

Constanze Philipp

EU und Daseinsvorsorge

Unionsrechtliche Vorgaben und
nationale Spielräume bei
Daseinsvorsorgeeinrichtungen in
Deutschland und Frankreich



Constanze Philipp

EU und Daseinsvorsorge

Unionsrechtliche Vorgaben und nationale Spielräume
bei Daseinsvorsorgeeinrichtungen in Deutschland und
Frankreich

utzverlag · München 2019

Europäisches und Internationales Recht
Band 94

broschiert-Ausgabe:

ISBN 978-3-8316-4800-9 Version: 1 vom 13.08.2019

08:06:24

Copyright© utzverlag 2019

Alternative Ausgabe: Ebook (PDF)

ISBN 978-3-8316-7495-4

Copyright© utzverlag 2019

Constanze Philipp

EU und Daseinsvorsorge

Unionsrechtliche Vorgaben und nationale
Spielräume bei Daseinsvorsorgeeinrichtungen in
Deutschland und Frankreich



Europäisches und Internationales Recht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Georg Nolte und Prof. Dr. Rudolf Streinz
Humboldt-Universität zu Berlin und Ludwig-Maximilians-Universität München

begründet von

Prof. Dr. Bruno Simma
unter dem Titel Europarecht–Völkerrecht

Band 94

Umschlagabbildung: ©pixabay



Zugl.: Diss., München, Univ., 2018

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

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Sämtliche, auch auszugsweise Verwertungen bleiben vorbehalten.

Copyright © utzverlag · 2019
ISBN 978-3-8316-4800-9

Printed in EU
utzverlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

Inhaltsverzeichnis

VORWORT	XI
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	XIII
EINLEITUNG	1
A. Aufgabenstellung und Zielsetzung der Arbeit	1
B. Gang der Arbeit	7
KAPITEL 1: GRUNDLAGEN	11
Unterkapitel 1: Begriffe auf Unionsebene – DAI und DAWI	12
A. DAI	12
B. DAWI	15
I. DAWI im Primärrecht	16
II. Definition	16
Unterkapitel 2: Begriffe auf Ebene der Mitgliedstaaten – Deutschland und Frankreich	24
A. Deutschland	24
I. Öffentliche Aufgaben	24
II. Staatsaufgaben	25
1. Definitionen des Begriffs der Staatsaufgaben	25
a) Grundgesetz	26
b) Rechtsprechung	27
c) Literatur	27
2. Grundlagen für die konkrete Aufgabenfindung	30
a) Staatszielbestimmungen als Staatsaufgabennormen.....	31
b) Die Regeln über die Kompetenzverteilung Art. 70 ff. GG und Art. 83 ff. GG als Staatsaufgabennormen	32
c) Die Grundrechte als Staatsaufgabennormen	33
3. Verhältnis Staatsaufgaben und öffentliche Aufgaben.....	34
III. Aufgaben der Daseinsvorsorge	34
1. Die ursprüngliche Definition des Begriffs	34
2. Entwicklung des Begriffs und Kritik	35

3. Gegenstände der Daseinsvorsorge	37
4. Verhältnis von Aufgaben der Daseinsvorsorge zu Staatsaufgaben und zu öffentlichen Aufgaben	38
IV. Ergebnis.....	38
B. Frankreich.....	39
I. Service public	40
1. Definition	40
2. Erläuterung der einzelnen Definitionsmerkmale	42
a) Formelles oder organisatorisches Kriterium	43
b) Materielles Kriterium	44
3. Verfassungsrechtliche Grundlagen des service public.....	44
a) Verfassung in Frankreich	45
b) In Bezug auf den service public einschlägige französische Verfassungsnormen	45
(1) Abs. 9 der Präambel der französischen Verfassung von 1946	45
(2) Art. 11 Abs. 1 C	46
(3) Art. 71-1 C	46
(4) Art. 34 C	47
4. Die „Lois Rolland“	48
II. Service public national und service public local	50
1. Definitionen	50
2. Bestandteile	51
III. Service public constitutionnel	51
1. Definition	51
2. Gegenstände des service public constitutionnel.....	52
Unterkapitel 3: Vergleich der Konzepte	54
A. Vergleich des deutschen mit dem französischen Konzept.....	54
B. Vergleich der mitgliedstaatlichen Konzepte mit dem europäischen Konzept	56
Unterkapitel 4: Schaffung eines Binnenmarktes als wesentliches Ziel der Union gem. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 EUV	59
A. Definition und Bedeutung des Binnenmarkts	59
B. Verhältnis des Binnenmarktziels zu den mitgliedstaatlichen Konzepten der Daseinsvorsorge und des service public	61

KAPITEL 2: GESETZGEBUNGSVERFAHREN IN DER EUROPÄISCHEN UNION UND ROLLE DER KOMMISSION IM BEREICH DER LIBERALISIERUNG	63
Unterkapitel 1: Liberalisierung	63
A. Begriffsdefinition	64
I. Abgrenzung Liberalisierung und Privatisierung	65
1. Funktionale Privatisierung (Erfüllungsprivatisierung)	65
2. Organisationsprivatisierung (formelle Privatisierung)	66
3. Aufgabenprivatisierung (materielle Privatisierung)	67
II. Abgrenzung Liberalisierung zu Regulierung und Deregulierung ...	68
B. Verankerung der Liberalisierung im Primärrecht	69
I. Ausdrückliche Nennung der Liberalisierung im Primärrecht	69
II. Implizite Verankerung der Liberalisierung im Primärrecht	70
C. Grenzen der Liberalisierung	71
I. Geschriebene Schranken der Grundfreiheiten	72
II. Ungeschriebene Schranken der Grundfreiheiten	73
1. Entwicklung der ungeschriebenen Schranken	73
2. Typologie der ungeschriebenen Schranken	74
3. Die ungeschriebene Schranke des Umweltschutzes	75
a) Der Umweltschutz als europäischer Wert.....	78
b) Umweltschutz als Rechtfertigung nicht unterschiedslos anwendbarer Maßnahmen	81
(1) Begründung	82
(2) Anforderungen – Strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung	84
D. Kritik an der Liberalisierung.....	85
I. Gefahr der Monopolbildung	85
II. Gefährdung der nachhaltigen Entwicklung	87
Unterkapitel 2: Überblick über die Kompetenzverteilung innerhalb der Union und die Kompetenztitel bei Liberalisierung von DAWI.....	92
A. Grundsatz der Kompetenzverteilung	93
I. Kompetenzkategorien im AEUV	94
1. Ausschließliche Zuständigkeit	95
2. Geteilte Zuständigkeit	97

3. Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen der Union.....	101
4. Rechtsfolgen der Einteilung in die unterschiedlichen Kompetenzbereiche.....	102
II. Prinzipien der begrenzten Einzelmächtigung, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit	102
1. Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung	102
2. Subsidiaritätsprinzip	105
3. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	107
B. Übersicht über die verschiedenen unionsrechtlichen Kompetenztitel für Liberalisierungen im Bereich der DAWI und die daraus resultierende Rolle der Kommission.....	108
I. Kompetenztitel, die der Kommission allein Befugnisse geben, ohne dass sie auf die Mitwirkung des Europäischen Parlaments oder des Rates angewiesen ist.....	109
1. Art. 106 Abs. 3 AEUV	109
2. Art. 108 Abs. 4 AEUV	113
3. Art. 105 Abs. 3 AEUV	119
4. Fazit.....	120
II. Kompetenztitel, die ein Zusammenwirken von Kommission, Parlament und Rat erfordern	122
1. Kompetenztitel, die ein ordentliches Gesetzgebungsverfahren vorschreiben	123
a) Art. 14 AEUV	124
(1) Art. 14 S. 1 AEUV	124
(2) Art. 14 S. 2 AEUV	125
b) Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV	126
c) Art. 53 Abs. 1 i. V. m. Art. 62 AEUV	131
d) Fazit	132
2. Kompetenztitel, die kein Gesetzgebungsverfahren vorschreiben	132
C. Ergebnis	133
D. Fehlende Kompetenz für eine Rahmenregelung für DAWI	134
 Unterkapitel 3: Darstellung des Ablaufs des ordentlichen Gesetz-	
gebungsverfahrens anhand der Konzessionsrichtlinie ...	
A. Rechtsgrundlage für die Konzessionsrichtlinie	137
B. Darstellung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens	138

KAPITEL 3: MÖGLICHKEITEN DER MITGLIEDSTAATEN LIBERALISIERUNGEN VON DAWI ZU VERHINDERN UND VERBLEIBENDE SPIELRÄUME DER MITGLIEDSTAATEN IM FALL VON LIBERALISIERUNGEN VON DAWI	145
---	------------

Unterkapitel 1: Verhinderung von Liberalisierungsvorhaben von DAWI durch die Mitgliedstaaten	145
A. Einflussmöglichkeiten der Mitgliedstaaten im Europäischen Rat.....	147
B. Einflussmöglichkeiten der Mitgliedstaaten im Rat	148
I. Die Zusammensetzung des Rates	149
II. Der Rat als Interessensvertretung der Mitgliedstaaten.....	149
C. Einflussmöglichkeiten der Mitgliedstaaten in der Kommission	151
I. Die einzelnen Mitglieder der Kommission als Interessensvertreter der Mitgliedstaaten?	152
II. Die Kommission als unabhängiges Unionsorgan	156
III. Die Ständigen Vertretungen der Mitgliedstaaten als Mittel der Einflussnahme auf die Kommission	156
D. Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, auf das Europäische Parlament Einfluss zu nehmen	157
E. Einflussmöglichkeiten der Mitgliedstaaten im AdR	159
I. Die Zusammensetzung des AdR	159
II. Die Funktion des AdR	161
F. Die Rolle der nationalen Parlamente	163
I. Art. 12 lit. a EUV	165
II. Art. 12 lit. b EUV	166
G. Die EBI als Möglichkeit der Einflussnahme durch die Mitgliedstaaten	175
H. Fazit	180

Unterkapitel 2: Verbleibende Spielräume der Mitgliedstaaten nach Liberalisierung von DAWI	180
A. Spielräume der Mitgliedstaaten bei DAWI in organisatorischer Hinsicht	183
I. Die In-house-Vergabe als mitgliedstaatlicher Spielraum bei DAWI	185
1. Das Kontrollkriterium als erste Voraussetzung eines mitgliedstaatlichen Spielraums bei der In-house-Vergabe	186

a)	Erfüllung des Kontrollkriteriums bei vollständig beherrschten Eigenunternehmen	186
b)	Erfüllung des Kontrollkriteriums bei gemeinsam beherrschten Unternehmen	189
(1)	Anforderungen des EuGH.....	190
(2)	Anforderungen nach den Vergaberichtlinien	191
c)	Erfüllung des Kontrollkriteriums bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen	195
(1)	Verneinung des Kontrollkriteriums durch den EuGH ...	195
(2)	Zumindest teilweise Zulässigkeit privater Beteiligung nach den Vergaberichtlinien	197
2.	Das Wesentlichkeitskriterium als zweite Voraussetzung eines mitgliedstaatlichen Spielraums bei der In-house-Vergabe	201
a)	Rechtsprechung des EuGH zum Wesentlichkeitskriterium ...	202
b)	Die neuen Vergaberichtlinien und das Wesentlichkeitskriterium	206
c)	Bewertung der neuen Regelung des Wesentlichkeitskriteriums	211
3.	Fazit zum Spielraum der Mitgliedstaaten bei der In-house-Vergabe	212
II.	Die horizontale In-house-Vergabe als Spielraum der Mitgliedstaaten bei DAWI	214
III.	Die inverse In-house-Vergabe bzw. „Bottom up-Vergabe“ als Spielraum der Mitgliedstaaten bei DAWI	217
IV.	In-state-Geschäfte als Spielraum der Mitgliedstaaten bei DAWI	219
1.	Vertragliche Kooperation und Vergaberechtsfreiheit	221
a)	Die Vergaberechtsfreiheit der Begründung einer vertraglichen Kooperation	221
(1)	Die Sichtweise des EuGH	221
(2)	Die Rechtslage nach den Vergaberichtlinien	223
(3)	Vergleich zwischen der Rechtsprechung des EuGH und den Vergaberichtlinien	226
b)	Die Erfüllung der vertraglichen Kooperation als vergaberechtsfreier Vorgang	226
c)	Fazit	227
2.	Gemeinsames kommunales Unternehmen und Vergaberechtsfreiheit	227

a)	Gründung eines gemeinsamen kommunalen Unternehmens als vergaberechtsfreier Vorgang	227
b)	Die Vergabe eines Auftrages an das gemeinsame kommunale Unternehmen als Fall der In-house-Vergabe ...	228
c)	Die vergaberechtsfreie Auftragsvergabe durch ein gemeinsames kommunales Unternehmen	228
d)	Fazit	229
3.	Kommunaler Zweckverband und Vergaberechtsfreiheit.....	229
a)	Die Gründung eines kommunalen Zweckverbandes als vergaberechtsfreier Vorgang	230
b)	Die Vergabe eines Auftrages an den kommunalen Zweckverband als Fall der In-house-Vergabe	230
c)	Die Vergabe eines Auftrages durch den kommunalen Zweckverband als vergaberechtsfreier Vorgang	231
d)	Fazit	232
4.	Ergebnis zur Reichweite der Vergaberechtsfreiheit bei In-state-Geschäften	232
V.	Maßnahmen der internen Organisation als weiterer Spielraum der Mitgliedstaaten bei DAWI.....	233
B.	Mitgliedstaatliche Spielräume bei DAWI in finanzieller Hinsicht ...	236
I.	Vergabe unterhalb der Schwellenwerte als mitgliedstaatlicher Spielraum bei DAWI.....	236
II.	Beihilferechtsfreie Spielräume der Mitgliedstaaten	243
1.	Mitgliedstaatliche Spielräume gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV	244
a)	Die fehlende Staatlichkeit der Maßnahme als mitgliedstaatlicher Spielraum	244
(1)	Mitgliedstaatlicher Spielraum durch fehlende staatliche Mittelgewährung	246
(2)	Fehlende Zurechenbarkeit als mitgliedstaatlicher Spielraum	254
b)	Mitgliedstaatliche Spielräume durch fehlende Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige	256
(1)	Erbringer von DAWI als Unternehmen i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV	256
(2)	Fehlen einer Begünstigung	262

(a)	Allgemeine Voraussetzungen für das Fehlen einer Begünstigung gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV	262
(b)	Besondere Voraussetzungen für das Fehlen einer Begünstigung bei DAWI	266
(aa)	Erstes Altmark Trans-Kriterium	269
(bb)	Zweites Altmark Trans-Kriterium	272
(cc)	Drittes Altmark Trans-Kriterium	273
(dd)	Viertes Altmark Trans-Kriterium	274
(3)	Keine Selektivität bei Zuwendungen an Unternehmen, die DAWI erbringen?	276
c)	Nachweislich fehlende (drohende) Wettbewerbsverfälschung als Spielraum	283
d)	Spielraum bei fehlender Handelsbeeinträchtigung	284
e)	Ergebnis zur Reichweite des mitgliedstaatlichen Spielraums bei Art. 107 Abs. 1 AEUV	288
2.	Ausnahmen vom generellen Beihilfeverbot als mitgliedstaatliche Spielräume	292
a)	Die Rechtfertigungsgründe nach Art. 107 Abs. 2, Art. 107 Abs. 3 AEUV und der AGVO	293
(1)	Die Rechtfertigung nach Art. 107 Abs. 2 AEUV	293
(2)	Die Rechtfertigung nach Art. 107 Abs. 3 AEUV	293
(3)	Die Freistellung nach der AGVO	294
b)	Die Rechtfertigungsgründe nach Art. 93 AEUV	295
c)	Ausnahme nach Art. 96 Abs. 1 AEUV	297
d)	Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	298
(1)	Vom DAWI-Frestellungsbeschluss erfasste Unternehmen	301
(2)	Betrachtungserfordernis nach dem DAWI-Frestellungsbeschluss	303
(3)	Höhe der ersatzfähigen Kosten	305
(4)	Fazit	308
3.	Quersubventionen als mitgliedstaatliche Spielräume	311
C.	Eröffnung eines mitgliedstaatlichen Spielraums abhängig vom jeweiligen Vertragsgegenstand bei DAWI	314
D.	Mitgliedstaatliche Spielräume bei Änderungen von Verträgen, die DAWI betreffen	316

I.	Vergaberechtsfreie Vertragsänderung nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH	317
II.	Vergaberechtsfreie Vertragsänderung nach den neuen Vergaberichtlinien	318
1.	Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a Konzessionsrichtlinie, Art. 72 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a Allgemeine Vergaberichtlinie, Art. 89 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a Sektorenrichtlinie	319
2.	Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b Konzessionsrichtlinie, Art. 72 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b Allgemeine Vergaberichtlinie, Art. 89 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b Sektorenrichtlinie	319
3.	Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c Konzessionsrichtlinie, Art. 72 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c Allgemeine Vergaberichtlinie, Art. 89 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c Sektorenrichtlinie	322
4.	Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. d Konzessionsrichtlinie, Art. 72 Abs. 1 UAbs. 1 lit. d Allgemeine Vergaberichtlinie, Art. 89 Abs. 1 UAbs. 1 lit. d Sektorenrichtlinie	325
5.	Art. 43 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e Konzessionsrichtlinie, Art. 72 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e Allgemeine Vergaberichtlinie, Art. 89 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e Sektorenrichtlinie	325
6.	Art. 43 Abs. 2 Konzessionsrichtlinie, Art. 72 Abs. 2 Allgemeine Vergaberichtlinie, Art. 89 Abs. 2 Sektorenrichtlinie	327
E.	Die Laufzeit als mitgliedstaatlicher Spielraum in zeitlicher Hinsicht bei DAWI	328
I.	Zulässige Höchstlaufzeit im Beihilferecht	328
II.	Zulässige Höchstlaufzeit im Vergaberecht	329
1.	Mitgliedstaatliche Spielräume durch lange Vertragslaufzeiten ...	329
a)	Allgemeine Vergaberichtlinie und Sektorenrichtlinie	330
b)	Konzessionsrichtlinie	332
2.	Vertragsverlängerung ohne Anwendung des Vergaberechts als mitgliedstaatlicher Spielraum	337
F.	Zusammenfassung der verbleibenden mitgliedstaatlichen Spielräume	339
I.	Beihilferechtsfreie Spielräume der Mitgliedstaaten bei DAWI	339
II.	Vergaberechtsfreie Spielräume der Mitgliedstaaten bei DAWI ...	339
III.	Auswirkungen der unterschiedlichen deutschen und französischen Konzepte	341

Unterkapitel 3: Möglichkeiten der rechtlichen Absicherung der	
 verbleibenden mitgliedstaatlichen Spielräume	343
A. Absicherung mitgliedstaatlicher Spielräume mittels	
Vorschriften des EUV und AEUV	344
I. EUV	344
1. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV	344
2. Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV	345
3. Art. 5 Abs. 3 EUV	346
II. AEUV	348
1. Berufung auf die Grundfreiheiten bei extramuros-Tätigkeiten ...	348
2. Art. 14 S. 1 AEUV	351
3. Protokoll Nr. 26	353
4. Art. 345 AEUV	355
B. Absicherung mitgliedstaatlicher Spielräume mittels	
nationaler Vorschriften	355
I. Verhältnis nationaler Verfassungsvorschriften zu	
Verordnungen und Beschlüssen der Union	359
1. Die Ansicht des EuGH	360
2. Die Ansichten der nationalen Gerichte	362
a) Die Ansicht des BVerfG	362
b) Die Ansichten des Conseil constitutionnel und	
des Conseil d'État	365
II. Verhältnis nationaler Verfassungsvorschriften zu	
Richtlinien der Union	369
C. Unmöglichkeit der Absicherung der beihilfe- und	
vergaberechtsfreien Spielräume der Mitgliedstaaten	371
ERGEBNIS.....	373
ZUSAMMENFASSUNG IN THESEN	377
LITERATURVERZEICHNIS	379

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018 als Dissertation an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität angenommen. Die Literatur wurde für die Veröffentlichung weitgehend auf den aktuellen Stand gebracht. Ferner wurde das Urteil des EuGH, Rs. C-51/15, Remondis, ECLI:EU:C:2016:985 noch berücksichtigt.

Herzlich danken möchte ich meinem Doktorvater, Professor Dr. Rudolf Streinz für die Betreuung der Arbeit und dafür, dass er jederzeit als Ansprechpartner zur Verfügung stand. Bei Herrn Professor Dr. Martin Burgi bedanke ich mich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und die Anregungen für die Publikation. Mein Dank gilt ferner Herrn Professor Dr. Georg Nolte für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Zuletzt danke ich meiner Familie. Sie hatte immer ein offenes Ohr und hat mich auf dem Weg zur Promotion mit all seinen Höhen und Tiefen begleitet. Hier gilt mein besonderer Dank meinem Ehemann, dem ich diese Arbeit widme.

München, im März 2019
Constanze Philipp

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AdR	Ausschuss der Regionen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGVO	Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17.06.2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2014 L 187/1
Allgemeine Vergaberichtlinie	Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlament und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
BAFA	Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BNetzA	Bundesnetzagentur

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
C	Constitution / französische Verfassung
CGCT	Code général des collectivités territoriales (Gesetzbuch der Gebietskörperschaften)
DAI	Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, abhängig vom Kontext auch nur Singular
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, abhängig vom Kontext auch nur Singular
DAWI-De-minimis-VO	Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25.04.2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl 2012, L 114/8
DAWI-Freistellungsbeschluss	Beschluss 2012/21/EU der Kommission vom 20.12.2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2011) 9380, ABl. 2012 L 7/3
DAWI-Freistellungsentscheidung	Entscheidung 2005/842/EG der Kommission vom 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2005) 2673), ABl. 2005 L 312/67

DAWI- Leitfaden 2010	Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen, SEC(2010) 1545 endgültig
DAWI- Leitfaden 2013	Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD(2013) 53 final/2
DAWI- Mitteilung	Mitteilung 2012/C 8/02 der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. 2012 C 4/8
DAWI- Rahmen	Mitteilung der Kommission 2012/C 8/03, Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), ABl. 2012 C 8/15
De-minimis- VO	Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. 2013 L 352/1
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt

EBI	Europäische Bürgerinitiative
EBI-VO	Verordnung Nr. 211/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.02.2011 über die Bürgerinitiative, ABl. 2011 L 65/1
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EEG	Erneuerbare Energien Gesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht
EuR-Bei	Europarecht Beiheft
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EUZBBG	Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union
EUZBLG	Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVV	Vertrag über eine Verfassung für Europa – Europäischer Verfassungsvertrag
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende (Seite etc.)
ff.	folgende (Seiten etc.)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
gem.	gemäß
GewArch	Gewerbearchiv – Zeitschrift für Wirtschaftsverwaltungsrecht
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOBT	Geschäftsordnung des Bundestages
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Grünbuch zu DAI	Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2003) 270 endgültig
Hdb	Handbuch

Hrsg.	Herausgeber
HStR	Handbuch des Staatsrechts
IntVG	Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (Integrationsverantwortungsgesetz)
IR	InfrastrukturRecht Energie – Verkehr – Abfall – Wasser
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KommJur	Kommunaljurist
KommP spezial	KommunalPraxis spezial – Fachzeitschrift für Verwaltung, Organisation und Recht
Konzessions- richtlinie	Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe
lit.	Buchstabe
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung, Verwaltungsrechts-Zeitschrift für die Länder Berlin, Brandenburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
o.g.	oben genannt
o.S.	oben Seite
Parlaments- protokoll	Protokoll Nr. 1 über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union, ABl. 2007 C 306/148; ABl. 2016 C 202/203
Protokoll Nr. 26	Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse, ABl. 2007 C 306/158; ABl. 2016 C 202/307
RdE	Recht der Energiewirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Satz / Seite
sEBI	selbstorganisierte Europäische Bürgerinitiative
Sektoren- richtlinie	Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser , Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG
Slg.	Sammlung

s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte(n)/(r)
s. S.	siehe Seite
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Subsidiaritäts- protokoll	Protokoll Nr. 2 zum Vertrag von Lissabon über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl. 2007 C 306/150; ABl. 2016 C 202/206
SZ	Süddeutsche Zeitung
Transparenz- richtlinie	Richtlinie 2006/111/EG der Kommission v. 16.11.2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. 2006 L 318/17
u.	und
u. a.	und andere
UAbs.	Unterabsatz
ÜBN	Übertragungsnetzbetreiber
v.	vom
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VerfVO	Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13.07.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2015 L 248/9 (Verfahrensverordnung)

VergabeR	Vergaberecht – Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
vgl.	vergleiche
VerwArch	Verwaltungsarchiv – Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
VO	Verordnung
VO (EG) 1370/2007	Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates
VO (EU) 2015/1588	Verordnung (EU) 2015/1588 des Rates vom 13.07.2015 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
Weißbuch zu DAI	Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2004) 374 endgültig
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Beilage zur Zeitschrift Gewerbe-archiv)
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien

ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Einleitung

A. Aufgabenstellung und Zielsetzung der Arbeit

Mit falschen Behauptungen über die EU lassen sich neuerdings Wahlkämpfe gewinnen. Eindrucksvoll unter Beweis gestellt wurde dies bei der Abstimmung in Großbritannien über den Austritt des Landes aus der EU¹. So wurde beispielsweise behauptet, Großbritannien würde jede Woche 350 Millionen Pfund an die EU überweisen².

Es ist Aufgabe jeder Einzelnen und jedes Einzelnen, dieses Vorgehen der Populisten aufzuzeigen. Die einseitigen, nachweislich falschen Schuldzuweisungen zu Lasten einer Institution, die geschaffen wurde, um dauerhaften Frieden in Europa zu gewährleisten³, müssen permanent widerlegt und als das entlarvt werden, was sie sind: Falsche Behauptungen, mit denen persönliches Machtstreben Einzelner gerechtfertigt wird. Um Behauptungen als falsch aufdecken zu können, müssen sie zunächst auf ihren Wahrheitsgehalt hin überprüft werden.

Großes mediales Aufsehen erregte in den letzten Jahren die angeblich von der Kommission geplante Privatisierung der Wasserversorgung im Zuge der Modernisierung des Vergaberechts und des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie

1 Vgl. dazu beispielhaft: *Henkel*, Fünf Lehren aus dem EU-Referendum, ZEIT ONLINE v. 24.06.2016, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/politik/ausland/2016-06/brexit-grossbritannien-referendum-lehren>, (18.02.2017), *Schulz*, Die Macht der lauten Lügen, ZEIT ONLINE v. 17.06.2016, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2016-06/brexit-auswirkungen-pro-contra-david-cameron-george-osbourne/komplettansicht> (18.02.2017) mit einer detaillierten Analyse des Wahrheitsgehalts der Behauptungen der Brexit-Befürworter.

2 Tatsächlich beläuft sich dieser Betrag nach Abzug eines Rabattes und EU-Mitteln, die nach Großbritannien fließen nur auf 109,6 Millionen Pfund pro Woche, ausführlich *Schulz*, Die Macht der lauten Lügen, ZEIT ONLINE v. 17.06.2016, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2016-06/brexit-auswirkungen-pro-contra-david-cameron-george-osbourne/komplettansicht> (18.02.2017).

3 *Dückers*, Wenn Politik am Stammtisch entschieden wird, ZEIT ONLINE v. 24.06.2016, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/politik/ausland/2016-06/brexit-referendum-eu-grossbritannien-rechtspopulismus-volksentscheid/komplettansicht> (18.02.2017).

des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe⁴. Das öffentliche Interesse war auch deshalb so groß, weil es sich bei der Wasserversorgung um eine Einrichtung der Daseinsvorsorge handelt, die von elementarer Bedeutung für das tägliche Leben ist. Die Frage, die sich in diesem Kontext stellt, lautet: Macht die EU im Bereich der Daseinsvorsorgeeinrichtungen den Mitgliedstaaten tatsächlich derartig tiefgreifende Vorgaben ohne ihnen noch Spielräume zu belassen?

In den letzten zwanzig Jahren sind zahlreiche Arbeiten rund um die Themen EU und Daseinsvorsorge erschienen. Beleuchtet wurde in diesem Zusammenhang beispielsweise: die Liberalisierung der Daseinsvorsorge⁵, die Auslegung des Art. 106 Abs. 2 AEUV⁶, die Zusammenhänge zwischen Beihilferecht und Daseinsvorsorge⁷ oder zwischen Vergaberecht und Daseinsvorsorge⁸, sowie vereinzelt zwischen Beihilfe- und Vergaberecht und Daseinsvorsorge⁹.

Keine dieser Arbeiten stellt jedoch konkret und ausdrücklich die Frage, welche beihilfe- und vergaberechtsfreien Spielräume die unionsrechtlichen Vorgaben den

-
- 4 Vgl. *Monitor*, Geheimoperation Wasser, Sendung v. 13.12.2012, abrufbar unter: <http://www.wdr.de/tv/monitor/sendungen/2012/1213/wasser.php5> (14.01.2013). Es handelte sich um den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe, KOM(2011) 897 endgültig. Dieser ist die Grundlage für die aktuell gültige Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe.
 - 5 *Simon*, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (2009).
 - 6 *Essebie*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und Wettbewerb (2005); *Keller*, Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV (1999); *Löwenberg*, Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa (2001); *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung (2001); *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst (2002).
 - 7 *Boysen/Neukirchen*, Europäisches Beihilferecht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge (2007); *Jennert*, Zum Verhältnis von europäischem Beihilfenrecht und mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge (2005).
 - 8 *Simon*, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (2009).
 - 9 *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen (2011); *Panetta*, Daseinsvorsorge zwischen Beihilfe- und Vergaberecht (2007), wobei sich der vergaberechtliche Teil nur auf Entwicklungen im Wassermarkt bezieht.

Mitgliedstaaten noch belassen¹⁰ und unternimmt eine Kategorisierung dieser Spielräume. Ebenfalls nicht untersucht wird, ob die Mitgliedstaaten die Abschaffung von vorhandenen Spielräumen auf Unionsebene verhindern können. Offen ist bis dato auch, ob bestehende mitgliedstaatliche Spielräume auf unionsrechtlicher oder nationaler Ebene rechtlich abgesichert werden können und somit Veränderungen, insbesondere eine Verkleinerung der Spielräume, verhindert werden kann.

Diese Lücken soll die vorliegende Arbeit schließen. Ihr Ziel ist, sich umfassend mit der Thematik der verbleibenden beihilfe- und vergaberechtsfreien Spielräume der Mitgliedstaaten bei Daseinsvorsorgeeinrichtungen zu befassen. Die oben aufgeworfenen Fragen sollen beantwortet werden. Dadurch soll klargestellt werden, wie weit die unionsrechtlichen Vorgaben tatsächlich reichen. Es geht darum, zu überprüfen, ob die Mitgliedstaaten und ihre nationalen Daseinsvorsorgeeinrichtungen Liberalisierungsvorhaben der EU tatsächlich „hilflos ausgeliefert sind“. Mit anderen Worten: Es gilt zu klären, ob und wenn ja welche Einflussmöglichkeiten die Mitgliedstaaten auf Unionsebene bei Liberalisierungsvorhaben im Bereich von Daseinsvorsorgeeinrichtungen haben. Vielversprechend erscheint hier insbesondere die Untersuchung der Einflussmöglichkeiten der Mitgliedstaaten auf die Organe der Union und in denselben.

Unbestritten ist, dass in den Mitgliedstaaten jeweils unterschiedliche Konzepte in Bezug auf Daseinsvorsorgeeinrichtungen bestehen. Auffällig ist bei denjenigen o.g. Arbeiten, die sich mit diesen unterschiedlichen Konzepten beschäftigen, die

10 *Boysen/Neukirchen* sprechen im Bereich des Beihilferechts immer wieder von Handlungsspielräumen allerdings ohne diese zu kategorisieren, vgl. *Boysen/Neukirchen*, Europäisches Beihilferecht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, S. 145 ff.

vertiefte Analyse der Konzepte der Daseinsvorsorge und des *service public*¹¹. Die Tatsache, dass sich Arbeiten deutscher WissenschaftlerInnen mit den Auswirkungen des Unionsrechts auf das im eigenen Mitgliedstaat vorhandene Konzept beschäftigen, verwundert nicht. Aufmerksam macht das Interesse für das im Nachbarland Frankreich existierende Konzept des *service public*. Ohne Frage ist dieses im französischen Recht von zentraler Bedeutung, dient es doch zur Rechtfertigung staatlicher Intervention in der Wirtschaft¹². Das wissenschaftliche Interesse in Deutschland an dem französischen Konzept des *service public* folgt aber auch aus der Vehemenz, mit der Frankreich über die Jahre hinweg versucht hat, sein nationales Konzept zu dem prägenden unionsrechtlichen Konzept zu machen¹³.

11 Vgl. *Essebie* stellt das Konzept des *service public* auf 19, das der Daseinsvorsorge auf 18 und die Konzepte Großbritanniens, Italiens, Spaniens, Dänemarks, Schwedens und der Niederlande auf insgesamt 19 Seiten dar, vgl. *Essebie*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und Wettbewerb, S. 153–209. *Krajewski* behandelt die Daseinsvorsorge auf 28, den *service public* auf zehn und die Konzepten in Großbritannien, Spanien, Italien, Skandinavien und den Niederlanden gemeinsam auf 20 Seiten, vgl. *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 15–73. *Pielow* hingegen widmet große Teile seiner Arbeit der Darstellung der Konzepte des *service public*, der öffentlichen und staatlichen Aufgaben und der Daseinsvorsorge, vgl. *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 115–266, 302–400. Die Konzepte in anderen EU-Mitgliedstaaten beschreibt er auf 20 Seiten, vgl. *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 267–287. *Schweitzer* analysiert die Konzepte *service public* und Daseinsvorsorge auf 19 Seiten, vgl. *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, „*service public*“, Universaldienst, S. 61–80.

12 *Auby/Raymundie*, Le *service public*, S. 17; *Essebie*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und Wettbewerb, S. 153; *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, „*service public*“, Universaldienst, S. 61 m. w. N. auch aus der französischen Literatur.

13 Vgl. zum Versuch Frankreichs, die Prinzipien des *service public* in Art. 14 AEUV zu verankern *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 45.

Fraglich ist, ob sich die besondere Bedeutung, die dem Konzept des *service public* von französischer Seite beigemessen wird¹⁴, auf die mitgliedstaatlichen Spielräume Frankreichs in diesem Bereich auswirkt. Mit anderen Worten: Ergeben sich aus der unterschiedlichen Ausgestaltung der mitgliedstaatlichen Konzepte der Daseinsvorsorge einerseits und des *service public* andererseits Unterschiede dahingehend, dass in Deutschland und Frankreich jeweils unterschiedliche mitgliedstaatliche Spielräume bei Daseinsvorsorgeeinrichtungen bestehen?

Zur Beantwortung all dieser Fragen ist im Bereich des europäischen Vergaberechts insbesondere eine Analyse der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe (im Folgenden: Konzessionsrichtlinie), der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (im Folgenden: Allgemeine Vergaberichtlinie) und der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (im Folgenden: Sektorenrichtlinie) erforderlich. Ein Konfliktfall zwischen unionsrechtlichen Vorgaben und nationalen Vorschriften ist hier insbesondere dann gegeben, wenn sich ein Widerspruch zwischen bisher noch gültigen nationalen Vorschriften und den unionsrechtlichen Vorgaben ergibt. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass in Frankreich traditionell eine lange Laufzeit von Konzessionen üblich war¹⁵. Spielräume können sich in diesem Bereich dann ergeben, wenn die Vergaberichtlinien nicht anwendbar sind. Zu beachten ist jedoch, dass die Mitgliedstaaten nach der ständigen Rechtsprechung

14 *Auby/Raymundie*, *Le service public*, S. 17: „(...) il est courant de considerer que l'unité nationale est largement fondée sur le fait que des services se sont constitués pour dispenser, selon des modes particuliers, aux membres de la nation un certain nombre de prestations et que c'est le fait d'avoir dispensé ces prestations qui a contribué à forger l'unité de la nation française.“ Übersetzung durch die Verfasserin: Es wird allgemein davon ausgegangen, dass die nationale Einheit zu einem großen Teil auf der Tatsache aufbaut, dass die Dienste entstanden sind, um – auf bestimmte Art und Weise – den Mitgliedern der Nation eine bestimmte Anzahl von Leistungen zu Teil werden zu lassen und dass es genau diese Tatsache ist, die dazu beigetragen hat, die Einheit der französischen Nation zu bilden.“ Lange Zeit wurde zudem in Frankreich davon ausgegangen, das Verwaltungsrecht bestünde nur aus dem Recht des *service public*, *Auby/Raymundie*, *Le service public*, S. 17, 83.

15 Vgl. *Lachaume* (u. a.), *Droit des services publics*, Rn. 743.

des EuGH an die Grundfreiheiten, insbesondere die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit gebunden sind¹⁶.

Im Bereich des Beihilferechts erfordert die Antwort auf die oben gestellten Fragen eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EuG und des EuGH. Den von EuG und EuGH behandelten Fällen liegen Konflikte, d. h. Widersprüche zwischen nationalem und europäischem Recht zu Grunde. Daraus, wie diese durch die Rechtsprechung aufgelöst werden, können sich wiederum mitgliedstaatliche Spielräume ergeben. Das ist z. B. der Fall, wenn die Rechtsprechung zu dem Ergebnis kommt, dass keine Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt. Zu nennen wären hier aus der jüngeren Rechtsprechung¹⁷ die Rechtssachen *Doux Élevage*¹⁸, *Vent de Colère*¹⁹ und *Deutschland/Kommission* bzgl. EEG 2012²⁰, die sich jeweils mit der Frage der Staatlichkeit der gewährten Mittel auseinandersetzen. Die Rechtssache *Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Kommission*²¹ behandelte das Problem, ob Erbringer von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (im Folgenden: DAWI²²) Unternehmen i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV sind. Die Rechtssache *Kommission/Frankreich und Orange*²³ beschäftigte sich damit, ob eine Begünstigung auch bei Vorliegen einer entsprechenden Gegenleistung vorhanden ist. Die Rechtssache *Deutschland/Kommission* bzgl. *Tierkörperbeseitigung*²⁴ hatte die Frage zum Gegenstand, ob auch dann von einer Begünstigung i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV gesprochen werden kann, wenn die Zahlung als Gegenleistung für die Erbringung von DAWI erfolgt.

16 Vgl. *Streinz*, Europarecht, Rn. 874.

17 Die im Folgenden genannten Rechtssachen sind nur beispielhaft herausgegriffen, um einen kurzen Überblick über mögliche Konfliktfälle zu geben. Die Nennung ist keinsfalls abschließend.

18 *EuGH*, Rs. C-677/11, *Doux Élevage*, ECLI:EU:C:2013:348.

19 *EuGH*, Rs. C-262/12, *Vent de Colère*, ECLI:EU:C:2013:851.

20 *EuG*, Rs. T-47/15, *Deutschland/Kommission*, ECLI:EU:T:2016:281.

21 *EuG*, Rs. T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Kommission*, ECLI:EU:T:2014:676.

22 Die Abkürzung wird ebenfalls für die Singularform „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ verwendet.

23 *EuGH*, Rs. C-486/15 P, *Kommission/Frankreich und Orange*, ECLI:EU:C:2016:912.

24 *EuGH*, Rs. C-446/14 P, *Deutschland/Kommission*, ECLI:EU:C:2016:97.

B. Gang der Arbeit

Zur Beantwortung dieser Fragen ist zu klären, welche Konzepte auf der Ebene der Mitgliedstaaten und der Union für Einrichtungen der Daseinsvorsorge existieren, in welchem Verhältnis sie zueinander und zum Unionsziel der Realisierung des Binnenmarktes stehen [Kapitel 1]. Kennzeichen der EU war, ist und wird immer bleiben, dass sie der Zusammenschluss der einzelnen Mitgliedstaaten ist. Diese Staaten haben jeweils unterschiedliche nationale rechtliche Traditionen und Konzepte, die sie in die EU einbringen und nicht mit Beitritt zur EU „über Bord werfen“. Beispiele dafür sind die Daseinsvorsorge in Deutschland und der *service public* in Frankreich. Die Entscheidung für Europa und der Eintritt in die Europäische Union bedeuten aber gleichzeitig die Entscheidung für ein neues Konzept: das Konzept des freien Wettbewerbs und der Transparenz. Dieses prägt den Binnenmarkt und ist notwendige Voraussetzung für dessen Bestehen. Die Errichtung des Binnenmarktes gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV steht an der Spitze der Ziele der Union²⁵. Es stellt sich daher die Frage, ob nationale Einrichtungen der Daseinsvorsorge oder des *service public* auch unter das Regime des Binnenmarktes fallen. Auf europäischer Ebene wird nicht von Einrichtungen der Daseinsvorsorge oder des *service public*, sondern von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (im Folgenden: DAI) und DAWI gesprochen.

Um aufzuzeigen, in welchem Umfang nationale Daseinsvorsorgeeinrichtungen tatsächlich durch Liberalisierungsvorhaben der Kommission „bedroht“ werden können, schließt sich die Darstellung des Gesetzgebungsverfahrens und die Frage nach der Rolle der Kommission und ihren Einflussmöglichkeiten in diesem Bereich an [Kapitel 2]. Bei der Durchsetzung der europäischen Politiken (insbesondere des Wettbewerbs) spielt die Kommission eine wichtige Rolle. Untersucht werden soll auch, ob und wenn ja, wie die Kommission Liberalisierungen durchsetzen kann, ohne dafür eine explizite Kompetenz im Vertrag zu haben.

Die Rolle der Kommission bei Liberalisierungsvorhaben im Bereich von Daseinsvorsorgeeinrichtungen hängt zudem von den Rechtsgrundlagen ab, die es für die Liberalisierung gibt. Gleichzeitig stellt sich die Frage nach den Grenzen der Liberalisierung bei Einrichtungen der Daseinsvorsorge. In diesem Zusammenhang soll

25 *Terbechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Art. 3 EUV (53. EL, Mai 2014), Rn. 38.

auf neue Tendenzen in der Rechtsprechung des EuGH eingegangen werden, auf den Umweltschutz als Rechtfertigungsgrund in diesem Bereich zurückzugreifen. Angesichts des hohen Stellenwertes, den eine nachhaltige Entwicklung für den Alltag künftiger Generationen hat, soll darauf eingegangen werden, inwieweit Liberalisierung und Nachhaltigkeit miteinander vereinbar sind. Besondere Bedeutung erlangt diese Thematik bei der Trinkwasserversorgung. Insbesondere wenn es darum geht, dass „Brüssel wieder eine Richtlinie zur Privatisierung [der Daseinsvorsorge] erlassen hat“²⁶, wird nicht deutlich gemacht, dass es nicht nur die Kommission allein ist, die nach freiem Belieben Richtlinien in diesem Bereich erlässt. Auffällig ist, dass die Einzelheiten des europäischen Gesetzgebungsverfahrens – insbesondere die Rolle des Europäischen Parlaments und des Rates – nicht hervorgehoben werden, und somit der Eindruck erweckt wird, es würden ohne demokratische Legitimation – „über die Köpfe der Bürger hinweg“ – Entscheidungen getroffen. Ob dies, insbesondere bei der Liberalisierung von Daseinsvorsorgeeinrichtungen, der Fall ist, soll hier untersucht werden.

Schließlich ist zu fragen, wie die Mitgliedstaaten eine Liberalisierung von Einrichtungen der Daseinsvorsorge verhindern können bzw. welche beihilfe- und vergaberechtsfreien Spielräume ihnen hier nach erfolgter Liberalisierung verbleiben [Kapitel 3]. Für die Verhinderung von Liberalisierungsvorhaben im Bereich der Daseinsvorsorge durch die Mitgliedstaaten kommen grundsätzlich verschiedene Mittel in Betracht. Die Mitgliedstaaten können z. B. versuchen, durch entsprechende Lobbyarbeit (bei der Kommission) bereits im Vorfeld Einfluss auf geplante Gesetzesvorhaben in diesem Bereich zu nehmen. Im Gesetzgebungsprozess selbst bietet sich entsprechende Lobbyarbeit im Europäischen Parlament zur Durchsetzung der nationalen Interessen an. Wenn die Mitwirkung des Rats der Europäischen Union im Gesetzgebungsverfahren erforderlich ist (was die Regel im ordentlichen Verfahren ist), dann können die Mitgliedstaaten über dieses Organ Einfluss nehmen. Eine weitere Möglichkeit der erfolgreichen Einflussnahme ist die Europäische Bürgerinitiative, wie sich am Beispiel der Initiative „Right2Water“ gezeigt hat. Im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge ist zudem die Stimme der Kommunen wichtig. Im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren werden diese durch den Ausschuss der Regionen (im Folgenden: AdR) verkörpert, der Stellungnahmen abgibt und von der Kommission, dem Rat und dem Parlament gem. Art. 307

26 Vgl. *Monitor*, Geheimoperation Wasser, Sendung v. 13.12.2012, abrufbar unter: <http://www.wdr.de/tv/monitor/sendungen/2012/1213/wasser.php5> (14.01.2013).

Abs. 1 S. 1 AEUV angehört wird, wenn die Verträge diese Möglichkeit vorsehen oder eines der genannten Organe eine Anhörung für zweckdienlich erachtet. Eine weitere Form der Beteiligung ist in Art. 307 Abs. 3 AEUV vorgesehen. Allerdings stellt sich bei jedem der genannten Mittel die Frage, wie weitreichend die Einflussmöglichkeiten der Mitgliedstaaten hier bei der geplanten Liberalisierung von Einrichtungen der Daseinsvorsorge jeweils tatsächlich sind.

Neben diesen Möglichkeiten, Liberalisierungen im Bereich der Daseinsvorsorgeeinrichtungen potentiell zu verhindern oder auf sie Einfluss zu nehmen, sind noch Spielräume denkbar, die den Mitgliedstaaten trotz Liberalisierungsmaßnahmen in diesem Bereich verbleiben und die sie ausnutzen können. Es gibt zwei Bereiche, die in diesem Zusammenhang immer wieder auf der Tagesordnung stehen: Das Vergaberecht und das Beihilferecht. Im vergaberechtlichen Bereich eröffnet sich für die Mitgliedstaaten ein Spielraum, wenn sie das Vergabeverfahrensrecht nicht anwenden müssen, da dann zahlreiche europäische Vorgaben nicht beachtet werden müssen. In diesem Fall besteht ein vergaberechtsfreier Spielraum der Mitgliedstaaten. Paradebeispiel dafür ist die bereits in anderen Werken ausführlich dargestellte sog. In-house-Vergabe²⁷. Im Beihilferecht bewirkt das Vorliegen einer DAWI nach der sog. Tatbestandslösung²⁸ die Verneinung des Vorliegens einer Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV. Liegt keine Beihilfe vor, so ist auch das Notifizierungsverfahren gem. Art. 108 Abs. 1 AEUV nicht durchzuführen. Der hier bestehende beihilferechtsfreie Spielraum der Mitgliedstaaten ermöglicht es diesen, ohne Kontrolle durch die Kommission Maßnahmen im Bereich der Daseinsvorsorgeeinrichtungen durchzuführen. Welche beihilfe- und vergaberechtsfreien Spielräume für die Mitgliedstaaten hier existieren, soll aufgezeigt werden.

Auf die Feststellung dieser mitgliedstaatlichen Spielräume folgt die Überlegung, wie sie rechtlich von den Mitgliedstaaten abgesichert werden können. Möglich wäre dies zum einen mittels Vorschriften aus dem EUV und dem AEUV. Zum anderen bietet sich zur Absicherung eine entsprechende Formulierung in den nationalen Verfassungstexten an. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gegenüber nationalem Verfassungsrecht schließt sich unmittelbar die Frage nach der rechtlichen Tragweite derartiger Normen an.

27 Vgl. dazu die Ausführungen bei *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 366 ff.

28 *EuGH*, Rs. C-53/00, Ferring, Slg. 2001, I-9067, Rn. 32 f.

Kapitel 1:

Grundlagen

Wie einleitend bereits erwähnt, setzt ein Aufzeigen der Möglichkeiten, wie die Mitgliedstaaten Liberalisierungsvorhaben der EU im Bereich von Daseinsvorsorgeeinrichtungen verhindern können, welche beihilfe- und vergaberechtsfreien Spielräume den Mitgliedstaaten nach erfolgter Liberalisierung noch verbleiben und, ob es insoweit Unterschiede zwischen Deutschland und Frankreich gibt, die auf die nationalen Besonderheiten bei Ausgestaltung der Daseinsvorsorge bzw. des service public zurückzuführen sind, zunächst eine Erörterung der grundlegenden Begriffe in diesem Bereich voraus. Deshalb müssen zunächst die auf der Ebene der Union [Unterkapitel 1] und der Mitgliedstaaten Deutschland und Frankreich [Unterkapitel 2] existierenden verschiedenen Begriffe dargestellt und miteinander verglichen werden [Unterkapitel 3]. Im Anschluss daran, sollen der Kontext zu dem Unionsziel des Binnenmarktes gem. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 EUV hergestellt und die Frage beantwortet werden, ob die Regeln des Binnenmarktes auch auf DAWI Anwendung finden [Unterkapitel 4].

Unterkapitel 1:

Begriffe auf Unionsebene – DAI und DAWI

Auf Unionsebene sind für die vorliegende Arbeit die Begriffe DAI [A.] und DAWI [B.] relevant. Mittlerweile wurde durch die Kommission bereits mehrmals klargestellt, dass sie DAI als Oberbegriff ansieht, der auch die DAWI erfasst²⁹.

A. DAI

Der Begriff der DAI bzw. Dienste von allgemeinem Interesse³⁰ wurde von der Kommission entwickelt³¹ und findet sich im Primärrecht im Titel des Protokolls

29 Erstmals zu dieser Einordnung: Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen, SEC(2010) 1545 endgültig (im Folgenden: DAWI-Leitfaden 2010), S. 17. Ein Leitfaden ist zwar nur ein Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen und ist für die Europäische Kommission nicht bindend, vgl. für den DAWI-Leitfaden 2010, S. 2. Darin spiegelt sich jedoch die aktuelle Rechtsprechung und die Praxis der Kommission wieder, vgl. DAWI-Leitfaden 2010, S. 2. Daher sind die Formulierungen und Definitionen in einem Leitfaden wichtige Anhaltspunkte für die Ansicht der Kommission und somit für die Praxis. Die Einordnung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als Oberbegriff wurde in der Folgezeit beibehalten, vgl. nur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM(2011) 900 endgültig, S. 3; Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen, SWD(2013) 53 final/2 (im Folgenden: DAWI-Leitfaden 2013), Rn. 1 (aktualisierte Ausgabe des DAWI-Leitfadens 2010). Damit erübrigen sich auch die von *Krajewski* angestellten Überlegungen, ob der Begriff der „marktbezogenen Dienstleistungen“ mit dem der „wirtschaftlichen Dienstleistungen“ gleichzusetzen sei, vgl. *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 104 ff. Die Arbeit von *Krajewski* ist auf dem Stand des 30.06.2010, vgl. *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. V, der ursprüngliche Leitfaden der Kommission trägt hingegen das Datum des 07.12.2010, die o.g. Mitteilung der Kommission das Datum v. 20.12.2011.

30 Die Kommission verwendet „Dienste“ und „Dienstleistungen“ synonym, vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM(2011) 900 endgültig, S. 3.

31 *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 99. Ausführlich zur Entstehungsgeschichte des Begriffs: *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 101 ff.

Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse³² (im Folgenden: Protokoll Nr. 26). In Art. 1 Protokoll Nr. 26 werden die gemeinsamen Werte der Union in Bezug auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse i. S. d. Art. 14 AEUV genannt. Eine Definition des Begriffs der DAI findet sich dort hingegen nicht³³. Im Grünbuch zu DAI³⁴ und im Weißbuch zu DAI³⁵ wurden DAI durch die Kommission noch als marktbezogene und nicht marktbezogene Dienstleistungen, „die von staatlichen Stellen im Interesse der Allgemeinheit erbracht und von ihnen daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden“³⁶ definiert. Diese deutsche Fassung der Definition wurde angesichts eines Vergleichs mit Formulierungen in anderen Sprachen zu Recht als misslungen bezeichnet³⁷ und darauf zurückgeführt, dass es sich bei der Formulierung „von staatlichen Stellen (...) erbracht“ vermutlich um einen Übersetzungsfehler handle³⁸. In der englischen, französischen, italienischen und spanischen Fassung ist jeweils die Rede davon, dass es sich bei DAI um marktbezogene und nicht marktbezogene Dienstleistungen handelt, die von staatlichen Stellen als von allgemeinem Interesse angesehen und

32 ABl. 2007 C 306/158; ABl. 2016 C 202/307. Gem. Art. 51 EUV sind die Protokolle Bestandteile der Verträge und somit des Primärrechts. Vgl. dazu auch *Streinz*, Europarecht, Rn. 3.

33 DAWI-Leitfaden 2013, Rn. 2.

34 Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2003) 270 endgültig (im Folgenden: Grünbuch zu DAI).

35 Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2004) 374 endgültig (im Folgenden: Weißbuch zu DAI).

36 Grünbuch zu DAI, Rn. 16; Weißbuch zu DAI, S. 27.

37 *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 99 f., der die Formulierung in der englischen, französischen, italienischen, spanischen, niederländischen und dänischen mit der deutschen Fassung vergleicht.

38 *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 100.

deshalb bestimmten Gemeinwohlverpflichtungen unterworfen werden³⁹. Daraus ergibt sich, dass die Leistungen nicht von staatlichen Stellen selbst erbracht, sondern von diesen nur als DAI klassifiziert⁴⁰ und deswegen einem speziellen Regime unterworfen werden. Basierend auf dem Vergleich mit diesen Fassungen, wurde daher vorgeschlagen – entgegen dem Wortlaut der deutschen Fassung – unter DAI solche zu verstehen, die „im Interesse der Allgemeinheit erbracht (...) und von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft [werden]“⁴¹.

Mittlerweile werden DAI von der Kommission als „wirtschaftliche und nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen (...), denen die Mitgliedstaaten ein allgemeines Interesse beimessen und die von ihnen daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden“⁴² bzw. als wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Dienstleistungen, „die von den Behörden der Mitgliedstaaten als im allgemeinen Interesse liegend eingestuft werden, und (...) daher spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen [unterliegen]“⁴³ definiert. Nichtwirtschaftliche DAI fallen nicht un-

39 Green Paper on services of general interest, COM(2003) 270 final, Rn. 16 und White Paper on services of general interest, COM(2004) 374 final, S. 22: „The terme «*services of general interest*» (...) covers both market and non-market services which the public authorities class as being of general interest and subject to specific public service obligations.”; Livre vert sur les services d'intérêt general, COM(2003) 270 final, Rn. 16 und Livre blanc sur les services d'intérêt general, COM(2004) 374 final, S. 23: „L'expression «*services d'intérêt général*» (...) couvre les services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public.”; Libro verde sui servizi di interesse generale, COM(2003) 270 definitivo, Rn. 16 und Libro bianco sui servizi di interesse generale, COM(2004) 374 definitivo, S. 23: „L'espressione “servizi di interesse generale” (...) riguarda sia I servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico.”; Libro Verde sobre los servicios de interés general, COM(2003) 270 final, Rn. 16 und Libro Blanco sobre los servicios de interés general, COM(2004) 374 final, S. 24: „servicios de interés general (...) abarca los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público.”

40 Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 100.

41 Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 100.

42 DAWI-Leitfaden 2010, S. 17.

43 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM(2011) 900 endgültig, S. 3; DAWI-Leitfaden 2013, Rn. 1.

ter den AEUV⁴⁴ bzw. „(...) unterliegen weder spezifischen EU-Vorschriften noch den Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des Vertrags. Andere allgemeine Vorschriften des Vertrages, wie etwa das Diskriminierungsverbot, können jedoch hinsichtlich bestimmter Aspekte der Organisation dieser Dienstleistungen durchaus greifen.“⁴⁵ Durch den Vergleich der verschiedenen Kommissionsdokumente⁴⁶ wird deutlich, dass über die Jahre hinweg ein Wandel in der Wortwahl stattgefunden hat. Die Begriffe „marktbezogen“ und „nichtmarktbezogen“ wurden sukzessive durch die Begriffe „wirtschaftlich“ und „nicht wirtschaftlich“ ersetzt⁴⁷.

B. DAWI

DAWI bilden einen Unterfall der DAI⁴⁸. Der Begriff der DAWI findet sich bereits im Primärrecht [I.]. Mangels entsprechender Definition⁴⁹ ist jedoch fraglich, was genau darunter zu verstehen ist [II.].

44 DAWI-Leitfaden 2010, S. 17.

45 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM(2011) 900 endgültig, S. 3; DAWI-Leitfaden 2013, Rn. 1.

46 Mitteilung der Kommission – Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM(96) 443, endgültig; Mitteilung der Kommission – Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM(2000) 580, endgültig; Bericht für den Europäischen Rat in Laeken, KOM(2001) 598 endgültig; Grünbuch zu DAI; Weißbuch zu DAI; DAWI-Leitfaden 2010; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM(2011) 900 endgültig; DAWI-Leitfaden 2013.

47 Mitteilung der Kommission – Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM(96) 443, endgültig, S. 2; Mitteilung der Kommission – Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM(2000) 580, endgültig, S. 42; Bericht für den Europäischen Rat in Laeken, KOM(2001) 598 endgültig, S. 24; Grünbuch, S. 7; Weißbuch zu DAI, S. 27; DAWI-Leitfaden 2010, S. 17; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM(2011) 900 endgültig, S. 3; DAWI-Leitfaden 2013, Rn. 1.

48 Entsprechende Nachweise, vgl. o. Fn. 29.

49 *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 80; DAWI-Leitfaden 2013, Rn. 2.

I. DAWI im Primärrecht

Ausdrücklich genannt wird der Begriff der DAWI bzw. der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, der mit dem der DAWI identisch ist⁵⁰, im Primärrecht⁵¹ in Art. 14 S. 1 und Art. 106 Abs. 2 AEUV, in Art. 1 Protokoll Nr. 26 und in Art. 36 GRCh⁵². Darüber hinaus spielt der Begriff nach der sog. Tatbestandslösung⁵³ auch im Beihilferecht eine Rolle, genauer bei Art. 107 Abs. 1 AEUV und der Frage, ob Zuwendungen, die ein Unternehmen für die Erfüllung einer DAWI erhält, Beihilfen sind. Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt keine Begünstigung und somit keine Beihilfe vor, wenn ein Unternehmen mit der Erfüllung von DAWI betraut wurde und dafür Ausgleichszahlungen erhält⁵⁴. Diese Voraussetzung ist seit dem Altmark Trans-Urteil⁵⁵ die erste von vier kumulativen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen keine Begünstigung i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt⁵⁶.

II. Definition

Der unionsrechtliche Begriff⁵⁷ der DAWI wird im Primär- und Sekundärrecht nicht definiert⁵⁸. Ob eine DAWI vorliegt, hängt in der Praxis von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab und wird von der Kommission in ihren wettbewerbs- und beihilferechtlichen Entscheidungen und in der Rechtsprechung daher jeweils auch einzelfallbezogen und ohne Verwendung eines einheitlichen Begründungsan-

50 *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 79.

51 Gem. Art. 6 Abs. 1 a. E. EUV sind die Charta der Grundrechte und die Verträge rechtlich gleichrangig. Daher gehört auch die Charta der Grundrechte zum Primärrecht. Vgl. dazu auch *Streinz*, Europarecht, Rn. 3.

52 Vgl. zu dieser Aufzählung auch: *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, S. 78 ff.; DAWI-Leitfaden 2013, Rn. 2, wo allerdings nur Art. 14, Art. 106 Abs. 2 AEUV und das Protokoll Nr. 26 genannt werden.

53 *W. Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV, Rn. 17.

54 St. Rspr. seit *EuGH*, Rs, C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rn. 89.

55 *EuGH*, Rs, C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747.

56 *EuGH*, Rs, C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rn. 88 ff.; *Bär-Bouyssière*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 107 AEUV, Rn. 11; *W. Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 107, Rn. 17.

57 *Voet van Vormizeele*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 106 AEUV, Rn. 63.

58 Zu den entsprechenden Nachweisen vgl. o. Fn. 49.