Zustimmungsgesetz zum Ausdruck kommenden Willen des im Staat vereinigten Staatsvolkes zurückzuführen. Für unseren Zusammenhang ist das von entscheidender Bedeutung, denn es bedeutet nicht nur, dass sich das in Gemeinwesen gewöhnlich vorausgesetzte Grundvertrauen primär auf das Recht und seine Leistungen³⁶ beziehen muss, sondern auch, dass es sich bei der Gewährleistungsfunktion um *keine exklusive Staatsfunktion* handelt.

3. Damit verschiebt sich die Frage nach staatlichen Gewährleistungsgehalten zu den Selbstbeschreibungen des *Rechts*. Soweit dies auf der Verfassungsebene geschieht, wird das Politische dadurch keineswegs verdrängt. Es findet in der Verfassung einen maßstäblichen Ort der Ermöglichung und Begrenzung. Die Betonung einer normativen Verortung des Gewährleistungsparadigmas ist dann weniger einer positivistischen Selbstüberschätzung des Rechts als vielmehr dem Umstand geschuldet, die in der Sache mannigfaltigen Verantwortungsteilungen mit Blick auf die private Leistungserbringung unter öffentlichen Akteuren vorzunehmen, deren Handeln nicht mehr in einem territorial und disziplinar geschlossenen Rechtsmodell³⁷ gedacht werden kann. Der Verfassungsbegriff ist zur Bewältigung supranationaler Verpflichtungen geöffnet worden, um den Anspruch der Verfassung, Verlässlichkeit und Gestaltungskraft des Politischen zu verbinden, neu einzulösen. Das ist nicht im Sinne „der in einem Lande bestehenden tatsächlichen Machtverhältnisse“³⁸ zu verstehen, weist aber auf die sich wandelnden Bedingungen der Realisierung verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen hin, die sich unter dem auf *praktische Wirksamkeit* zielenden Unionsrecht ergeben.

Lassen sich keine festen Grenzen für Aufgaben ziehen, die der Staat mit eigenen Bordmitteln zu erfüllen hat, erhöht sich die maßstabbildende Wirkung des europäischen Rechts, von dem man sich in wirtschaftsverfassungsrechtlicher Hinsicht unter dem Ziel der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 4 Abs. 1 EG) schärfere Vorgaben für die Un-

³² Vgl. *Everling*, Die Europäische Union im Spannungsfeld von gemeinschaftlicher und nationaler Politik und Rechtsordnung, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 847 (876).

³³ Art. 10 EG, dazu *Hatje*, Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, 2001; v. *Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsrecht (FN 32), S. 149 (200 ff.).

³⁴ Grundlegend *Pernice*, VVDStRL 60 (2001), S. 148 (163 ff.); *F. C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000; gegen die Annahme einseitiger Letztentscheidungsbefugnisse auch *H. Hofmann*, Der Staat 44 (2005), S. 171 (185).

³⁵ Statt vieler *Wahl*, JZ 2005, 916 ff.

³⁶ Krit. *Haltern*, Europarecht und das Politische, 2005, S. 2 u. passim.

³⁷ Vgl. *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Die Verwaltung 37 (2004), S. 471 f.

³⁸ *H. Heller*, Staatslehre, 1934, S. 249 im Anschluss an *Lassalle*, Über Verfassungswesen, 1862.

terscheidung von „öffentlich“ und „privat“ erhofft. Allerdings verläuft die Trennungslinie weder entlang einer bestimmten mitgliedstaatlichen Tradition noch sind die öffentlichen Belange in Staaten konserviert. Dem Unionsrecht kann trotz mancher Unsicherheiten kein Privatisierungszwang³⁹ entnommen werden. Wohl aber kommt in den unionsrechtlichen Zielbestimmungen (Art. 2 EU) eine *Hochzonung staatlicher Gemeinwohlbelange*⁴⁰ zum Ausdruck, die einen Primat des Wettbewerbsziels zugunsten der Abwägung mit anderen Zielen zurücktreten lassen⁴¹. Mitgliedstaatliche Verfassungsbelange können immer weniger in einer scharfen Kontrastierung zur Union beschrieben und allein über die vertikale Kompetenzverteilung geschützt werden. Sie finden vielmehr auf der Unionsebene vermehrt Berücksichtigung und langfristig in der horizontalen Abschichtung der Verantwortungsteilung innerhalb des europäischen Institutionengefüges einen wirkungsvolleren Schutz erfahren⁴². Allerdings befreit die unionsverfassungsrechtliche Anerkennung mitgliedstaatlicher Definitionsmacht nicht von der Einhaltung der Wettbewerbsvorschriften⁴³. In der leitbildadäquaten Ausgestaltung dieses Spannungsverhältnisses liegt die zentrale Herausforderung des europäischen Gewährleistungsstaates.

III. Gewährleistung funktionierender Grundstrukturen öffentlicher Dienstleistungen

1. Die Europäische Union lässt sich als *Gewährleistungsgemeinschaft* charakterisieren⁴⁴. Sie übernimmt als Rechtsgemeinschaft eine ergebnissichernde Verantwortung für das Gemeinwohl, gibt aber regelmäßig keine detaillierten Wege für dessen Realisierung vor. Allerdings greift die Union als supranationales Gemeinwesen *hinter* die Mitgliedstaaten zurück, indem der Bürger mit seinen Rechten in den Mittelpunkt der Konstruktion gerückt wird⁴⁵. Das Herzstück europäischen Rechts sind die unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten, über deren Inanspruchnahme der Binnenmarkt (Art. 14 EG) errichtet und als Dauerauf-

³⁹ Vgl. *Nettesheim*, Mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbskonformität und Gemeinwohlverantwortung, in: Hrbek/ders. (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002, S. 39 (52). Dennoch wird ein „Privatisierungsdruck“ ausgemacht, statt vieler *Andresen*, Die Pflichten der EU-Mitgliedstaaten zum Abbau versorgungspolitisch motivierter Marktinterventionen, 2005, S. 137 ff.

⁴⁰ Vgl. *C. Calliess*, Kollektive Ziele und Prinzipien im Verfassungsrecht der EU, in: Hiebaum/Koller (Hrsg.), Politische Ziele und juristische Argumentation, ARSP-Beiheft 92 (2003), S. 85 (104 ff.).

⁴¹ So auch *v. Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Stand Januar 2000), Art. 2 Rdnr. 64 (m.w.N.).

⁴² Zum Gedanken „ebenenstranszendenter Rechtsmachtgrenzen“ und deren Horizontalisierung auf europäischer Ebene *F. C. Mayer*, ZaöRV 61 (2001), S. 577 (584, 590 f.) unter Hinweis auf Art. 6 Abs. 3 EU. Das mag die höchstrichterliche Akzeptanz europarechtlicher Rigiditäten erleichtern, wie die Entscheidungen des *Conseil Constitutionnel* v. 19.11.2004 zur Vereinbarkeit des Verfassungsvertrags mit der französischen Verfassung, EuR 2004, 911 ff. oder des spanischen *Tribunal Constitucion* v. 13.12.2004, EuR 2005, 339 ff. zeigen.

⁴³ Zur Bindung der Mitgliedstaaten an das europäische Wettbewerbsrecht *J. Schwarze*, EuZW 2000, 613 ff.; zum Verhältnis zu den Grundfreiheiten *Baquero Cruz*, Between Competition and Free Movement – The Economic Constitutional Law of the European Community, 2002, S. 85 ff.

⁴⁴ So – im Anschluss an *Hoffmann-Riem*, DVBl. 1999, 125 ff. – *Lackner* (FN 3), S. 10, 45, 87.

⁴⁵ Der Wegfall „staatlicher“ Mediatisierungen ist keine Besonderheit europäischen Rechts, sondern zählt zu den zentralen Merkmalen des „neuen“ Völkerrechts: statt vieler *O. Dörr*, JZ 2005, 905 ff.

gabe abgesichert wird⁴⁶. Die Sogwirkungen einer regulativen Flankierung der Freiheiten⁴⁷ lassen es freilich nicht mehr zu, die Union als „Deregulierungsprojekt“⁴⁸ zu beschreiben. Zwar unterscheiden die *Grundfreiheiten* anders als das Wettbewerbsrecht nicht zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten. Sie können in der funktionalen, auf den Telos des Binnenmarkts bezogenen Perspektive eine Privatwirkung⁴⁹ entfalten, worüber die Mitgliedstaaten gehindert werden, ihre Rechtsbindungen durch eine „Flucht in die Privatisierung“ abzustreifen. Hinzutritt der Zugriff des Gerichtshofs auf die *Unionsbürgerschaft* mit der Konstitutionalisierung des Aufenthaltsrechts (Art. 18 Abs. 1 EG), worüber der Gleichheitsstatus des Unionsbürgers in den nationalen Rechtsordnungen (Art. 12 Satz 1 EG) begründet wird⁵⁰.

Wo aber mit der Organisation der Leistungen, die in Deutschland traditionell unter den Begriff der Daseinsvorsorge rubriziert werden, der Reformimpetus der Gewährleistungsidee angesprochen ist, bleibt der gestalterisch-politische Zugriff der Union *begrenzt*. Schon Art. 16 EG – wie kaum eine andere Norm konkrete Ausprägung des Verfassungsverbundes⁵¹ – erkennt die Bedeutung der „Dienste von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ ausdrücklich an, weist zur Ausgestaltung der Regelungsstrukturen aber der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten eine *geteilte Verantwortung* zu. Dies unterstreicht auch die Kommission im Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, wonach es Sache der zuständigen nationalen, regionalen und lokalen Behörden sei, die Leistungen zu definieren, zu organisieren, zu finanzieren und zu kontrollieren⁵². Mangels einer Harmonisierung auf Unionsebene stehe es den öffentlichen Stellen „in der Regel“ frei, darüber zu befinden, ob die Leistung von ihnen selber oder von einem Dritten erbracht werden soll. Als Unternehmen unterliegen die Leistungserbringer jedoch den europäischen Wettbewerbsbestimmungen der Art. 81 ff. EG⁵³.

⁴⁶ Vgl. Hatje (Hrsg.), Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe, EuR Beiheft 1 (2002); zum Topos des „unvollkommenen Binnenmarktes“ P. Steinberg, Vergaberechtliche Steuerung als Verbundaufgabe, 2005, S. 26 ff.

⁴⁷ Zu den sozialen Dimensionen des Binnenmarkts Ziegler, EuR Beiheft 3 (2004), S. 13 (17 ff.).

⁴⁸ So aber Ruge (FN 3), S. 78, 93, 132.

⁴⁹ So der gegenüber der „Drittwirkungsterminologie“ bessere Begriff: Wernicke, Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 225 ff. mit überzeugender Begründung für EuGH Rs. C-281/98 *Angonese*, Slg. 2000, I-4139.

⁵⁰ Vgl. Pernice, Der verfassungsrechtliche Status der Unionsbürger im Vorfeld des Vertrags über eine Verfassung für Europa, FS Rodriguez-Iglesias, 2003, S. 177 (187 f.); zur Verkoppelung mit den Unionsgrundrechten v. Bogdandy/Bitter, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, FS Zuleeg, 2005, S. 309 (320 ff.); vorsichtiger Schönberger, Unionsbürger, 2006, S. 426 ff.; krit. zum symbolisch-integrativen Gehalt *Haltern* (FN 36), S. 423 ff. jeweils mit Nachweisen zur dynamischen Rechtsprechung.

⁵¹ Vgl. Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Stand: April 2003), Art. 16 Rdnr. 10; zur Entstehung und Bedeutung von Art. 16 EG Löwenberg, Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 2001.

⁵² Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 v. 12.5.2004, Rdnr. 2.3.

⁵³ Übersichtlich zur Rechtsprechung Slot, CMLR 41 (2004), S. 443 ff.; rechtsvergleichend Prosser, The Limits of Competition Law: Markets and Public Services, 2005.

Fraglich ist, wie *tief* hierdurch auf die zunächst aufgestellte Regel eingewirkt werden darf. Dass sich das Europarecht nicht für die Definition und Organisation der Gemeinwohlbelange interessiere, bleibt ein schwacher Trost, wenn über den funktionalen Unternehmensbegriff des Wettbewerbsrechts⁵⁴ die politischen Entscheidungen der Mitgliedstaaten bei der Erbringung von gemeinwohlorientierten Dienstleistungen durchkreuzt werden. Art. 16 EG erfasst zwar lediglich Dienste von allgemeinem *wirtschaftlichem* Interesse, doch erweist sich eine trennscharfe Abgrenzung zu den nicht-wirtschaftlichen Interessen angesichts der Marktdynamik in den „staatsnahen Sektoren“ als kaum leistbar⁵⁵. Immerhin erlaubt Art. 86 Abs. 2 EG den Unternehmen und Mitgliedstaaten, sich auf wirtschaftliche Gründe zur Abweichung von den Regeln des Vertrags⁵⁶ zu berufen⁵⁷. Das kann aber nicht verdecken, dass sich die europäische Regelungsphilosophie von den Ausgestaltungsfreiheiten der Leistungserbringung in den Mitgliedstaaten signifikant unterscheidet. Betrachtet wird nicht der Leistungsträger im Sinne eines ganzheitlichen Angebots, sondern die davon abgespaltete Dienstleistung, wobei das europäische Recht nicht auf die Erbringungsform, sondern die Ergebnissicherung abstellt⁵⁸. Insoweit mag am tradierten Begriff der Daseinsvorsorge festgehalten werden können. Auf der Unionsebene sollte indes ein neutraler und nicht an nationalen Vorverständnissen orientierter Begriff gewählt werden. Es bietet sich an, von einem umfassenden Begriff *öffentlicher Dienstleistungen* auszugehen.

2. Die in Art. 16 EG angelegte Idee der Gewährleistungsgemeinschaft findet im *Rechtssprechungswandel* zu Art. 86 Abs. 2 EG ihren Niederschlag. Dabei geht um die Abspannung des hier in der Form eines Kompromisses geregelten Verhältnisses von Marktprinzip und politischer Gestaltung, wobei die bisweilen angenommene Unversöhnlichkeit von Wettbewerb und Gemeinwohl überwunden, nicht aber als aufgehoben gelten kann⁵⁹. Das erklärt Bewegungen im Kontext, etwa im Bemühen um eine schärfere Akzentuierung öffentlicher Dienstleistungen im Verfassungsvertrag. So wird die Funktionsgarantie des Art. 16 EG, der keine Leistungspflichten, sondern ein *Behinderungsverbot* statuiert, durch das in

⁵⁴ Vgl. EuGH Rs. C-41/90 *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979 Rdnr. 21 f.

⁵⁵ Vgl. GH-*Pernice/Wernicke*, Art. 16 Rdnr. 3 und Art. 86 Rdnr. 15; zu den Abgrenzungsbemühungen C. *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, 2004, S. 107 ff.

⁵⁶ So ist Art. 86 Abs. 2 EG vom EuGH auch als zusätzlicher Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in Grundfreiheiten „entdeckt“ worden, vgl. EuGH Rs. C-157/94 *Strommonopole*, Slg. 1997, I-5768 Rdnr. 32. Man kann mit *Baquero Cruz*, Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law, in: de Búrca (Hrsg.), EU Law and the Welfare State, 2005, S. 169 (171) sagen, dass Art. 86 Abs. 2 EG „offer an opportunity to enrich Community Constitutional Law with non market values, without necessarily abandoning the values of the market“.

⁵⁷ Grundlegend EuGH Rs. 320/91 *Corbeau*, Slg. 1993, I-2533.

⁵⁸ Art. 16 EG schützt die Dienste „unbeschadet“ der Wettbewerbsvorschriften, ist damit rechtlich aber nicht bedeutungslos, sondern wird in einen wechselseitigen Zusammenhang mit Art. 86 Abs. 2 EG gestellt. Einerseits schafft Art. 16 EG keine neue Kategorie von Diensten, greift vielmehr die leistungsorientierte Perspektive des Art. 86 Abs. 2 EG auf und kann *nicht* im Sinne eines Bestandsschutzes traditioneller staatlicher Organisationsformen verstanden werden. Andererseits wirkt Art. 16 EG auf die Auslegung des Art. 86 Abs. 2 EG ein und verschiebt den Ausgestaltungsrahmen zu einer Legalausnahme für mitgliedstaatlich definierte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, da sich das Gemeinschaftsinteresse nicht länger auf den wettbewerbsrechtlichen Schutz des Binnenmarkts beschränkt und *auch* durch die Mitgliedstaaten realisiert wird.

⁵⁹ Vgl. *Prosser*, EPL 11 (2005), S. 543 ff.

Art. 36 Grundrechte-Charta normierte und von Art. II-96 VVE übernommene „Recht auf Achtung und Anerkennung des Zugangs zu öffentlichen Dienstleistungen durch die Unionsorgane“ subjektiviert. Daraus lässt sich weder ein originäres Leistungsrecht noch ein derivatives Teilhaberecht entnehmen, wohl aber in Anlehnung an die völkerrechtliche Verpflichtung, die Menschenrechte zu achten und zu schützen, eine Pflicht der Union ableiten, den Zugang des Unionsbürgers als Nutzer der Leistungen nicht zu beeinträchtigen und Dritte an einer solchen Beeinträchtigung im Rahmen der ihr zustehenden Kompetenzen zu hindern⁶⁰.

Über Kompetenzen zur umfassenden Regelung öffentlicher Dienstleistungen verfügt die Union⁶¹ nicht, was auch eine Aufwertung des in Art. 16 EG enthaltenden Strukturprinzips mit dem in Art. III-122 Satz 2 VVE vorgesehenen *Rechtssetzungsauftrag* nicht ändern würde⁶². Vielmehr bleibt die Hauptverantwortung bei den Mitgliedstaaten, deren Rolle mit der Anerkennung der kommunalen Selbstverwaltung im unionsverfassungsrechtlichen Schutz der nationalen Identitäten durch Art. I-5 VVE eher noch gestärkt wird, womit der in Deutschland ausgeprägten Verantwortung der Kommunen bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen ein gewisser Halt gegeben werden könnte⁶³. Auch das vorläufige Scheitern des Verfassungsvertrags, dessen Inhalte ungeachtet der Auseinandersetzungen über die Notwendigkeit von Neuverhandlungen des Textes jedenfalls zum Teil einen vorhandenen Verfassungskonsens zum Ausdruck bringen, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass bereits *de lege lata* Verschiebungen erkennbar werden, die sich mit Blick auf Art. 86 Abs. 2 EG als einer zentralen Norm des europäischen Wirtschaftsverfassungsrechts kaum auf die Frage einer engen oder weiten Auslegung reduzieren lassen⁶⁴.

a) Das Verständnis von Art. 86 Abs. 2 EG kann in *drei Phasen* rekonstruiert werden. Nachdem es zunächst hieß, die Vorschrift sei als Ausnahmenvorschrift restriktiv auszulegen⁶⁵ oder sogar als „obsolet“⁶⁶ anzusehen, rückte die ebenso spröde wie kryptisch formulierte

⁶⁰ Überzeugend: *Krajewski*, DÖV 2005, 665 (668).

⁶¹ Für eine konkurrierende Zuständigkeit *Knauff* (FN 3), S. 165; aus dem „Sorge tragen“ in Art. 16 EG lassen sich aber keine konkreten Gestaltungsaufträge ableiten: *GH-Pernice/Wernicke*, Art. 16 Rdnr. 24. Auch die Kommission ist zurückhaltend und will für die weitere Prüfung einer Rahmenrichtlinie zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse das Inkrafttreten des Verfassungsvertrags abwarten, vgl. *Weißbuch* (FN 52), Rdnr. 4.1.

⁶² Vgl. v. *Danwitz*, Die Rolle der Unternehmen der Daseinsvorsorge im Verfassungsentwurf, in: Schwarze (Hrsg.), *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, 2004, S. 251 (262). Man kann mit *Krajewski*, DÖV 2005, 665 (671 f.) die Vorschrift als eine Ausrichtung der Ausübung vorhandener Kompetenzen auf ein neues Regelungsziel des – wie die Kommission großspurig betont – europäischen „Gesellschaftsmodells“ verstehen.

⁶³ Vgl. *Schliesky*, NdsVBl. 2004, 57 ff.; *Welti*, AöR 130 (2005), S. 529 (565 f.).

⁶⁴ So im Ausgangspunkt aber *C. Scharpf*, EuR 2005, 605 f.; zu grob *H. Schweitzer*, Die Daseinsvorsorge im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, in: Schwarze (Hrsg.), *Verfassungsentwurf* (FN 62), S. 269 (309 ff.) mit der Befürchtung eines wider erstarkenden Primats der Politik über dem Recht. Dies muss – wie *Krajewski*, DÖV 2005, 665 (674) anmerkt – nicht unbedingt nachteilig sein, wenngleich es gute Gründe gibt, die Union als Rechtsgemeinschaft nicht politischen Obstruktionen preiszugeben: *F. C. Mayer*, Europa als Rechtsgemeinschaft, in: *Schuppert/Pernice/Halterm* (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, S. 429 (482 f.).

⁶⁵ Etwa EuGH Rs. 127/73 *BRT*, Slg. 1974, 313 Rdnr. 19/22.

⁶⁶ v. *Wilmowsky*, ZHR 1991, 545 ff. (572).

Norm seit der „Wende“ von Maastricht in den Vordergrund der Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Interessen am Erhalt politischer Gestaltungsmöglichkeiten durch öffentliche Dienstleistungen. Namentlich die in den 1990er Jahren ergangenen Urteile *Corbeau*, *Almelo* und zu den *Strommonopolen*⁶⁷ markieren einen Trendwende in der Rechtsprechung, in denen einem prozeduralen und ausgestaltungorientierten Normverständnis der Weg bereitet wurde.

Bei den „Dienstleistungen von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ handelt es sich um einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff, doch könne es den Mitgliedstaaten nicht verboten sein, bei der Umschreibung dieser Dienstleistungen „die eigenen Ziele ihrer staatlichen Politik“ zu berücksichtigen⁶⁸. Dieses nach Auffassung der Kommission lediglich auf offenkundige Fehler zu überprüfende Bestimmungsrecht erhält seine besondere Pointe dadurch, dass es den Mitgliedstaaten erlaubt wird, das Eingreifen des Tatbestandes durch die hinreichend transparente *Betrauung* eines Unternehmens mit einer öffentlichen Dienstleistung zu steuern⁶⁹. Der Gerichtshof verzichtet darauf, an die in Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG genannte Verhinderung erhöhte Anforderungen zu stellen und lässt es ausreichen, dass eine Anwendung der Vertragsvorschriften die wirtschaftliche Erfüllung der auferlegten Verpflichtungen des Unternehmens sachlich oder rechtlich *gefährdet*⁷⁰. Öffentliche Dienstleistungen weisen danach Besonderheiten auf, die den Ausschluss des Wettbewerbs rechtfertigen und eine Quersubventionierung erforderlich machen können⁷¹.

Die in der jüngeren Rechtsprechung anerkannten Besonderheiten gemeinwohlorientierter Leistungen, die – wie im Urteil *Chronopost* hervorgehoben wird⁷² – nicht „rein kommerziellen Erwägungen gehorchen“ und einen direkten Vergleich mit privaten Marktteilnehmern ausschließen, lassen ein neues Normverständnis hervortreten. Dieses ist durch ein *Vertrauen* in die mitgliedstaatliche Realisierung des europäischen Gemeinwohls gekennzeichnet, wozu neben der Verlagerung der Wertungen des Art. 86 Abs. 2 EG in die wettbewerbsrechtlichen Tatbestände⁷³ der Verzicht auf die Bewältigung inhaltlich gleichrangiger Gemeinwohlbelange⁷⁴ in einer strengen *Regel-Ausnahme-Struktur* gehört⁷⁵.

⁶⁷ EuGH verb. Rs. 157/94 bis 160/94 *Strommonopole*, Slg. 1997, I-5699.

⁶⁸ So EuGH Rs. 157/94 *Kommission/Niederlande*, Slg. 1997, I-5768 Rdnr. 40; s. auch Rs. 159/94 *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-5815 Rdnr. 56.

⁶⁹ Mit der Anerkennung der demokratischen Bedeutung des Betrauungsaktes wird man dem Erhalt national differenzierter Wertungen in den unionsrechtlichen Grenzen einer ausgewogenen Balance von Einheit und Vielfalt aufgeschlossener begegnen können: GH-*Pernice/Wernicke*, Art. 86 Rdnr. 38; s. auch die Schlussanträge von GA *Jacobs* in der Rs. C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, Slg. 2001, I-8989 Rdnr. 149; von „Aufweichungstendenzen“ sprechen demgegenüber *Koenig/Kühling*, ZHR 166 (2002), S. 656 (673, 677).

⁷⁰ EuGH Rs. 159/94 *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-5815 Rdnr. 59; für GH-*Pernice/Wernicke*, Art. 86 Rdnr. 54 folgt die „Rückstufung der Schwelle“ der Verhinderung aus der Beachtung der Funktionsgarantie des Art. 16 EG.

⁷¹ Vgl. EuGH Rs. C-320/91 *Corbeau*, Slg. 1993, I-2533 Rdnr. 17 und weiter Rs. C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, Slg. 2001, I-8989 Rdnr. 33/61.

⁷² EuGH verb. Rs. C-83/01 P, C-93/01 P und C-94/01 P *Chronopost*, Slg. 2003, I-6993 Rdnr. 36.

⁷³ Zum Unternehmensbegriff in Art. 81 EG jüngst EuGH verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und 355/01 *AOK-Bundesverband*, Slg. 2004 Rdnr. 45 ff.; zur teleologischen Reduktion des Beihilfenbegriffs in

b) Diese Öffnung wird durch die *Systematik* bestätigt, in die Art. 86 Abs. 2 EG gestellt ist. Das betrifft zunächst die „große Linie“ über die ausdrückliche Anerkennung des Wertes, den öffentliche Dienstleistungen innerhalb der Union einnehmen. Obgleich Art. 16 EG in der Rechtsprechung zurückhaltend herangezogen wird, lässt sich der Wandel zu Art. 86 EG auf die an prominenter Stelle aufgenommene *Funktionsgarantie* öffentlicher Dienstleistungen zurückführen, worüber auf den Ausgleich zwischen wettbewerblicher Marktwirtschaft und gemeinwohlorientierter Intervention eingewirkt wird. Mit dem Schutz der Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten, dieses Verhältnis näher zu bestimmen, wird die *Verhältnismäßigkeitsprüfung* modifiziert und über differenzierte Beweislastanforderungen⁷⁶ der Struktur des Art. 86 Abs. 2 EG in der Verteilung von Ausgestaltungsaufträgen entsprochen⁷⁷.

Die Eckpunkte sind durch den unmittelbaren Normkontext umrissen: Während Art. 86 Abs. 1 EG die mitgliedstaatliche Entscheidung zum Einsatz öffentlicher Unternehmen grundsätzlich⁷⁸ anerkennt, bleibt die Rechtsetzungskompetenz der Kommission nach Art. 86 Abs. 3 EG auf den Erlass wettbewerbsrechtlicher Maßnahmen beschränkt⁷⁹. In diesem Ausgestaltungsrahmen hat die Betrauung mit einer öffentlichen Dienstleistung⁸⁰ eine rechtsstaatliche und demokratische Dimension, was für die Frage nach der *erforderlichen* Privilegierung und deren Kontrolle zu berücksichtigen ist. So wird kaum der objektive Nachweis verlangt werden können, dass keine wettbewerbskompatible Erbringung der Dienstleistung möglich ist⁸¹. Ein dieser Auffassung zugrunde liegender Vorrang bestimmter Gemeinwohlbelange lässt sich weder der Norm entnehmen⁸² noch kann die Feststellung dem Gerichtshof obliegen, der insoweit die vertraglich eingeräumte Einschätzungsprärogative der Mitglied-

Art. 87 EG grundlegend EuGH Rs. 280/00 *Altmark-Trans*, Slg. 2003, I-7747 Rdnr. 85 ff.; dazu *Colneric*, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, FS Zuleeg, 2005, S. 429 (432 ff.).

⁷⁴ *Schuppert* (FN 11), S. 24 f.

⁷⁵ Vgl. *GH-Pernice/Wernicke*, Art. 16 Rdnr. 16 ff., 26 sowie Art. 86 Rdnr. 3, 60 ff.; s. auch *Ross*, ELR 2000, 22 (30 ff.); dezidiert anders *C. Koenig/J. Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 16 Rdnr. 9 sowie Art. 86 Rdnr. 62 ff.

⁷⁶ Grundlegend EuGH Rs. C-159/94 *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-5815 Rdnr. 101; Rs. 157/94 *Kommission/Niederlande*, Slg. 1997, I-5699 Rdnr. 58.

⁷⁷ So *J.-P. Schneider*, DVBl. 2000, 1250 (1253 f.); ähnlich *Storr*, DÖV 2002, 357 (362 ff.); schärfer *Baquero Cruz* (FN 56), S. 212.

⁷⁸ Sehr weit *Burgi*, VerwArch. 93 (2002), S. 255 (274 ff.).

⁷⁹ Vgl. *R. Schmidt*, Der Staat 42 (2003), S. 225 (237).

⁸⁰ Zutreffend ist die Rede von der „Achillesferse“ der Betrauung, vgl. *Götz*, Die Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art. 86 Abs. 2 EG) als Akt der öffentlichen Gewalt, FS Maurer, 2001, S. 921 ff. (931). Denn sie stellt sich als zentrale Wegscheide für die Wahl des Rechtsregimes dar. So schließt die Betrauung mit einer Dienstleistungskonzession die Anwendung des Vergaberechts aus und ist für staatliche Ausgleichszahlungen eine Voraussetzung für den Wegfall einer Begünstigung im Sinne des Beihilfenrechts: EuGH Rs. 280/00 *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747 Rdnr. 89.

⁸¹ So aber *Koenig/Kühling*, ZHR 166 (2002), S. 677 f., 683; *H. Schweitzer*, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst, 2001, S. 89 f., 207 ff.; *Kämmerer*, NVwZ 2004, 28 (29 ff.); anders *Scharpf*, EuR 2005, 605 (621); *GH-Pernice/Wernicke*, Art. 86 Rdnr. 65.

⁸² Instruktiv *Baquero Cruz* (FN 56), S. 174, 195 ff. u. passim.

staaten und Unionsorgane in der „Ausbalancierung des Mehrebenengemeinwohls“⁸³ zu wahren hat. Damit verlagern sich die rechtlichen Strukturierungsbemühungen auf die Sicherstellung von Transparenz- und Verfahrensanforderungen einer in erster Linie politisch zu treffenden *Abwägungsentscheidung*.

c) Teile des Schrifttums wollen diesen Weg mit dem Hinweis auf eine Überdehnung des Wortlauts nicht gehen⁸⁴. Sie übersehen aber die Struktur des Art. 86 Abs. 2 EG im europäischen Verfassungsverbund, der sich zur Verklammerung der Ebenen *keiner hierarchischen Vorrangregeln* bedient⁸⁵. Ob das Recht dadurch an Schärfe verliert, methodische Einwände ignoriert und vermeidbare Rationalitätseinbußen in Kauf genommen werden, ist keine europawissenschaftliche Frage, sondern betrifft Grundannahmen rechtswissenschaftlichen Denkens, das sich einer Prozeduralisierung des Rechts⁸⁶ nicht verschließen kann, aber das Zusammenspiel der Akteure für Abwägungsentscheidungen strukturieren muss. Jedenfalls ist das Rationalitätsproblem⁸⁷ kaum mit leichter Hand beiseite zu schieben, was einen pauschalen Rückzug auf eine *Missbrauchskontrolle* im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG wenig sachgerecht erscheinen lässt. Andererseits dürfte eine gewisse Vorsicht gegenüber dem Topos der „Herstellung praktischer Konkordanz“⁸⁸ angezeigt sein, der im europäischen Kontext nicht ohne weiteres auf den verfassungsbasierten Grundkonsens und das soziale Kapital setzen kann, um das Spannungsverhältnis aufzulösen⁸⁹.

Das kann nicht verdecken, dass es schwer fällt, zur Lösung von Wertkonflikten abstrakte Vorrangaussagen zu treffen. Vielmehr ist im Verfassungsverbund unter dem für den rechtlichen Zusammenhalt der Union fundamentalen Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme⁹⁰ ein ebenenschonender Ausgleich zur Optimierung gleichrangiger Gemeinwohlbelange vorzunehmen⁹¹. Zutreffend wird hier ein *Gleichgewichtsprinzip*⁹² erkannt, wobei Art. 86

⁸³ Schuppert (FN 11), S. 27, 38.

⁸⁴ Für den Erhalt der Regel-Ausnahme-Struktur Lackner (FN 3), S. 96; Ruge (FN 3), S. 114; Knauff (FN 3), S. 128 f.; s. auch Hatje, Wirtschaftsverfassung, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Verfassungsrecht (FN 32), S. 683 (693, 723 f., 743) im Bemühen um eine Spielraumdogmatik.

⁸⁵ Unklar Pernice, VVDStRL 60 (2001), S. 173 f., 182 f.; differenzierend A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 305 ff.; deutlich v. Bogdandy (FN 33), S. 192, 198 f. Daraus folgt die Auflösung des Antagonismus von nationalem Souveränitäts- und supranationalen Gemeinschaftsvorbehalt: MacCormick, Questioning Sovereignty, 1999.

⁸⁶ Zu den Gründen G.-P. Calliess, Prozedurales Recht, 1999, S. 91 ff.

⁸⁷ Instruktiv Scherzberg, Rationalität – staatswissenschaftlich betrachtet, FS Erichsen, 2004, S. 177 ff.

⁸⁸ Vgl. im Anschluss an K. Hesse für Art. 16 EG etwa Schwarze, EuZW 2001, 334 (339); dagegen Burgi, VerwArch. 93 (2002), S. 266; Scharpf, EuR 2005, 605 (623).

⁸⁹ Statt vieler v. Bogdandy, Der Staat 39 (2000), S. 163 (171 ff.).

⁹⁰ Nach h.M. erfasst Art. 10 EG auch das Verhalten der Union gegenüber den Mitgliedstaaten, vgl. Zuleeg, Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Union, 2004, S. 43, 56 f., 116. Daraus werden bislang zu wenig Konsequenzen gezogen; s. aber mit dem weitgehenden Vorschlag einer Pflicht zur „nationalverfassungskonformen Auslegung“ europäischer Vorschriften Peters (FN 85), S. 289 ff.

⁹¹ So auch GH-Pernice/Wernicke, Art. 16 Rdnr. 16 und Art. 86 Rdnr. 3.

⁹² Vgl. im Anschluss an Steindorff, ZHR 163 (1999), S. 395 (427) Storr, DÖV 2002, 357 (362).

Abs. 2 EG die Bedeutung eines Scharniers⁹³ mit dem Ziel erhält, die mitgliedstaatlichen Interessen am Erhalt politischer Steuerungsmöglichkeiten im Binnenmarkt zu integrieren. Allerdings ist mit dem Herabsenken der materiellen Rechtfertigungsschwelle und der Betonung, dass öffentliche Dienstleistungen im Unionsverfassungsrecht keinen rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmefall darstellen, wenig gewonnen, soweit das sekundärrechtliche *Ausgestaltungspotential* aus dem Blick gerät. Hier kommt der Kommission eine besondere Rolle zu, da ihr durch Art. 86 Abs. 3 EG die Aufgabe zugewiesen wird, den Ausgleich zwischen den Befugnissen der Mitgliedstaaten nach Art. 86 Abs. 2 EG und entgegenstehenden Vertragsbestimmungen vorzunehmen⁹⁴. Während dadurch – ohne Beteiligung des Rates – die Normauslegung beeinflusst werden kann, ist über das Sekundärrecht nach den allgemeinen Rechtssetzungskompetenzen die Normanwendung durch die Mitgliedstaaten⁹⁵ weniger scharf – und insbesondere nicht abschließend – zu steuern. Denn nicht nur die Vertragsnormen, sondern auch die Anwendung des Sekundärrechts darf die Aufgabenerfüllung nicht gefährden⁹⁶.

3. Hieraus ergeben sich Konsequenzen. Diese betreffen zunächst die *norminternen* Veränderungen des nach Art. 86 Abs. 2 EG vorzunehmenden Ausgleichs. Eine Privilegierung durch die Befreiung von den Wettbewerbsvorschriften ist für die Unternehmen öffentlicher Dienstleistungen nicht „umsonst“ zu haben. Sie müssen mit einer solchen Dienstleistung vom Staat nach Maßgabe des nationalen Rechts ausdrücklich betraut sein. Die Betrauung hat eine politische Legitimationsfunktion, indem die zu erfüllende Aufgabe an eine dem Staat *zurechenbare Maßnahme* geknüpft⁹⁷ und verhindert wird, dass Unternehmen kraft eigener Entscheidung über die Reichweite der Vertragsbindungen entscheiden⁹⁸. Unproblematisch sind daher Anforderungen an die Transparenz des Betrauungsaktes, um eine Berufung auf diffuse Gemeinwohlbelange seitens der Unternehmen auszuschließen und der Kommission die Ausübung ihres „Wächteramtes“ nicht zu erschweren. *Dafür* müssen keine inhaltlichen Anforderungen an den Betrauungsakt formuliert und dieser nicht als öffentlicher Dienstleistungsauftrag ausgewiesen werden.

Werden die prozessualen Anforderungen in den Blick genommen, die vom Gerichtshof für die Darlegungs- und Beweislast der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG formuliert werden, so liegt es an den Unionsorganen, gegenüber der erleichterten Berufung auf eine Gefährdung der Aufgabenerfüllung durch die Mitgliedstaaten geeignete Alternativen aufzuzeigen, die eine funktionsadäquate Erfüllung der Gemeinwohlaufgaben gewährleisten⁹⁹. Der hierdurch ausgelöste Druck zur Entfaltung neuer *Governance-*

⁹³ Ausf. *Storr*, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, S. 325 ff., 351 ff.

⁹⁴ Vgl. *Schneider* (FN 27), S. 397 im Anschluss an *Lecheler/Gundel*, RdE 1998, 92 (94 ff.).

⁹⁵ *GH-Pernice/Wernicke*, Art. 86 Rdnr. 13 nehmen eine unmittelbare Wirksamkeit an, weisen mit EuGH Rs. C-303/88 *ENI/Lanerossi*, Slg. 1991, I-1433 Rdnr. 58 aber auf die Verpflichtung der nationalen Stellen hin, sich aufgrund ihrer Kooperationspflicht mit der Kommission abzustimmen.

⁹⁶ Vgl. EuG Rs. T-128/98 *Aéroports de Paris*, Slg. 2000, II-3929 Rdnr. 228.

⁹⁷ Vgl. *Linder* (FN 55), S. 98 ff.

⁹⁸ Richtig *Scharpf*, *EuR* 2005, 605 (613 f.).

⁹⁹ Von einem Gegenbeweis durch ein Gesamtkonzept spricht *Schneider* (FN 27), S. 396.

Strukturen ist bemerkenswert und wird vor allem für das Konzept der Universaldienste überwiegend positiv gewürdigt¹⁰⁰. Umstrittener sind die Konzepte der „Organisation regulierten Wettbewerbs“ in Bereichen, wo der Wettbewerb *im* Markt unerwünscht ist, aber *um* den Markt hergestellt werden soll. Hier wird ein ausschließliches Recht zeitlich befristet ausgeschrieben und damit ein Weg eröffnet, sensible Sektoren wie den Verkehr oder die Wasserwirtschaft aus den monopolistischen Strukturen herauszulösen. Die Gemeinwohlbelange werden in den Wettbewerb implementiert, indem sie nach dem *Bestellerprinzip* bei der Auftragsvergabe neben dem „Primärzweck“ des Leistungseinkaufs berücksichtigt werden können. Offen bleibt die Frage nach der Zukunft öffentlicher Unternehmen, wo es an tragfähigen Konzepten weitgehend fehlt. Mit der „Flucht“ in eine Abschaffung öffentlich-rechtlicher Sonderverbindungen für kommunale Unternehmen kämen diese vom Regen in die Traufe, da eine Berufung auf Art. 86 Abs. 2 EG regelmäßig ausschiede¹⁰¹ und sie in der Reduzierung staatlicher Kontrollmöglichkeiten einem erhöhten Rechtfertigungsdruck durch das ungeliebte Vergaberecht ausgesetzt wären¹⁰².

Zu beachten sind aber auch die *normexternen* Auswirkungen, die sich daraus ergeben, dass die Liberalisierungspolitik auf die unionsverfassungsrechtliche Einlösung der Funktionsgarantie öffentlicher Dienstleistungen zurückwirkt. Das geschieht weniger im Wege der Modellierung eines europäischen Konzepts der „Daseinsvorsorge“ und lässt keine abstrakte Rangfolge erkennen, wonach der Ausschreibungswettbewerb gegenüber anderen Formen der Auswahl des Leistungsanbieters prinzipiell vorrangig sei. Wohl aber lässt sich eine *Verschiebung der Wertungen* des Art. 86 Abs. 2 EG in die wettbewerbsrechtlichen Tatbestände erkennen, etwa mit Blick auf den Unternehmensbegriff des Art. 81 Abs. 1 EG, der vom Gerichtshof für die Berücksichtigung der mitgliedstaatlichen Belange am Erhalt der nationalen Sozialversicherungssysteme geöffnet wurde¹⁰³. Die Zurückhaltung gegenüber einer Überfrachtung des Art. 86 Abs. 2 EG ist als Rationalitätsgewinn zu begrüßen, zumal der Gerichtshof die sekundärrechtliche Ausgestaltung in aller Regel akzeptiert und nicht durch eigene Lösungen ersetzt. So stellt er sich einer von der Kommission forcierten Förderung des „Wettbewerbs um die Betrauung“ nicht in den Weg, bekräftigt aber die Herausnahme von Dienstleistungskonzessionen aus dem Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien¹⁰⁴ und sucht die Lösung in grundfreiheitlichen Anforderungen der Transparenz an den diskri-

¹⁰⁰ Statt vieler *Trute*, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (252 f.); *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 287.

¹⁰¹ Deshalb für den Erhalt des öffentlichen Zwecks *Scharpf*, EuR 2005, 605 (618), was „Gewinnerzielungsabsichten“ einschränkt; zu eng aber *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, 2005, S. 254 ff.

¹⁰² Zu den Verschärfungen an die *inhouse*-Vergabe an gemischt-wirtschaftliche Unternehmen EuGH Rs. C-23/03 *Stadt Halle*, Slg. 2005, I-0000 Rdnr. 49 ff. mit dem Erfordernis des „Interessengleichklangs“ für das in EuGH Rs. 107/98 *Teckal*, Slg. 1999, I-8121 Rdnr. 50 f. aufgestellte Kriterium der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ und die daran geknüpfte Befreiung von Vergabevorschriften.

¹⁰³ EuGH verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und 355/01 *AOK-Bundesverband*, Slg. 2004, I-2493 Rdnr. 51 ff.; demgegenüber hatte GA *Jacobs* die Lösung in Art. 86 Abs. 2 EG gesucht; zur teleologischen Reduktion des Unternehmensbegriffs für öffentliche Aufträge EuGH Rs. 107/98 *Teckal*, Slg. 1999, I-8121 Rdnr. 50; s. auch GA *Stix-Hackl* in den Schlussanträgen zu Rs. 23/03 *Stadt Halle*, Slg. 2005, I-0000 Rdnr. 52.

¹⁰⁴ EuGH Rs. 342/98 *Telaustria*, Slg. 2000, I-10745 Rdnr. 56; Rs. 358/00 *Buchhändler*, Slg. 2002, I-4685 Rdnr. 28; bestätigt in Art. 17 VKR.

minierungsfreien Betrauungsakt¹⁰⁵. Dies ermöglicht die Feststellung, ob ein Dritter die Leistung unter vergaberechtlichen Anforderungen zu erbringen hat, erleichtert aber auch die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG, dessen Maßstäbe in der Ausgestaltung durch die Unionsorgane zu beachten sind.

Einen Anwendungsvorrang politischer Rechtsetzung akzentuiert der Gerichtshof in seiner jüngeren Beihilferechtsprechung, wie an der Umstellung der Vorlagefragen im grundlegenden Urteil *Altmark Trans*¹⁰⁶ deutlich wird: Erst dort, wo die sektoralen Regeln nicht greifen, kann der einem Unternehmen zur Kompensation des Gemeinwohlauftrags gewährte Ausgleich die Eigenschaft als notifizierungspflichtige Beihilfe entfallen lassen. Der Gerichtshof beschränkt sich nicht auf Lockerungen des Durchführungsverbots nach Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG, wie es das Verhältnismäßigkeitsprinzip nahe gelegt hätte, sondern verlagert einen Teil der Anforderungen des Art. 86 Abs. 2 EG in den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG. Danach entfällt der wirtschaftliche Vorteil unter den kumulativ erfüllten Voraussetzungen eines – erstens – klaren Betrauungsaktes im Falle – zweitens – zuvor objektiv und transparent definierter Ausgleichsparameter für – drittens – die Nettomehrkosten, wenn – viertens – diese Kosten entweder in einem Vergabeverfahren ermittelt wurden oder einem *durchschnittlich gut geführten* Unternehmen entsprechen¹⁰⁷. Schon früh ist darauf hingewiesen worden, dass hierdurch Art. 86 Abs. 2 EG nicht restlos in Art. 87 Abs. 1 EG aufgeht und verdrängt wird¹⁰⁸. Die Maßstäbe der Kostenermittlung zur Nicht-Qualifizierung als Beihilfe, die sich in den Trend einer „kontrollierten Dezentralisierung der europäischen Wettbewerbsaufsicht“¹⁰⁹ einfügen und die Verantwortung der Mitgliedstaaten und Unternehmen für die Einhaltung der aufgestellten Kriterien akzentuieren, bewirken keine Veränderung der allgemeinen Maßstäbe, die nach Art. 86 Abs. 2 EG weiterhin für diejenigen Fälle gelten, welche durch das *Altmark*-Raster fallen und als Beihilfen die Aufgabenerfüllung gefährden können. Hier bleibt, wie die Kommissionspraxis zu den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten¹¹⁰ dokumentiert, ein weniger strenger Maßstab der tatsächlichen Kostenstruktur des Mittelempfängers für den Einzelfall bestehen¹¹¹. Auch das Maßnahmenpaket der Kommis-

¹⁰⁵ Vgl. EuGH Rs. C-231/03 *Coname*, Slg. 2005, I-0000 Rdnr. 21; schärfer Rs. C-458/03 *Parking Brixen*, Slg. 2005, I-0000 Rdnr. 61.

¹⁰⁶ EuGH Rs. 280/00 *Altmark-Trans*, Slg. 2003, I-7747 Rdnr. 37. Zu den Strängen der Debatte um den richtigen Zugriff: wegweisend *Nettesheim*, EWS 2002, 253 ff.; s. auch A. Alexis, RDUE 2002, 63 ff.; P. Nicolaidis, ECLR 2003, S. 561 ff.; Gromnicka, EPL 11 (2005), S. 429 ff.; Jennert, Zum Verhältnis von europäischem Beihilfenrecht und mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge, 2005, S. 64 ff.

¹⁰⁷ EuGH Rs. 280/00 *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747 Rdnr. 95.

¹⁰⁸ Vgl. *Sinnaeve*, European State Aid Law Quarterly 2003, 351 (357); *Franzius*, NJW 2003, 3029 (3031); s. auch *Bartosch*, EuZW 2004, 295 (300); *Koenig*, IR 2005, 50 (52), S. Bauer, EuZW 2006, 7 (9); *Colneric* (FN 73), S. 437 f. („als Sicherheitsnetz unverzichtbar“).

¹⁰⁹ Krit. A. Fuchs, EuR Beiheft 2 (2005), S. 77 (85 ff.).

¹¹⁰ Etwa Kommissionsentscheidung v. 1.10.2003, Staatliche Beihilfe C 3371/2003 *BBC Digital Curriculum*, ABl. C 271 v. 12.11.2003 Rdnr. 37 ff.; mangels staatlicher Mittelherkunft wäre die Rundfunkgebühr nach der *Preussen Elektra*-Rechtsprechung nicht als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG zu qualifizieren.

¹¹¹ Grundlegend EuG Rs. T-106/95 *FFSA*, Slg. 1997, II-229 Rdnr. 178; auch EuGH Rs. C-53/00 *Ferring*, Slg. 2001, I-9067 Rdnr. 27 hält die tatsächlich entstandenen Kosten für ausgleichsfähig. Die *Altmark*-Beschränkung auf die Kosten eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens ist neu, bezieht sich aber auf

sion zur Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG auf staatliche Beihilfen¹¹² zeigt, dass weniger der materielle Maßstab in Frage steht als die Befugnis zur Ausgestaltung und Kontrolle desselben.

IV. Organisation und Finanzierung

Mithin verbleiben den Mitgliedstaaten zum Teil erhebliche Handlungsspielräume, innerhalb derer Verantwortungsteilungen durch Gewährleistungsrecht ausgeformt werden können. Der Gewährleistungsstaat ist ein Staat der Auswahl *und* des Ausgleichs! Er hat die Aufgabe der Organisation der Auswahlentscheidung, muss also regeln, *wer* die zu gewährleistenden Ergebnisse erfüllen soll und *wie* das Ergebnis zu finanzieren ist. Rechtsbindungen entstehen durch das Vergabe- und das Beihilfenrecht, die nach Maßgabe primärrechtlicher Anforderungen für die Realisierung von Steuerungszielen in Anspruch genommen werden können¹¹³.

1. Dabei verschiebt sich die politische Steuerung in die Ausgestaltung der *Vergabe öffentlicher Dienstleistungen*. Die Praxis hat eine Vielzahl an Modalitäten entwickelt, deren rechtliche Bewältigung zwischen der Hinnahme „freihändiger“ Vergaben auf der einen Seite und den formalisierten Ausschreibungsverfahren nach den Vergaberichtlinien auf der anderen Seite einige Schwierigkeiten bereitet. Einmal mehr steht das Problem mehrpoliger Rechtsbeziehungen im Vordergrund, setzt die Anwendung des Kartellvergaberechts mit dem Anspruch des Bieters auf die Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens doch die Auftragserteilung an einen Dritten als einen Akteur voraus, der *nicht* dem Staat zuzurechnen ist. Verlangt wird ein *entgeltlicher* Vertrag mit dem Unternehmen, der nach allgemeiner Meinung das Nutzungs- und Refinanzierungsrisiko nicht – wie im Falle der Dienstleistungskonzession¹¹⁴ – in die horizontale Rechtsbeziehung zum Leistungsempfänger verschiebt. Die Freiheit außerhalb des koordinierten Bereichs ist aber nicht grenzenlos, nimmt man die Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Blick, wonach die primärrechtlichen Anforderungen der Gleichbehandlung, Diskriminierungsfreiheit und Transparenz auch jenseits der sektorspezifisch geregelten oder der allgemeinen Vergabeverfahren zu beachten sind¹¹⁵. Allerdings bleibt die Intensität der Rechtsbindungen unsicher, wobei es an

den Beihilfentatbestand und reagiert auf die als zu weit empfundene Gegenleistungstheorie, wie sie GA *Jacobs* in der Rs. C-126/01 *Gemo*, Slg. 2003, I-13797 Rdnr. 118 ff. vorgetragen hatte.

¹¹² Dazu gehören die Änderung der *Transparenzrichtlinie* durch die Richtlinie 2005/81/EG (ABl. L 312 v. 29.11.2005 S. 47), die *Freistellungsentscheidung* 2005/842/EG über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährt werden (ABl. L 312 v. 29.11.2005, S. 67) und der *Gemeinschaftsrahmen* für notifizierte, aber von der Kommission nach Art. 86 Abs. 2 EG für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklärende Beihilfen (ABl. C 297 v. 29.11.2005, S. 4).

¹¹³ *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 2004, S. 139 ff. sucht die funktionale Äquivalenz von öffentlichen Aufträgen und Beihilfen nachzuweisen und sieht die Auftragsvergabe gegenüber der Beihilfenvergabe als strukturell überlegen (S. 314 f.) an.

¹¹⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 4 VKR.

¹¹⁵ Grundlegend EuGH Rs. 324/98 *Telaustria*, Slg. 2000, I-10745 Rdnr. 60 ff.

einer klaren Linie der Unionsorgane zu fehlen scheint. Dabei geht es weniger um die Schärfung eines durch die regulative Verschränkung privater und öffentlicher Handlungslogiken erheblich gelockerten Antagonismus von Markt und Staat, sondern um dessen Überformung durch das *Ebenenproblem* mit der Frage, wie die unterschiedlichen Ebenenbelange in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden können.

a) Die Normierung von *Ausschreibungspflichten* betrifft das Spannungsverhältnis zwischen der Wettbewerbsordnung und der Organisationsfreiheit der Mitgliedstaaten, das von den reformierten Vergaberichtlinien¹¹⁶ nur teilweise erfasst wird. Diese zielen auf eine Koordinierung der Verfahren und enthalten keine abschließende Konkretisierung der primärrechtlichen Wettbewerbsanforderungen. Für einen Teil der – etwa im Rahmen von *Public Private Partnerships* bedeutsamen¹¹⁷ – Vergabepaxis existiert keine gesetzliche Grundlage, wohl aber eine europarechtliche Verpflichtung zur Einhaltung eines Mindestwettbewerbs, um dessen Präzisierung gegenwärtig gerungen wird. Das erfordert in der gebotenen Rücksichtnahme vor den mitgliedstaatlichen „Regelungskulturen“ vielfältige Differenzierungen¹¹⁸ und es wird kein konzeptioneller Widerspruch¹¹⁹ darin zu erkennen sein, dass in bestimmten Sektoren, wie dem ebenso sensiblen wie verkrusteten Verkehrssektor der Ausschreibungswettbewerb für Dienstleistungskonzessionen¹²⁰ eingeführt werden soll, in anderen dagegen nicht. Die Anforderungen mögen unterhalb der formalisierten Verfahrensanforderungen der Vergaberichtlinien¹²¹ liegen, wengleich das Problem nachträglicher *Umstufungen*¹²² erhebliche Zweifel aufkommen lässt, ob die Grenze zwischen Konzession und Auftrag dogmatisch zu halten ist.¹²³

Aber es ist *eine* Frage, ob es sinnvoll ist, Ausschreibungspflichten mit dem Ziel einzuführen, eine hinreichende Grundlage zur Berechnung des Marktpreises gegebenenfalls ausgleichsfähiger Gemeinwohlaufträge zu erhalten. Die Antwort ist nicht mit einem Federstrich hingeworfen¹²⁴ und es ist eine *andere* Frage, ob angesichts dieser Unsicherheiten eine Lö-

¹¹⁶ Zu einem Überblick *Arrowsmith*, CMLR 41 (2004), S. 1277 ff.

¹¹⁷ Vgl. das *Grünbuch* zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen v. 30.4.2004, KOM (2004) 327; s. auch das „Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften“ v. 1.9.2005, BGBl. I 2005, S. 2676 ff.

¹¹⁸ Eine „Vertypung von Regimen“ schägt *Masing*, EuGRZ 2004, 395 (402) vor.

¹¹⁹ So aber *Vofßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 316 mit Fn. 216.

¹²⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 3 des Verordnungsvorschlags über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße v. 20.7.2005, KOM (2005) 319.

¹²¹ *Burgi*, NZBau 2005, 610 (613 f.) spricht von einem „Vergaberecht light“.

¹²² Vgl. *Grünbuch* zu öffentlich-privaten Partnerschaften (FN 117), Rdnr. 34.

¹²³ Die Kommission beabsichtigt vorerst keine Angleichung der Regeln für öffentliche Aufträge und Konzessionen. Sie will sich für die „institutionalisierte ÖPP“ der Errichtung von Unternehmen, die Dienstleistungen für die Allgemeinheit erbringen, mit einer *Mitteilung zu Auslegungsfragen* begnügen, vgl. Mitteilung zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen v. 15.11.2005, KOM (2005) 569, Rdnr. 4.

¹²⁴ Aus dem Beihilfenrecht folgt eine solche Pflicht nicht. Öffentlichen Stellen bleibt die Wahl, ob sie durch eine transparente Ausgestaltung des Vergabeverfahrens den Beihilfentatbestand entfallen lassen oder Ausgleichszahlungen bei der Kommission notifizieren lassen: *O. Dörr*, NZBau 2005, 619 ff.

sung vorteilhaft ist, die Art. 86 Abs. 2 EG auszuhöhlen droht, jedenfalls über eine Anlass unabhängige Ausschreibungspflicht¹²⁵ auf die staatliche Entscheidung, die Leistung nicht von einem Dritten erbringen zu lassen, zurückwirkt und die europäische Entscheidung dem politischen Prozess entzieht bzw. auf den Nachvollzug verfassungsrechtlicher Pflichten reduziert. Es erscheint schon einigermaßen gewagt, der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) konkrete Veröffentlichungspflichten des Auftraggebers zu entnehmen. In dem Maße aber, wie aus dem Transparenzprinzip eine Rechtspflicht zur – nicht an bestimmte Schwellenwerte gebundenen¹²⁶ – förmlichen Ausschreibung folgt, setzt sich der Gerichtshof über den Ausgestaltungszugriff der politischen Organe auf Art. 86 Abs. 2 EG hinweg, die nach Maßgabe der mitgliedstaatlichen *regulatory choice*¹²⁷ für den Ausgleich der Gemeinwohlbelange verantwortlich bleiben. So ist der nationale Gesetzgeber nicht gehindert und gegebenenfalls sogar verpflichtet, den Staat als „Nachfrager“ in der Verteilung grundrechtlich geschützter Marktzugangschancen¹²⁸ stärker an die Leine zu nehmen¹²⁹. Aus dem Europarecht folgt eine solche Pflicht aber nicht.

b) Dessen ungeachtet wird man sich auf den faktischen Druck zum Ausschreibungswettbewerb einzustellen haben, mag das Unionsverfassungsrecht auch nur eine ausgestaltungsbedürftige Option vorgeben. Dazu gehört die Feststellung, dass es sich im Falle des Vergaberechts um *Öffentliches Recht* handelt¹³⁰ und das Rechtsverhältnis zum Auftragnehmer nicht als privatrechtlich¹³¹ zu qualifizieren ist, soweit an der Unterscheidung überhaupt sinnvoll festgehalten werden kann. Der Staat nutzt die Auftragsvergabe nicht lediglich zur Beschaffung, sondern kommt darüber verfassungsrechtlichen Bindungen nach und verfolgt zum Teil ausdrücklich normierte Steuerungsziele¹³². Statt in eine Opposition zum „kalten Wind“ des Europarechts¹³³ zu treten, empfiehlt es sich, die Ansätze wettbewerbskonformer Gestaltungsmöglichkeiten öffentlicher Auftraggeber in einem *Gewährleistungsvergaberecht* zu verarbeiten¹³⁴. Das setzt ein geschärftes Verständnis dafür voraus, dass den Mitgliedstaaten nicht nur – wie die Kommission hervorhebt – die Entscheidung über den Einsatz eines Dritten für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, sondern auch die Definition des Auftragsgegenstandes verbleibt und die Leistungsbeschreibung als neues „Forum politischer

¹²⁵ Krit. *Burgi*, DVBl. 2003, 949 (955 f.).

¹²⁶ Vgl. EuGH Rs. C-59/00 *Vestergaard*, Slg. 2001, I-9505.

¹²⁷ Näher *Schuppert*, Staatswissenschaft, 2003, S. 591 ff.; *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5 (57 ff.); *Eifert*, Regulierungsstrategien (FN 7), § 19 Rdnr. 153 ff.

¹²⁸ Vgl. *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 457 (481 f.); *Vofßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 316 f. (m.w.N.).

¹²⁹ Differenzierend *Bultmann* (FN 113), S. 231 f.

¹³⁰ Deutlich VG Koblenz, VergabeR 2005, 395 (399); OVG Rheinland-Pfalz, NZBau 2005, 411; zur wieder angestoßenen Debatte über Differenzierungen nach Schwellenwerten *Hollands/Sauer*, DÖV 2006, 55 ff.

¹³¹ Überzeugend *Vofßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 314 Fn. 206 (m.w.N.).

¹³² *K.-D. Borchardt*, Verhandlungen zum 64. Deutschen Juristentag, 2002, O 9 (21) zufolge tritt der Staat bei der Vergabe gemeinwohlorientierter Leistungen nicht als Erwerber, sondern als „Organisator“ dieser Leistungen auf, welche der Bürger nachfrage.

¹³³ *Masing*, EuGRZ 2004, 395 (399).

¹³⁴ Vgl. *Steinberg* (FN 46), S. 171 ff.

Gestaltungskraft¹³⁵ genutzt werden kann. Zwar hat die materielle und prozedurale Fixierung der Vergabemodalitäten durchaus Rückwirkungen auf die Nutzung der Auftragsvergabe als Steuerungsinstrument, doch ist nicht zu übersehen, dass es in den Vergaberichtlinien zu *Flexibilisierungen* gekommen ist¹³⁶.

So ist zweifelhaft, ob es Sinn macht, die Verfolgung politischer Steuerungsziele unter *vergabefremden* Kriterien zu verpönen¹³⁷. Welche Ziele der Auftraggeber im Rahmen der Auswahl des Leistungserbringers realisieren kann, bestimmt der Gesetzgeber, nicht die ökonomische Theorie. Der europäische Gesetzgeber hat sich in der „umkämpften“ Frage der berücksichtigungsfähigen Kriterien an der Rechtsprechung des Gerichtshofs orientiert, der es öffentlichen Auftraggebern ermöglicht, auch sozial- und umweltpolitische Ziele bei der Auswahlentscheidung zu verfolgen¹³⁸. In den Urteilen *Concordia* und *Wienstrom* wurde die Zulässigkeit beschaffungsfremder Zuschlagskriterien bestätigt, soweit sie mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und das Diskriminierungsverbot beachtet ist¹³⁹. Art. 53 Abs. 1 VKR und für Sektorenauftraggeber Art. 55 Abs. 1 SKR erlauben den Zuschlag auf das *aus Sicht des Auftraggebers* wirtschaftlich günstigste Angebot nach Maßgabe durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigter, aber nicht abschließend normierter Kriterien. Politische Ziele lassen sich daher nicht mehr einfach in die Ausführungsbedingungen verbannen, was eine gewisse Inkonsistenz zur Kodifikation dieser auf primärrechtliche Maßstäbe verweisenden Figur in Art. 26 VKR bzw. Art. 38 SKR verdeutlicht¹⁴⁰ und erst durch die Rechtsprechung einer abschließenden Klärung zugeführt werden dürfte.

c) Der *Umbau* der öffentlichen Verwaltung vom Ersteller der Leistungen zum Besteller definierter Produkte ist eine Aufgabe, die weder das Innovationspotential mitgliedstaatlicher Formenvielfalt verspielen noch das Wettbewerbsrecht klaglos der globalen Ebene überantworten sollte. Das Vergaberecht braucht auch nicht das Ende öffentlicher Unternehmen zu besiegeln. Zwar macht sie der ungeklärte Rechtsstatus zu einer unsicheren Variablen politischer Steuerung. Eine generelle Freistellung von den Bindungen an das europäische Wettbewerbsrecht kommt nicht in Frage, wohl aber die Berücksichtigung des eingeschriebenen öffentlichen Zwecks, der kommunale Unternehmen zur Realisierung von Gemeinwohlbe-

¹³⁵ *Burgi*, DVBl. 2003, 949 (955).

¹³⁶ Vgl. *P. Steinberg*, NZBau 2005, 85 ff.

¹³⁷ Angedeutet bereits von *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 2000, S. 169 ff.

¹³⁸ EuGH Rs. 31/87 *Beentjes*, Slg. 1988, II-4635 Rdnr. 30; Rs. 255-98 *Nord-Pas-de-Calais*, Slg. 2000, I-7445 Rdnr. 52. Der Streit mit der Kommission, die diese Rechtsprechung im Grunde bis heute nicht zu akzeptieren bereit ist, kreist um den Wirtschaftlichkeitsbegriff und die Frage, ob eine makro- oder mikroökonomische Perspektive angezeigt ist. Soll das Gewährleistungsrecht der öffentlichen Aufgabenerfüllung durch das Vergaberecht dienen, wäre eine allein betriebswirtschaftliche Definition des wirtschaftlich günstigsten Angebotes zu eng.

¹³⁹ EuGH Rs. 513/99 *Concordia*, Slg. 2002, I-7213 Rdnr. 55; Rs. C-448/01 *Wienstrom*, Slg. 2003, I-14527 Rdnr. 32; monografisch: *A. Schäfer*, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 2003, S. 140 ff.; *N. Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 2002, S. 225 ff. *Losch*, Das „harmonisierte“ EG-Vergaberecht im Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und Binnenmarkt, 2005.

¹⁴⁰ Krit. *Bultmann* (FN 113), S. 109; s. auch *Steinberg*, NZBau 2005, 85 (91 f.); *Losch*, EuR 2005, 231 (238 ff.) mit Hinweisen auf die restriktivere Haltung der Kommission.

langen im Wettbewerb einen legitimen Vorteil gegenüber privaten Unternehmen verschafft, die erhöhte Rechtfertigungslasten in der Auferlegung von Pflichten verursachen. So können die Regulierungskosten geringer ausfallen, zumindest aber ist der Kontrollaufwand in der Bereitstellung eines Sicherheitsnetzes für den Fall der Schlechterfüllung nicht *per saldo* höher. Auch dürften die „Grundsätze und Bedingungen“ des Art. 16 EG mehr als nur ein Berücksichtigungsgebot europäischer Rechtssetzung enthalten und in Ausschreibungsverfahren öffentlicher Dienstleistungen zu beachten sein¹⁴¹.

Zu bedenken ist, dass die Eröffnung von Wettbewerb um keinen naturwüchsigen, sondern einen *konstruierten* Markt¹⁴² in Rede steht, wofür transparente Verfahren bereitzustellen sind, an denen eine Steuerung durch öffentliche Unternehmen auszurichten ist. Nach der gefestigten, aber den politischen Prozess „einschnürenden“ Rechtsprechung sind auch Dienstleistungskonzessionen auszuschreiben, soweit das Unternehmen nicht die „gleichen Interessen“ wie die betrauende Körperschaft verfolgt¹⁴³. Das engt Handlungsspielräume gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, die sich nicht vollständig im öffentlichen Eigentum befinden, deutlich ein. Der Verlust an Effizienzvorteilen, die Aufgabenträger durch private Beteiligungen an öffentlichen Unternehmen anstreben, mag als solcher die Aufgabenerfüllung zwar nicht gefährden. Art. 86 Abs. 2 EG verbietet aber eine Anwendung der Vergabevorschriften, welche die Mitgliedstaaten zwingen würde, zu den „klassischen“ Steuerungsformen hoheitlichen Verwaltungshandelns zurückzukehren, um eine Vergabe an Private auszuschließen¹⁴⁴. Die Adressaten können sich zur Vermeidung des offenen Vergabeverfahrens auf die Besonderheiten der Aufgabenerfüllung berufen, wie sie aus der Sicht des Mitgliedstaates durch öffentliche Unternehmen gewährleistet werden. Rechtserhebliche *Gründe* sind mit Blick auf schärfere Transparenzanforderungen an die Betrauung nicht ersichtlich¹⁴⁵. Sie können aber für die Überwachungskosten der privaten Leistungserbringung beachtlich sein und sollten Effizienzgewinne – etwa für die Produktion meritorischer Güter – nicht pauschal im Ausschreibungswettbewerb verbuchen¹⁴⁶. Ein Absehen von der Ausschreibung wird sich kaum auf die Fälle beschränken lassen, wo Sicherheitsstandards in Frage stehen oder Notmaßnahmen zu ergreifen sind.

2. Die Implementierung von Wettbewerbsstrukturen verändert die *Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen*. Zwar bleibt den Mitgliedstaaten die Wahl der Finanzierungsmodi.

¹⁴¹ Vgl. *Linder* (FN 55), S. 245 ff.

¹⁴² Zur US-amerikanischen Idee der „constructed markets“ *Masing*, AöR 128 (2003), S. 558 (568 ff.).

¹⁴³ EuGH Rs. C-23/03 *Stadt Halle*, Slg. 2005, I-0000 Rdnr. 52; Rs. C-29/04 *Möding*, Slg. 2005, I-0000 Rdnr. 45 ff.; gegen eine Korrektur der Rechtsprechung die Kommission, vgl. Mitteilung (FN 123), Rdnr. 4.2.

¹⁴⁴ *Linder* (FN 55), S. 251 f.; *Steinberg* (FN 11), S. 207; anders aber Teile des vergaberechtlichen Schrifttums, das eine Herausnahme aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts nur für Verwaltungsmonopole annimmt, statt vieler *Ziekow/Siegel*, VerwArch. 96 (2005), S. 119 (133 f.) ohne Bezugnahme auf Art. 86 Abs. 2 EG, der nach dieser Lesart die Mitgliedstaaten zur Übernahme von Erfüllungsverantwortung zwingen würde.

¹⁴⁵ Das ist auch das Ergebnis von *Storr* (FN 93), S. 537 ff.

¹⁴⁶ In der Überdehnung des Ausschreibungsmodells droht nicht nur der Ausschluss potentiellen Wettbewerbs *im* Markt zementiert, sondern umgekehrt auch ein Markt *für* Güter simuliert zu werden, die gegebenenfalls effizienter von öffentlichen Unternehmen mit ausschließlichen Rechten bereitzustellen sind.

Diese dürfen aber nicht gegen europäisches Recht, namentlich das Beihilfenrecht verstoßen. Hier könne ein ordnungsgemäß durchgeführtes Ausschreibungsverfahren staatliche Ausgleichszahlungen vor dem Zugriff des Art. 87 Abs. 1 EG immunisieren, wenn und weil der Staat mit der Gewährung eines finanziellen Ausgleichs eine marktmäßige Erbringung gemeinwohlorientierter Dienstleistungen bewirke¹⁴⁷. Folgenreich ist das Verhältnis aber auch in der *umgekehrten* Richtung: Wo kein Ausschreibungswettbewerb durchgeführt wird, kann das Vorliegen einer Beihilfe nicht länger vermutet werden¹⁴⁸. Staatliche Zuschüsse an Unternehmen, die mit einem Gemeinwohlauftrag betraut sind, gelten als marktkonform und sind aus dem Beihilfenregime herausgenommen, soweit nicht mehr als die Nettomehrkosten eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens kompensiert werden. Das folgt aus der *Altmark*-Rechtsprechung, die den unscharfen Begriff der Beihilfe spezifiziert und die Rechtsanwendungspraxis öffentlicher Dienstleistungen einem Anpassungsdruck aussetzt.

a) Dabei steht das Ergebnis weitgehend außer Frage. Solange bei einer Saldierung von Kosten und Einnahmen „unter dem Strich eine Null“¹⁴⁹ steht, sind staatliche Ausgleichszahlungen beihilferechtlich unbedenklich. Das Unternehmen erhält keinen Vorteil und die Maßnahme verbessert auch nicht die Wettbewerbsstellung des Zuwendungsempfängers gegenüber seinen Konkurrenten. Diesen Gedanken überträgt der Gerichtshof nunmehr auf die *verfahrensrechtliche* Behandlung der Kompensation¹⁵⁰. Er sucht die Lösung im Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG, lässt für den Wegfall der Begünstigung den von Generalanwalt *Jacobs* geforderten „unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhang“¹⁵¹ mit der betrauten Dienstleistung aber nicht genügen, sondern geht über das *quid pro quo* hinaus und fordert für die Nicht-Qualifizierung der Ausgleichszahlung als Beihilfe einen Effizienztest¹⁵².

Der wirtschaftliche Vorteil entfällt erst dann, wenn eine klare Austauschbeziehung begründet wurde und der Ausgleich die Kosten nicht übersteigt, welche dem Unternehmen durch die Erfüllung der Dienstleistung unter simulierten Marktbedingungen entstanden sind. Danach muss zu dem hinreichend transparenten Gegenseitigkeitsverhältnis dessen *Angemessenheit* hinzutreten, die sich nicht aus einer aufgabenbezogenen Saldierung der staatlich gewährten Mittel mit den tatsächlichen, sondern mit den „durchschnittlichen“ Kosten des

¹⁴⁷ Vgl. *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779 ff.; krit. *Rodi*, Die Beihilfeaufsicht zwischen nationaler Autonomie und europäischer Metakompetenz, FS Selmer, 2004, S. 479 (496).

¹⁴⁸ So aber die Kommissionspraxis, s. etwa Kommissionsentscheidung v. 24.2.1999, Staatliche Beihilfe NN 70/98 *Kinderkanal und Phoenix*, ABl. C 238 v. 21.8.1999; für einen flexiblen Beurteilungsmaßstab GA *Stix-Hackl*, Schlussanträge zu verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01 *Enirisorse*, Slg. 2003, I-14243 Rdnr. 157.

¹⁴⁹ *Linder* (FN 55), S. 236.

¹⁵⁰ Vgl. *Leibenath*, EuR 2003, 1052 (1055). *Gromnicka*, EPL 11 (2005), S. 460 f. betrachtet den Einsatz des Beihilfenrechts „as an instrument for the proceduralisation of public service obligations“ und weist auf die darin angelegte Europäisierung nationaler Aufsichtsstrukturen hin.

¹⁵¹ Vgl. GA *Jacobs* in den Schlussanträgen zu der Rs. C-126/01 *Gemo*, Slg. 2003, I-13797 Rdnr. 119.

¹⁵² Darin sieht *Wachinger*, ZögU 2004, 56 (68) eine Kurskorrektur, wobei die Bezeichnungen variieren; zum „market economy test“ und seinen Wurzeln im US-amerikanischen Antidumpingrecht *W. Schroeder*, ZHR 161 (1997), S. 805 (817 ff.).

Unternehmens ergibt¹⁵³. Im Beihilfenrecht, das nicht zur Ausschreibung zwingt, aber Wettbewerbsverfälschungen zu verhindern sucht, ist das sachgerecht. Um eine Rechtfertigung durch die Kommission oder den Rat zu vermeiden, müssen die Mehrkosten, welche durch die Betrauung mit dem Gemeinwohlaufrag verursacht werden, im Wege eines Kostenvergleichs unter Berücksichtigung der erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Leistungserbringung ermittelt werden. Ist das wegen *marktferner* Besonderheiten der Dienstleistung nicht möglich und sollen hypothetische oder abstrakte Bezugswerte nicht zu „willkürlichen Resultaten“¹⁵⁴ führen, verschiebt sich das Rechtsproblem in der *Altmark*-Logik auf Art. 86 Abs. 2 EG.

Dass sich der Gerichtshof zum Verhältnis zwischen Art. 87 Abs. 1 und Art. 86 Abs. 2 EG nicht geäußert hat, gab Anlass zu rechtsdogmatischer Kritik¹⁵⁵ und Raum für Fehleinschätzungen. Liegt tatbestandlich keine Beihilfe vor, kann deren Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt in der Tat nicht mehr festgestellt werden¹⁵⁶. Es ist der Kommission jedoch unbenommen, von Amts wegen oder auf Beschwerden von Dritten ein Prüfverfahren zu eröffnen, das sich auf die mitgliedstaatliche Einhaltung der *Altmark*-Kriterien erstreckt. Deren Nicht-Erfüllung besagt, dass eine Begünstigung vorliegt, nicht aber, inwieweit dadurch Rechtfertigungsmöglichkeiten und eine Berufung auf Art. 86 Abs. 2 EG abgeschnitten sind.

Letzteres wäre zu bejahen, wenn von einer Vorgreiflichkeit der Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 EG¹⁵⁷ in den Verfahren nach Art. 88 EG auszugehen ist. Diese Vorschriften sind Ausdruck einer positiven Wettbewerbspolitik in *Anwendung* des Vertrags¹⁵⁸ und beschränken den Raum für erforderliche Abweichungen nach Art. 86 Abs. 2 EG, dürfen aber nicht im Sinne eines „schematischen Vorrangs“ verstanden werden, zumal die Anwendung der beihilferechtlichen Verfahrenspflichten die Aufgabenerfüllung verhindern kann. Allerdings wird das Gefährdungspotential von Notifikationspflicht und Durchführungsverbot unter-

¹⁵³ Die ersten beiden *Altmark*-Kriterien betreffen die *causa* des Ausgleichs, die letzteren dessen Angemessenheit. Die Entscheidung ist geradezu salomonisch, was die Urteilsanalyse bestätigt, wenn die einen den faktischen Wettbewerbsdruck und die anderen das Absehen von einer rechtlichen Ausschreibungsverpflichtung kritisieren. Tatsächlich zielt das Urteil auf eine ebenenschonende Optimierung europäischer Gemeinwohlbelange, wozu die öffentlichen Dienstleistungen in mitgliedstaatlichen Regelungsstrukturen gehören: *Wernicke*, EuZW 2003, 481.

¹⁵⁴ GA *Tizzano*, verb. Rs. C-83/01 P, C-93/01 P und C-94/01 P *Chronopost*, Slg. 2003, I-6993 Rdnr. 55.

¹⁵⁵ Vgl. *Jennert*, NVwZ 2004, 425 (426 ff.); ausf. zum Spannungsverhältnis zwischen Art. 87 und Art. 86 Abs. 2 EG jüngst *ders.* (FN 106), S. 191 ff., 259 ff.; anders *Erhardt*, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 2003, S. 152 ff., 245 ff.

¹⁵⁶ In der umgekehrten Richtung hatte noch EuGH Rs. 78/76 *Steinike*, Slg. 1977, 565 argumentiert: Um eine Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG vornehmen zu können, müsse Art. 87 Abs. 1 alle Unternehmen erfassen, denen staatliche Zahlungen gewährt werden.

¹⁵⁷ Das war die Position von EuG Rs. T-106/95 *FFSA*, Slg. 1997, II-229 Rdnr. 165 ff.; bekräftigt in Rs. T-46/97 *SIC*, Slg. 2000, II-2125 Rdnr. 83 f.; jetzt aber Rs. T-274/01 *Valmont*, Slg. 2004, II-0000 Rdnr. 130 f. Auf die Rechtsprechung des EuGH konnte sich das EuG nicht stützen, zumal der Hinweis auf EuGH Rs. C-387/92 *Banco Exterior de España*, Slg. 1994, I-877 Rdnr. 21 mit dem hier hineingelesenen Nachrang des Art. 86 Abs. 2 EG gegenüber den Genehmigungstatbeständen nicht eindeutig ist: *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (259 mit Fn. 75).

¹⁵⁸ *GH-Pernice/Wernicke*, Art. 86 Rdnr. 57.

schiedlich beurteilt. Auch dürfte die *Freistellung* staatlicher Ausgleichszahlungen vom Vertrag keiner abschließenden Konkretisierungskompetenz der Kommission nach Art. 86 Abs. 3 EG vorbehalten sein¹⁵⁹. *Altmark Trans* entscheidet die maßgebliche Frage nach dem Erhalt einer zentralen Kompetenz für die Einheit des Binnenmarkts zugunsten der staatlichen Verantwortung für die finanzielle Absicherung öffentlicher Dienstleistungen¹⁶⁰ und überlässt es dem Zusammenspiel der politischen Akteure, die Berechnungsmodalitäten für die Höhe der ausgleichsfähigen Kosten festzulegen.

Unverkennbar wird über die teleologische Reduktion des Beihilfenbegriffs der Anwendungsbereich von Art. 86 Abs. 2 EG schmaler¹⁶¹. Die Norm wird von der Bewältigung der Beihilfenproblematik „entlastet“ und stärker für aufgabenspezifische Gefährdungslagen zentraler Steuerung reserviert. Art. 86 Abs. 2 EG kommt aber dort zum Zuge, wo sich seine Voraussetzungen von den *Altmark*-Kriterien unterscheiden, mithin keine einheitliche Auslegung geboten ist. Das wird man für das Betrauungserfordernis und das materielle Verbot von Überkompensationen zu verneinen haben, nicht aber für das verfahrensrechtliche Erfordernis einer *ex ante* Bestimmung der Ausgleichsparameter unter der wettbewerbsanalogen Bedingung der Kostenausgleichseffizienz für die Berechnung der Mehrkosten aufgrund der beabsichtigten Aufgabendurchführung¹⁶². Zur *ex post* Feststellung der tatsächlich entstandenen Kosten hat der Gerichtshof keine Feststellungen im Zusammenhang mit Art. 86 Abs. 2 EG getroffen, was die Entscheidung *Ferring* noch hatte tun können, weil dort ein individualisierter Kostenmaßstab für Art. 87 Abs. 1 EG angelegt wurde¹⁶³. Auf die hierzu geäußerte Kritik¹⁶⁴ reagierte der Gerichtshof mit keiner Abkehr, sondern einer prozeduralen Verschärfung der von den Mitgliedstaaten mehrheitlich favorisierten¹⁶⁵ Tatbestandslösung, was ihm erlaubte, zu Art. 86 Abs. 2 EG zu schweigen.

b) *Altmark* verbindet den Ausgleichsansatz mit den Bedenken des Beihilfenansatzes und lässt sich nicht sauber in das rechtsdogmatische Gerüst von Tatbestands- oder Rechtfertigungslösung einordnen. Die Wertungen des Art. 86 Abs. 2 EG werden in den Beihilfenbegriff aufgenommen und *hier* um marktbezogene Angemessenheitskriterien ergänzt, damit aber nicht als aufgabenbezogener Ausgleichsmaßstab suspendiert. Lässt man einmal rechtsdogmatische Quisquilien beiseite und betrachtet das normative Problem unter einer Governance-Perspektive, so treten drei zentrale Aussagen der *Altmark*-Judikatur hervor:

¹⁵⁹ A. A. Jennert, NVwZ 2004, 425 (429 f.).

¹⁶⁰ Es obliegt den Mitgliedstaaten kraft ihrer politischen Gestaltungsfreiheit, auf eine wettbewerbsneutrale Ausgestaltung ihrer Förderpraxis hinzuwirken: richtig *Rodi* (FN 147), S. 494 f. mit dem Hinweis auf eine „geteilte Definitionshoheit“ über den Beihilfenbegriff.

¹⁶¹ So auch *Colneric* (FN 73), S. 437.

¹⁶² Mit dem Effizienzkriterium wird der Kommission nicht der Weg zur Stärkung eines Initiativwettbewerbs um kostengünstigere Modelle der Dienstleistungsorganisation verbaut, ähnlich *Wachinger*, ZögU 2004, 56 (66).

¹⁶³ EuGH Rs. 53/00 *Ferring*, Slg. 2001, I-9067 Rdnr. 25 ff.

¹⁶⁴ Vgl. *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (262 f.); *P. Nicolaidis*, ECLR 2002, 313 (316).

¹⁶⁵ Vgl. *GH-Pernice/Wernicke*, Art. 86 Rdnr. 98.

Erstens ist das institutionelle Design betroffen. Es geht nicht um den materiellen Maßstab, sondern um die Frage, wie viel Macht der Kommission überlassen ist, über die Notifizierungspflicht von Beihilfen die Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen zu kontrollieren. Der Wegfall von Anmeldepflicht und Ausführungssperre für staatliche Kompensationszahlungen beschneidet nicht die Kontrollkompetenz der Kommission, sondern verschiebt Informationsflüsse. Die *Kommission* erhält die erforderlichen Kenntnisse über beihilferelevante Vorgänge nicht mehr automatisch von den betroffenen Mitgliedstaaten, sondern wird auf die Informationen des Konkurrenten verwiesen, der einen finanziellen Ausgleich für das ausgewählte Unternehmen als wettbewerbsverfälschenden Markteingriff abzuwehren sucht. In der dezentralen Logik des europäischen Rechtsschutzes wird es freilich auf die nationalen Gerichte¹⁶⁶ ankommen, die Kompensationskriterien zu implementieren. Das verändert die aufsichtsrechtlichen Regelungsstrukturen¹⁶⁷ und macht deutlich, dass der Kommission kein exklusives Mandat zur Beihilfenkontrolle zugesprochen werden kann.

Zweitens erzeugt die Schärfung des Beihilfentatbestandes unter Effizienzaspekten einen Kostendruck, wobei das Risiko der Fehleinschätzung des Beihilfecharakters der Ausgleichszahlung auf die Mitgliedstaaten und die Unternehmen verlagert wird¹⁶⁸. Das wird man kaum als eine Instrumentalisierung von Rechtsunsicherheit brandmarken können, sondern als eine Relativierung des Modells hierarchischer Steuerung zu betrachten haben. So ist von den *Mitgliedstaaten* zu beurteilen, ob die Ausgleichszahlung zu einer Überkompensation führt und es obliegt ihnen, die vom Gerichtshof formulierten Voraussetzungen für den Begünstigungsausschluss zu schaffen. Soweit die Mitgliedstaaten dadurch gehalten sind, auf die Etablierung effizienter Kostenstrukturen hinzuwirken, liegt darin noch kein Eingriff in ihre Organisationskompetenz. Es kommt vielmehr auf den Kontext effizienzsteigernder Governance an. Das Beihilfenrecht zielt insoweit auf eine Überwindung der kameralistischen Perspektive, die Kostenaufblähungen und Wettbewerbsverfälschungen durch einen Ausgleich der tatsächlichen Kosten nicht wirksam entgegentreten kann¹⁶⁹. Hier wird dem Umstand, dass es sich um eine öffentliche Dienstleistung handelt, dadurch begegnet, dass von den Aufgabenträgern nicht die Konstruktion des Marktpreises im Wege eines förmlichen Vergabeverfahrens verlangt wird, sondern eine transparenzsichernde Ausschreibung¹⁷⁰ genügt, deren Ausgestaltung mitgliedstaatlicher Entscheidung überlassen ist.

Drittens folgt daraus, dass die Akteure über Wahlmöglichkeiten verfügen, die Konformität von Ausgleichszahlungen mit dem Europarecht herzustellen¹⁷¹. Das betrifft vorbehaltlich sekundärrechtlicher Regelungen die Frage, ob die Dienstleistung, deren Ergebnisse von

¹⁶⁶ Zur erleichterten Durchsetzung der Beihilferechtswidrigkeit *Bartosch*, EuZW 2005, 396 ff.

¹⁶⁷ Zur Transformation nationaler Governance-Strukturen durch das europäische Wettbewerbsrecht *Schepel*, CMLR 39 (2002), S. 31 ff.

¹⁶⁸ *Leibenath*, EuR 2003, 1052 (1060 f.); *Schweitzer* (FN 64), S. 284 f.; krit. *Kämmerer*, NVwZ 2004, 28 (33).

¹⁶⁹ *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (262 f.), allerdings mit der Erstreckung des Effizienzgebotes auf Art. 86 Abs. 2 EG, wodurch der Aufgabenbezug der Norm aus dem Blick zu geraten droht.

¹⁷⁰ So auch *Dörr*, NZBau 2005, 617 (621 ff.).

¹⁷¹ Krit. *Jennert*, NVwZ 2004, 425 (428); *A. Gärtner*, ZEuS 2005, 239 (248 f.).

staatlicher Seite zu gewährleisten sind, ausgeschlossen werden soll. Die Unsicherheiten, die ein Verzicht auf die Ausschreibung mit sich bringt, können für den Fall, dass Vergleichsmaßstäbe zur Ermittlung der durchschnittlichen Kosten fehlen, durch eine Notifizierung der Ausgleichszahlungen oder einen Negativbescheid verringert werden. Dabei handelt es sich freilich um keine Rechtspflichten und zum anderen ist festzuhalten, dass der Wahl eine Maßstabsdifferenz entspricht¹⁷². Entweder die mit einer öffentlichen Dienstleistung betrauten *Unternehmen* bemühen sich um eine effiziente Kostenstruktur und können dann unbehelligt von der Kommission staatliche Ausgleichszahlungen in Anspruch nehmen. Oder sie begnügen sich mit den tatsächlich entstandenen Kosten unter Berufung auf Art. 86 Abs. 2 EG, gehen dann aber das Risiko einer Rückforderung ein, soweit keine Freistellung vorliegt und nicht notifiziert worden ist. Der Gerichtshof drehte lediglich an der „Notifizierungsschraube“ und erleichtert es den Mitgliedstaaten, ihrer Verantwortung für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen nachzukommen. Verschiebungen des Ausgleichsmaßstabs für die Aufgabensicherung nach Art. 86 Abs. 2 EG sind damit nicht verbunden. Es bleibt der Kommission überlassen, die konkreten Berechnungsmodalitäten festzulegen, wobei eine Beschränkung des Kostenausgleichs auf den Marktpreis der Mitwirkung des Rates bedarf¹⁷³ und eine Umpolung in dem Sinne, die Kostenerstattung vom Aufgabenbezug der Dienstleistung abzukoppeln, angesichts der gefestigten Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EG eine Vertragsänderung voraussetzen würde. Das ist nicht zu erwarten.

c) Die Kommission scheint den sich abzeichnenden Wandel nur teilweise zu berücksichtigen. Allerdings ist zu betonen, dass sie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs über erhebliche Gestaltungsspielräume verfügt. In der erweiterten Union sind diese Spielräume zur Realisierung des europäischen Gemeinwohls im Rahmen der Kompetenzordnung unverzichtbar, wobei sich aus der Ausgestaltungsbefugnis auch die Möglichkeit zur begrenzten „Gegensteuerung“ ergeben dürfte. Immerhin scheint die Kommission für die Finanzierung öffentliche Dienstleistungen den sektoralen Ansatz von *Gruppenfreistellungen* fortzusetzen. Staatshilfen, die nicht die *Altmark*-Kriterien erfüllen, können als Beihilfen nach Art. 3 der Freistellungsentscheidung über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG von der Notifizierungspflicht nach Art. 88 Abs. 3 EG befreit sein. Ausgleichszahlungen, die nicht in den Anwendungsbereich dieser Entscheidung fallen, müssen demgegenüber angemeldet werden und können nach Maßgabe des *Gemeinschaftsrahmens* für staatliche Beihilfen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden. Vorausgesetzt wird ein öffentlicher Auftrag, der hinreichend klar die Gemeinwohlverpflichtungen, die beauftragten Unternehmen und

¹⁷² Anders aber *Koenig/Kühling*, ZHR 166 (2002), S. 681 f.; *Bauer*, EuZW 2006, 7 (10 f.).

¹⁷³ Das ist mehr als ein politisches Gebot, da sich aus Art. 86 Abs. 3 EG nicht die Kompetenz der Kommission ergibt, die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen umfassend den Marktprinzipien zu unterwerfen. Zwar kann die Kommission auf dieser Grundlage eine „Politik der Umstrukturierung“ betreiben, vgl. im Anschluss an EuGH Rs. C-202/88 *Endgeräte*, Slg. 1991, I-1223 Rdnr. 14 f. GH-*Pernice/Wernicke*, Art. 86 Rdnr. 71. Doch dabei handelt es sich um einen Konkretisierungsauftrag bestehender Verpflichtungen, der weder Rat noch Parlament binden. Im Entschluss der Kommission, für Liberalisierungsmaßnahmen nicht mehr auf Art. 86 Abs. 3 EG, sondern auf die Binnenmarktkompetenz nach Art. 95 EG zuzugreifen – vgl. *Héritier*, JEPP 2001, 825 (838 ff.) – verbirgt sich nicht bloß politische Rücksichtnahme, sondern die Einsicht, dass es sich um keine legislative, sondern eine administrative Kompetenz handelt: *Baquero Cruz* (FN 56), S. 202 f.

die Ausgleichsparameter benennt, wobei der gewährte Ausgleich nicht dazu verwendet werden darf, auf anderen Märkten tätig zu werden.

Rechtspflichten erwachsen den Unternehmen aus dem Gemeinschaftsrahmen indes nicht. Er statuiert eine Selbstbindung der Kommission, die auf diese Weise deutlich macht, dass sie jenseits der *Altmark*-Kriterien die Beihilfenkontrolle nicht aus der Hand zu geben beabsichtigt, für die Genehmigung nach Art. 86 Abs. 2 EG aber einen tatsächlichen Kostenmaßstab¹⁷⁴ zugrunde legen und sich für notifizierte Beihilfen im Prinzip auf eine Missbrauchskontrolle beschränken will. Andererseits werden dort aber Vorgaben für den Raum zwischen zulässiger Quersubventionierung und unzulässiger Überkompensation getroffen, die auf die *Altmark*-Freistellung zurückwirken, da die Mitgliedstaaten zu einer Kontrolle der Berechnungsparameter für den Einsatz von Beihilfen angehalten werden¹⁷⁵. Die Flexibilisierungen, die im Maßnahmenpaket der Kommission nunmehr vorgenommen werden, sind an die Erfüllung von Kriterien gebunden, die es der Kommission ermöglichen sollen, eine wirksame Überwachung durch die Mitgliedstaaten sicherzustellen. Diesen Ansatz will die Kommission im Rahmen der *Reform des Beihilfenrechts* ausbauen, was mit Blick auf die Einführung mitgliedstaatlicher Leistungsnormen für eine Erfolgskontrolle staatlicher Beihilfen auf kompetenzrechtliche Bedenken stößt¹⁷⁶.

Viel wäre gewonnen, sollte eine politische Linie zur Kodifikation öffentlicher Dienstleistungen in einer *Rahmenrichtlinie* gefunden werden. Aber die Haltung der Mitgliedstaaten ist eher zurückhaltend, sieht man von den Kompetenzgrenzen ab, die aus einem Umkehrschluss zur Regelung im Verfassungsvertrag gezogen werden, wonach erst bei dessen Inkrafttreten eine zweifelsfreie Grundlage für einen sektorübergreifenden Ansatz bestehen würde. Art. II-122 Satz 2 VVE ermöglicht es den Unionsorganen, den sozialen Anliegen der Unionsbürger am Erhalt funktionierender Grundstrukturen öffentlicher Dienstleistungen durch *Gesetz* nachzukommen. Darin mag ein „Redaktionsversehen“ des Konvents gesehen werden können¹⁷⁷. Im sensiblen Feld öffentlicher Dienstleistungen hätte eine weichere Rechtsetzungsbefugnis nahe gelegen, wengleich mit der Kompetenzverschränkung im Ergebnis dies erreicht sein dürfte.

Tiefer liegend verweist die Frage nach dem Zweck einer horizontalen Regelung auf das Grunddilemma der Union, eine föderale Balance zwischen Einheit und Vielfalt in der *Tugend des Dazwischen* herstellen zu müssen.¹⁷⁸ Eine Rahmenrichtlinie kann mit guten Grün-

¹⁷⁴ Der *Gemeinschaftsrahmen* (FN 112) verweist in Rdnr. 16 ausdrücklich auf EuGH verb. Rs. C-83/01 P und C-94/01 P *Chronopost*, Slg. 2003, I-6993 und folgt damit jenen Vorschlägen im Schrifttum, die im Anschluss an die *Altmark*-Rechtssprechung von einer Maßstabdifferenz ausgehen.

¹⁷⁵ Vgl. *Gemeinschaftsrahmen* (FN 112), Rdnr. 20.

¹⁷⁶ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrats v. 23.9.2005, BR-Drs. 509/05 Nr. 2.

¹⁷⁷ So für den Konventsentwurf v. *Danwitz* (FN 62), S. 266.

¹⁷⁸ Jünger *J. P. Olsen*, Unity and diversity – European style, Arena Working Paper Nr. 24, 2005.

den als Schritt in die Unitarisierung öffentlicher Dienstleistungen abgelehnt werden¹⁷⁹. Immerhin würde der Erhalt eines dezentralen Ansatzes die Autonomie der Mitgliedstaaten in der grundrechtlichen Ausgestaltung der Leistungserbringung wahren und ein Hinüberziehen der mitgliedstaatlichen Daseinsvorsorge in die Einschränkungskonstellationen europäischen Grundrechtsschutzes¹⁸⁰ erschweren. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass bereits Art. 16 EG das Konzept öffentlicher Dienstleistungen mit der Bezugnahme auf den territorialen und sozialen Zusammenhalt in gewisser Weise „vergemeinschaftet“ und in den Rang einer verfassungsrechtlichen *Ergebnissicherungspflicht*¹⁸¹ erhebt, damit aber auch Verpflichtungen zum Abbau von Rechtsunsicherheit begründet. Die Kritik gegenüber einer unionspolitischen Aufladung der Daseinsvorsorge scheint den gegenwärtigen Zustand in Kauf zu nehmen und sich gegen eine Politisierung der europäischen Entscheidungsstrukturen zu richten¹⁸².

Aber die Vorstellung einer trotzig zu bewahrenden Rechtsgemeinschaft führt die Union nicht weiter. Das braucht angesichts der positiven Effekte eines Einfrierens des *status quo* vor dem Hintergrund neuer Renationalisierungsbestrebungen nicht bedauert werden. Als Geschöpf des Rechts¹⁸³ feierte die Union ihre größten Erfolge, wozu der Binnenmarkt als politisches Projekt zweifellos gehört. Doch schon die Erfahrungen mit der jüngsten „Erweiterungsgeschichte“ machen deutlich, dass nicht mehr auf einen unhinterfragten *aquis communautaire* gesetzt werden kann und der Herrschaft des Rechts – wie sie der Union durch Art. 6 Abs. 1 EU nicht nur in symbolischer Weise eingeschrieben ist¹⁸⁴ – keine Entwicklungsgesetzmäßigkeiten zu entnehmen sind. Über die Zukunft der europäischen Idee und damit einer Grundlage für die Staatlichkeit ihrer Teile wird nicht rechtlich, sondern politisch entschieden.

Das gilt auch für eine Rahmenrichtlinie zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die keine aktive Daseinsvorsorgepolitik der Union begründen, aber die Gewährleistungsverantwortung der Mitgliedstaaten schärfen könnte¹⁸⁵. Sie wäre eine inhaltliche *Selbstverpflichtung* der Union für den Erlass sektoraler Maßnahmen, würde aber keine neuen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten schaffen, sondern primärrechtliche Verpflichtungen konkretisieren, wobei die Ausfüllung der Spielräume sich nicht im sklavischen Nachvollzug gerichtli-

¹⁷⁹ Vgl. *Burgi*, VerwArch. 93 (2002), S. 273 f.; *Schweitzer* (FN 64), S. 294; *Nettesheim*, Die politische Gemeinschaft der Unionsbürger, FS Badura, 2004, S. 193 (204 f.); gegen eine Kompetenz zur Regelung materieller Mindeststandards auch *Storr* (FN 93), S. 339 f., 349 f.

¹⁸⁰ Zur Erweiterung der Bindungskonstellationen *Scheuing*, EuR 2005, 162 (164 ff.).

¹⁸¹ Von einer „Bestands- und Entwicklungsgarantie“ ausgehend *Borchardt* (FN 132), O 11 f.; v. *Danwitz* (FN 62), S. 259, 267; s. auch *Krajewski*, DÖV 2005, 665 (673); *Knauff* (FN 3), S. 109 f.

¹⁸² Deutlich *Schweitzer* (FN 64), S. 309 ff.; zu scharf die Gegenüberstellung von „Entpolitisierung“ und „Europäisierung“ bei *Burgi*, VerwArch. 93 (2002), S. 272 f.; differenzierter *Nettesheim* (FN 179), S. 200 ff.

¹⁸³ *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 33.

¹⁸⁴ Anders *Halter* (FN 36), S. 279 ff.

¹⁸⁵ Das übersieht *Storr*, DÖV 2002, 357 (361), wenn er die Stärkung des Regelungsbereichs der Mitgliedstaaten auf die vertikale Kompetenzverteilung reduziert. Schutz ist aber nicht nur *gegen*, sondern auch – langfristig effektiver – *durch* die Union zu erhalten, die weder allein dem Systemgedanken des Wettbewerbs verpflichtet ist noch Art. 86 Abs. 2 EG in die Hände der Kommission legt.

cher Interpretationslinien erschöpfen muss¹⁸⁶. Mit diesem Inhalt ließe sich eine „schlanke“ Rahmenrichtlinie auf Art. 95 EG stützen, der für Liberalisierungs- und Harmonisierungsmaßnahmen in den Bereichen öffentlicher Dienstleistungen heranzuziehen wäre, um mitgliedstaatliche Ausgestaltungsspielräume zu präzisieren¹⁸⁷. Es steht nicht das Vorhandensein einer Rechtsgrundlage in Frage, sondern das Maß der rechtlichen Beschränkungen in der *Kompetenzausübung*. Einschränkungen dürften sich weniger im Hinblick auf den erforderlichen Bezug zum Binnenmarkt ergeben als dadurch, dass kein abschließender Katalog nicht wirtschaftlicher Tätigkeiten im Sinne von Positiv- oder Negativlisten gefordert werden kann¹⁸⁸. Hier greifen das Verhältnismäßigkeits- und das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzausübungsregeln. Überzeugende Gründe, warum die Koordinierungsaufgabe des Art. 16 EG unter der gebotenen Schaffung von Rechtssicherheit für die Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG zugunsten öffentlicher Dienstleistungen *leer laufen* sollte, sind demgegenüber nicht ersichtlich¹⁸⁹.

V. Schluss

Die Europäische Union hat die „Daseinsvorsorge“ der Mitgliedstaaten als potentielle Lebensader längst entdeckt. Zugunsten ihrer Teile werden die aus dem „toten Winkel“ der europäischen Wettbewerbspolitik¹⁹⁰ herausgetretenen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aber nur begrenzt zur Einheitsbildung genutzt werden können und dürfen. *Auswahlentscheidungen* haben die Mitgliedstaaten in der unionsverfassungsrechtlich verbürgten Eigenverantwortung zu treffen. Und allein über Auswahlregelungen sind die *Finanzierungsfragen* einer angemessenen Erbringung öffentlicher Dienstleistungen nicht zu bewältigen.

Einen Schlüssel zum Verständnis des europäischen Gewährleistungsstaates liefert Art. 86 Abs. 2 EG. Seine Präzisierung obliegt dem Zusammenspiel der politischen Akteure. Das Primärrecht ist auf eine rechtliche Ausgestaltung angewiesen, wobei es der Verfassungscharakter der Verträge aber nicht zulässt, den Zugriff der Normen von einer sekundärrechtlichen Konkretisierung abhängig zu machen. Der Verfassungsverbund erlaubt es auch nicht, der Kommission ein exklusives Mandat zur Steuerung der Ausgleichsmechanismen zuzusprechen. Das hat der Gerichtshof in der *Altmark*-Entscheidung deutlich gemacht, indem er

¹⁸⁶ Vgl. *Linder* (FN 55), S. 214 ff.; *Steinberg* (FN 11) S. 221. Der Vorteil kann darin bestehen, die prozeduralen Anforderungen zu benennen, unter denen mitgliedstaatliche Gestaltungsmöglichkeiten öffentlicher Dienstleistungen eine europarechtliche Anerkennung finden.

¹⁸⁷ Vgl. *Rodrigues*, RMCUE 2003, 503 ff. Schon *de lege lata* erscheint es nicht ausgeschlossen, Art. 86 Abs. 2 EG eine Anwendbarkeit gegenüber den Unionsorganen dergestalt zuzusprechen, dass seine Wertungen bei der Inanspruchnahme von allgemeinen Kompetenznormen zu berücksichtigen sind: *Baquero Cruz* (FN 56), S. 208 f.

¹⁸⁸ So auch *Borchardt* (FN 132), O 17.

¹⁸⁹ Schon *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 49 f. konnte sich ein Rahmengesetz zur Daseinsvorsorge vorstellen. Mit der Relativierung des Staates als Fluchtpunkt rechtswissenschaftlichen Denkens muss das aber nicht in europäische Staatlichkeit münden, a.A. *Ronellenfisch*, Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff, in: Blümel (Hrsg.), Ernst Forsthoff, 2003, S. 53 ff. (114).

¹⁹⁰ Vgl. *Nettesheim* (FN 39), S. 41.

die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Realisierung der Vertragsziele unter Berücksichtigung ihrer Interessen am Erhalt einer politischen Steuerung öffentlicher Dienstleistungen stärkt, damit aber von überzeichneten Einheitskonzeptionen zugunsten der Wahrung *europäischer Vielfalt* Abstand nimmt¹⁹¹. Dadurch hat der Gerichtshof seine Rolle als Verfassungsgericht untermauert und dem europäischen Gewährleistungsstaat eine Richtung aufgezeigt, die sich als eine mögliche, aber anspruchsvolle Option für die Politik darstellt.

¹⁹¹ So könnten am Ende die Mitgliedstaaten im Bestreben um den Erhalt öffentlicher Dienstleistungen als *amici curiae* hervortreten. Zumindest im Beihilfenrecht haben sie sich gegenüber der Kommission durchsetzen können. Das muss die Union nicht schwächen, sondern kann als Chance begriffen werden, das Politische – wenn nicht postmodern, so doch pluralistischer – neu zu definieren.