MARTINA MELCHER

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im europäischen Privatrecht

Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

Mohr Siebeck

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

37

Martina Melcher

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im europäischen Privatrecht

Mohr Siebeck

Martina Melcher, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaften und der Betriebswirtschaftslehre an der Universität Graz; M.Jur-Studium an der Universität Oxford; Promotionsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Graz; Gerichtspraxis im Sprengel des Oberlandesgerichts Graz; seit Oktober 2015 Assistenzprofessorin am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht, Universität Graz.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Dr. Alois Mock Europa-Stiftung, der Karl-Franzens-Universität Graz und des Landes Steiermark, Abteilung Wissenschaft und Forschung.

ISBN 978-3-16-154750-8 / eISBN 978-3-16-160943-5 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 1861-5449 (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Meinen Eltern und Alex

Vorwort

Die dieser Arbeit zugrundeliegende Dissertation wurde im Frühjahr 2015 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis November 2014 umfassend berücksichtigt werden. Für die Druckfassung konnten nur ausgewählte neuere Entscheidungen und Beiträge ergänzt werden.

Mein besonderer Dank gilt den beiden Betreuern meiner Dissertation. Frau Univ.-Prof. Dr. Brigitta Lurger, LL.M. (Harvard), hat mir während meiner nahezu fünfjährigen Tätigkeit als Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht der Karl-Franzens-Universität Graz stets großzügigen Freiraum zur Erstellung der Dissertation gelassen und mich auch sonst in jeglicher Hinsicht und in außergewöhnlicher Art und Weise unterstützt und gefördert. Auch Herrn Ao. Univ.-Prof. Dr. Hubert Isak möchte ich für die Übernahme der Zweitbetreuung, seine Geduld und sein stets offenes Ohr für Fragen und Probleme sehr herzlich danken. Für die Aufnahme in die Schriftenreihe bin ich Herrn Prof. Dr. Martin Gebauer, Herrn Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel und Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann sehr dankbar.

Weiters gebührt mein Dank all jenen, die mich während und nach der Erstellung dieser Arbeit unterstützt haben. Besonders danken möchte ich Frau Dr. Eva Tscherner, Herrn Dr. Markus Zeiringer und Frau MMag. Astrid Kaltenegger, die die Erstellung dieser Arbeit durch ihre Diskussionsbereitschaft und kritische Durchsicht wesentlich erleichterten.

Vor allem aber möchte ich mich bei meiner Familie bedanken, die mir die Kraft und Ausdauer gegeben hat, diese Arbeit zu vollenden. Meine Eltern haben mein Dissertationsvorhaben stets vorbehaltlos gefördert und durch ihr Vertrauen einen wichtigen Beitrag zum erfolgreichen Abschluss dieser Arbeit erbracht. Mein Mann Alexander hat mich durch sämtliche Höhen und Tiefen der Promotionszeit mit außergewöhnlicher Geduld begleitet. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Graz, im Juni 2016 *Martina Melcher*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII
Abkürzungsverzeichnis XXI

Einleitung 1

§ 1. Problemstellung 1

§ 2. Ziele und Aufbau der Arbeit 3

Kapitel 1: Begriffsbestimmungen 8

§ 1. Europäisches Privatrecht 9

I. Der Begriff des europäischen Privatrechts 9
A. Die europäische Dimension des Privatrechts 9
B. Dualismus im EU-Recht: Privatrecht vs öffentliches Recht? 10
1. Nationale Abgrenzungstheorien und unionsrechtliche Differenzierung 10
2. Würdigung 15
II. Rechtsquellen des Unionsprivatrechts 18
III. Parallelität von nationalem Recht und Unionsrecht 20
IV. Zusammenfassung 21

§ 2. DAWI: Konzept und Definition 22

I. DAI im Unionsrecht 22
A. Unionsrechtliche Begrifflichkeiten 22
B. Auslegungskompetenz 25
C. Begriffsabgrenzung und Systematisierung 27
II. Gemeinsame Merkmale der DAI 29
A. Dienste und Dienstleistungen 29
B. Dienstleistungen iSv (leistenden) Tätigkeiten 30
C. Neutralität der Organisationsform 31

D. Allgemeines Interesse ... 32
E. Gemeinwohlverpflichtungen ... 34
1. Gemeinwohlverpflichtungen als Element der DAI ... 34
2. Staatliche Aufgabenübertragung und Betrauung ... 35
3. Gemeinwohlverpflichtungen: Inhalt und Ausgestaltung ... 35
4. Universaldienstverpflichtung ... 37
III. Wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ... 37
A. Wirtschaftliche Dienstleistungen vs wirtschaftliches Interesse ... 37
B. Wirtschaftliche Tätigkeit ... 38
1. Abgrenzung in Abhängigkeit von der fraglichen Rechtsvorschrift ... 38
2. DAWI als wirtschaftliche Tätigkeiten iSd Wettbewerbsrechts ... 39
a. Gleichsetzung von Unternehmen und wirtschaftlicher Tätigkeit ... 39
b. Hoheitliche Tätigkeiten ... 40
c. Sozialdienstleistungen ... 41
d. Würdigung ... 42
3. DAWI als wirtschaftliche Tätigkeiten iSd Grundfreiheiten ... 43
C. DAWI-Beispiele ... 45
IV. Zusammenfassung ... 46

Kapitel 2: Primär- und sekundärrechtliche DAWI-Vorgaben ... 49

§ 1. Der primärrechtliche Rahmen: DAWI im Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und Solidarität ... 51

I. Maßgebliche Bestimmungen: ein Überblick ... 51
A. Grundsätzliche Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten ... 51
B. Art 106 Abs 2 AEUV ... 51
C. Art 14 AEUV und das DAI-Protokoll ... 54
D. Art 36 GRC ... 56
II. Ziele, Prinzipien und Werte des Unionsrechts als allgemeiner Rahmen ... 56
A. Von der EWG zur EU ... 56
B. Betonung der sozialen Dimension durch den Vertrag von Lissabon ... 58
C. Balance zwischen sozialen und wirtschaftlichen Elementen ... 60
D. DAWI zwischen freiem Wettbewerb und Solidarität ... 62
III. Marktwirtschaftliche Ausrichtung der EU und die Integration der DAWI ... 64

A. Allgemeine Anwendungsgrenzen marktwirtschaftlicher Bestimmungen ... 64
1. Anwendungsvoraussetzungen des Grundfreiheitenrechts ... 64
2. Erbringung durch ein Unternehmen als Anwendungsvoraussetzung des Wettbewerbsrechts ... 64
3. (Nicht-)Vorliegen einer staatlichen Beihilfe ... 65
4. Fazit ... 69
B. Art 106 Abs 2 AEUV als spezifische Anwendungsgrenze marktwirtschaftlicher Bestimmungen auf DAWI ... 70
1. Voraussetzungen und Konzeption des Art 106 Abs 2 AEUV 70
2. Betrauung mit einer DAWI ... 71
3. Abwägung zwischen freiem Wettbewerb und DAWI-Erbringung ... 73
a. Allgemeines ... 73
b. Erforderlichkeit einer Ausnahme ... 74
c. Geringfügigkeits- bzw Angemessenheitskriterium ... 77
d. Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs ... 79
4. Besondere Anforderungen des DAWI-Beihilfen-Pakets ... 81
C. Einschränkende Wirkung des Art 14 AEUV? ... 82
D. Fazit: Integratives Modell als Lösungsansatz ... 85
IV. Eckpfeiler eines positiven EU-DAWI-Rechts ... 87
A. Eigenständige Wertigkeit der DAWI: Politische Botschaft des Art 14 AEUV ... 87
B. Inhaltlicher Impuls des Art 14 AEUV und gemeinsame Werte der Union ... 88
C. Anerkennung und Achtung des Zugangs zu DAWI ... 91
1. Zugang zu DAWI iSd Art 36 GRC ... 91
2. Adressaten des Art 36 GRC ... 93
3. Inhaltliche Forderungen des Art 36 GRC ... 94
4. Ableitung eines Zugangsrechts aus anderen Grundrechtsnormen ... 97
D. Sozialer und territorialer Zusammenhalt – Instrumentalisierung für die Unionsbürgerschaft und das Gesellschaftsmodell ... 100
E. Primärrechtliche Vorgaben als Orientierungsmaßstab ... 102
F. Fazit: Prinzipienbasiertes Rechtsmodell als Lösungsansatz ... 104
V. Gemeinsame Verantwortung der EU und der Mitgliedstaaten für das Funktionieren der DAWI ... 105
A. Verantwortung von Union und Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Befugnisse ... 105
B. Befugnisse der Union: Kompetenzen als äußere Grenze ... 108
1. Überblick ... 108
2. Binnenmarktharmonisierungskompetenzen der Union ... 109

a. Art 114 AEUV: Allgemeine Harmonisierungskompetenz 109
b. Art 53 und 62 AEUV: Besondere Harmonisierungskompetenz ... 111
c. Artikel 194 AEUV: Energierecht ... 111
3. Spezielle DAWI-Kompetenzen ... 112
a. Art 106 Abs 3 AEUV: Kommissionskompetenz ... 112
b. Artikel 14 S 2 AEUV: Grundsätze und Bedingungen ... 115
4. Kommissionsmitteilungen als alternative Regelungsmechanismen ... 119
C. Die EU als Wohlfahrtsakteur und Quasi-Sozialstaat ... 120
D. Fazit: Die Union als eigenständiger Akteur ... 121
VI. Zusammenfassung ... 123

§ 2. Sekundärrechtliche Entwicklung der DAWI im Unionsrecht: Dynamik der Liberalisierung, Privatisierung und Regulierung ... 130

I. Die Liberalisierungspolitik der Union ... 130
A. Bessere und effizientere Versorgung durch Wettbewerb ... 130
B. Liberalisierung, Privatisierung und Regulierung ... 134
II. Sektorale Liberalisierung der Netzwerkindustrien: Zwischen freiem Wettbewerb und Regulierung ... 138
A. Telekommunikation und elektronische Kommunikation ... 138
B. Elektrizität und Gas ... 142
C. Postdienste ... 147
D. Vergleich der Sektoren: Gemeinsamkeiten und Unterschiede . 149
III. Zentrale Elemente des Sekundärrechts der DAWI-Sektoren ... 150
A. Akteure des DAWI-Rechts ... 150
1. EU, Mitgliedstaaten, Private und Regulierungsbehörden: neue Akteure, Verhältnisse und Verantwortlichkeiten ... 150
2. Regulierungsbehörden als zentrale Akteure ... 153
B. Zentrale Regulierungsinstrumente des DAWI-Rechts ... 158
1. Beispiele für Regulierungsinstrumente ... 158
2. Versuch einer Kategorisierung ... 159
a. Regulierungsinstrumente des Unionsprivatrechts ... 159
b. Kategorisierung nach der überwiegenden Zielsetzung ... 161
3. Vergleichende Analyse: Gemeinsamkeiten und Unterschiede ... 164
IV. Zusammenfassung ... 165

Kapitel 3: Marktbezogene und parteienorientierte Bestimmungen mit Relevanz für DAWI 170

§ 1. Parallelität allgemeiner und sektoraler Regelungen 171

I. Auswahl maßgeblicher Rechtsakte 171
II. Sachliche Anwendbarkeit allgemeiner EU-Vertragsrechtsinstrumente 173
A. Das Vorliegen eines Vertrags als objektive Anwendungsvoraussetzung 173
1. Der Vertrag im Unionsrecht 173
2. Differenzierung nach Vertragstyp 176
B. Überprüfbare Klauseln und Ausnahmen nach der KlauselRL 177
1. Klauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften beruhen 177
a. Bindende Rechtsvorschriften als Klauselgrundlage 177
b. Kontrollierte Vertragsbedingungen 181
2. Klauseln, die die Hauptleistungsgegenstände betreffen 182
III. Diversität der Schutzadressaten 183
A. Vertragsparteien im allgemeinen EU-Verbrauchervertragsrecht 183
1. Der Verbraucher als Vertragspartei 183
2. Der Unternehmer als Gegenstück zum Verbraucher 186
B. Adressatengruppen der DAWI-RL auf Nachfrageseite 187
1. Energie (Elektrizität und Erdgas) 187
2. Elektronische Kommunikation 189
3. Postdienstleistungen 190
C. Problematik unterschiedlicher Adressatengruppen 190
IV. Vereinbarkeit und Verhältnis von sektoralen Bestimmungen und allgemeinem Verbrauchervertragsrecht 192
V. Zusammenfassung 194

§ 2. Marktbezogene Bestimmungen: Wettbewerb trotz besonderer Marktstrukturen 196

I. Einführende Bemerkungen 196
II. Wettbewerbsstärkende Information 198
A. Differenzierung von Informationspflichten 198
B. Informationspflichten des allgemeinen EU-Verbrauchervertragsrechts 199
1. Allgemeine Informationspflichten im Verbraucherrecht 199
2. Spezielle Informationspflichten: Fernabsatz und Haustürgeschäfte 200
C. Sektorspezifische Informationspflichten in DAWI-RL 201

D. Maßnahmen für einen optimierten Informationsnutzen 205
1. Informationsbereitstellung durch neutrale Organisationen... 205
2. Bereitstellung von Verbrauchsdaten 205
3. Förderung der Vergleichbarkeit konkurrierender DAWI-Angebote 207
E. Diskussion 208
1. Informationsdefizite 208
2. Verbesserungsansätze: Weiterentwicklung der klassischen Informationspflichten 210
a. Informationsoptimum statt Informationsüberflutung 210
b. Verwertbare Information 212
III. Wechselverfahren 214
A. Vorgaben zur Verfahrensausgestaltung im Energiesektor 214
B. Die Bedeutung der Rufnummernmitnahme im Telekommunikationssektor 216
IV. Zusammenfassung 218

§ 3. Parteienorientierte Bestimmungen: Kundenstärkung im Vertragsverhältnis 220

I. Einführender Überblick 220
II. Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und Haustürgeschäften 222
A. Spezielle sachliche Anwendungsvoraussetzungen: Abschluss im Fernabsatz bzw außerhalb der Geschäftsräume 222
1. Fernabsatzvertrag 222
2. Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Haustürverträge) 223
B. Widerrufsrecht nach der VRRL 223
1. Widerrufsrecht und Ersatzpflicht bei sonstigen Lieferverträgen über Strom, Gas und Wasser 225
2. Widerrufsrecht und Ersatzpflicht bei Kaufverträgen über Strom, Gas oder Wasser 231
III. Bereitstellung verschiedener Zahlungsmodalitäten 231
IV. Kundenrechte bei einseitiger Änderung von Vertragsbedingungen und Preisen 234
A. Überblick 234
B. Einseitige Änderung 236
C. Transparenzgebot 237
D. Kündigungs- bzw Beendigungsrecht 239
V. Alternative Streitschlichtungsmechanismen 241
A. Verhältnis unterschiedlicher Rechtsdurchsetzungsmechanismen 241

B. Ausgestaltung der Schlichtungsverfahren in den DAWI-Sektoren ... 242
C. Schutzadressaten der Schlichtungsverfahren ... 244
D. Durchführung und Inhalte der Schlichtungsverfahren ... 244
E. Weiterentwicklung der alternativen Streitbeilegungsverfahren 245
VI. Diskussion ... 247
A. Problematische Parallelität des allgemeinen Verbrauchervertragsrechts und der sektoralen Bestimmungen 247
B. Eigenverantwortung und empowerment der Verbraucher ... 248
VII. Zusammenfassung ... 250

Kapitel 4: Sicherstellung des Zugangs zur Grundversorgung .. 254

§ 1. Universaldienstkonzept ... 255

I. Entstehung, Verwendung und Funktion des Universaldienstkonzepts ... 255
A. Die Entstehung des Universaldienstgedankens ... 255
B. Einsatzbereiche des Universaldienstkonzepts ... 258
1. Die Verwendung von Universaldienstleistungsverpflichtungen in den Netzwerkindustrien ... 258
2. Ausweitung des Einsatzes von Universaldienstleistungsverpflichtungen in anderen Sektoren ... 260
C. Überblick über die Funktion des Universaldienstkonzepts ... 261
II. Universaldienstverpflichtung als primäres Instrument der Zugangsverwirklichung ... 264
A. Adressaten der Universaldienstverpflichtungen ... 264
1. Abgrenzung der Verpflichtungen ... 264
2. Konkret sekundärrechtlich verpflichtete Unternehmen ... 265
3. Modelle der Universaldienstverpflichtung ... 265
a. Benennung von Unternehmen als Universaldienstverpflichtete ... 265
b. Benennung eines Versorgers letzter Instanz ... 267
4. Rechtfertigung der Verpflichtung privater Unternehmen ... 268
B. Ausgestaltung der Universaldienstverpflichtung ... 270
1. (Individual-)Recht auf Grundversorgung ... 270
2. Versorgungs- und Zugangspflichten der DAWI-Unternehmen ... 271
a. Kontrahierungspflicht der DAWI-Unternehmen ... 271
b. Universaldienstpflichten ohne unmittelbar korrespondierende Rechte ... 273

3. Sekundäre Rechte gegenüber Versorgungsunternehmen: Kompensationsansprüche und Informationspflichten 274
4. Finanzierung des Universaldienstes 275
C. Grenzen der Auferlegung von Universaldienstverpflichtungen 276
1. Immanente Grenzen der Kontrahierungspflicht 276
2. Universaldienstverpflichtungen und der Maßstab der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts 277
3. Kontrahierungszwang als Eingriff in Grundrechte 281
D. Ergänzende Verantwortlichkeiten 283
1. Umsetzungspflicht und Gewährleistungsverantwortung der Mitgliedstaaten 283
2. Überwachungs- und Kontrollpflichten der Regulierungsbehörden 285
E. Kritische Betrachtung 286
III. Universeller Zugang 288
A. Die Universalität des Zugangs 288
B. Gleichberechtigter Zugang 291
C. Kritische Betrachtung 294
IV. Grundversorgung: Inhaltliche Vorgaben 295
A. Was bedeutet Grundversorgung? 295
1. Kerndienstleistungen 295
2. Mindestangebot an Leistungen 296
B. Universaldienstinhalte und Qualitätsvorgaben 297
1. Unionsrechtliche Inhaltsfestlegung und nationaler Ausgestaltungsspielraum 297
2. Vorgaben zum Universaldienst und gemeinsame Elemente . 298
C. Kritische Betrachtung 302
V. Die Multidimensionalität des Zugangselements 304
A. Allgemeines 304
B. Netzanschluss- bzw Netzzugang als Voraussetzung des Zugangs zur Grundversorgung bei netzgebundenen Dienstleistungen 305
1. Allgemeine Bedeutung eines diskriminierungsfreien Netzanschlusses und -zugangs 305
2. Netzanschluss- und Netzzugang im Kontext der Grundversorgung 309
a. Telekommunikation 309
b. Elektrizität 310
c. Postdienstleistungen 313
C. Erschwinglichkeit des Universaldienstes 314
1. Erschwinglichkeit als Zugangselement 314
2. Erschwinglicher oder/und angemessener Preis 315
3. Ausgestaltung erschwinglicher Preise 316

D. Kontinuität als sekundäres Zugangsgebot ... 319
1. Versorgungssicherheit ... 319
2. Kundenorientierte Maßnahmen zur Vermeidung des individuellen Versorgungsausschlusses ... 321
a. Maßnahmen bei Zahlungsverzug bzw Nichtzahlung ... 321
b. Eigenständige Ausgabenüberwachung und -steuerung ... 323
VI. Zusammenfassung ... 325

§ 2. Sonderschutzbestimmungen für bestimmte Kunden- bzw Verbrauchergruppen ... 330

I. Besonders schutzbedürftige Personen als eigenständige Adressatengruppe für spezifische Maßnahmen im DAWI-Recht ... 330
II. Besondere Schutzbedürftigkeit am Energiemarkt ... 331
A. Sonderschutzbestimmungen und Grundversorgung ... 331
B. Schutzbedürftige Adressaten am Energiemarkt ... 331
1. Schutzbedürftiger Kunde oder Verbraucher? ... 331
2. Auslöser der Schutzbedürftigkeit ... 333
a. Energiearmut ... 333
b. Entlegen wohnende Endkunden und andere Kunden ... 335
c. Versuch einer Kategorisierung der Schutzbedürftigkeit ... 337
3. Definition eines schutzbedürftigen Kunden ... 338
a. Umgang der Mitgliedstaaten mit der Definitionspflicht ... 338
b. Allgemeine Überlegungen zu einer Definition ... 339
C. Schutzmaßnahmen ... 341
1. Maßnahmen im Allgemeinen ... 341
2. Maßnahmenbeispiele ... 343
3. Koordination und Wechselwirkungen der Schutzmaßnahmen ... 345
III. Besondere Schutzbedürftigkeit im Sektor der elektronischen Kommunikation ... 346
A. Sonderschutzbestimmungen und Universaldienst ... 346
B. Besondere Schutzadressaten im Sektor der elektronischen Kommunikation ... 347
1. Teilnehmer, (End-)Nutzer oder/und Verbraucher? ... 347
2. Besonders geschützte Personengruppen ... 350
a. Behinderte Endnutzer ... 350
b. Einkommensschwache Verbraucher ... 351
c. Verbraucher mit besonderen sozialen Bedürfnissen ... 351
d. Verbraucher in ländlichen oder entlegenen Gebieten ... 351
3. Auslöser der Schutzbedürftigkeit ... 352
C. Maßnahmen im Bereich der elektronischen Kommunikation ... 352

1. Schutzmaßnahmen zur Zugangssicherung und Erschwinglichkeit für behinderte Endnutzer 352
2. Maßnahmen zur Zugangssicherung, Erschwinglichkeit und zur Verhinderung eines Versorgungsausschlusses für andere Personengruppen 355
IV. Diskussion 356
V. Zusammenfassung 360

§ 3. Durchsetzung des Rechts auf Zugang zu Grundversorgungsleistungen 364

I. Verschiedene Durchsetzungsmöglichkeiten 364
II. Direktwirkung der Richtlinienbestimmungen zum Universaldienst 365
A. Unbedingte und inhaltlich hinreichend genaue Universaldienstbestimmungen 365
B. Direktwirkung gegenüber dem Staat und den Regulierungsbehörden 371
C. Direktwirkung der Universaldienstbestimmungen gegenüber DAWI-Unternehmen 373
1. Verbot der horizontalen Direktwirkung von RL 373
2. Großzügige Auslegung des Staatsbegriffs 375
III. Allgemeiner Rechtsgrundsatz des (gleichberechtigten) Zugangs zu Grundversorgungsleistungen 377
A. Allgemeines zu den Grundsätzen des Unionsrechts 377
1. Prinzipienvielfalt im Unionsrecht 377
2. Direktwirkung als zusätzliches Charakteristikum allgemeiner Rechtsgrundsätze 381
3. Relevanz und Inhalt eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes für den Universaldienstgedanken 384
a. Mehrwert eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes 384
b. Inhalt eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes 385
B. Das Recht auf (gleichberechtigten) Zugang zu Leistungen der Grundversorgung als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts 385
1. Induktionsschluss aus bestehenden Rechtsregelungen 385
2. Induktionsrechtfertigende Argumente: Grundlegender, allgemein übergreifender Charakter und Mindestmaß normativer Bestimmtheit 389
C. Direktwirkung des Rechtsgrundsatzes 391
1. Das Recht auf Zugang zu Grundversorgungsleistungen als direkt anwendbarer Rechtsgrundsatz? 391

a. Ableitung der Direktwirkung aus Ausgestaltung und telos ... 391
b. Das Recht auf Zugang zu Grundversorgungsleistungen als spezielle Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ... 395
2. Blick in die Zukunft: ein direkt anwendbares Recht auf Zugang zur Grundversorgung ... 395
a. Gewährleistungsverantwortung als mitgliedstaatliche Schutzpflicht ... 395
b. Unmittelbare horizontale Wirkung des Rechtsgrundsatzes ... 396
IV. Staatshaftung ... 404
V. Zusammenfassung ... 408

Kapitel 5: Veränderungen der Konzeption des Europäischen Privatrechts ... 413

§ 1. Aufspaltung des Verbraucherrechts: Differenzierung nach Kategorien ... 414

I. Leitbilder, Adressaten und Schutzansätze im DAWI-Recht ... 414
A. Instrumentalisierung des Kunden und Verbrauchers als Marktakteur: Empowerment und Vertrauen ... 414
B. Neue Schutzorientierung und teilweise Verschmelzung von Verbraucher und Bürger ... 416
C. Fazit ... 418
II. Vergleichswerte im EU-(Verbraucher)Vertragsrecht ... 419
A. Differenzierung des Verbraucherleitbildes ... 419
B. Schutz und Empowerment jenseits des klassischen Verbrauchers ... 421
C. Die Berücksichtigung von besonderen Schutzbedürftigkeiten ... 423
D. Fazit ... 424
III. Überlegungen und Ausblick zu Kategorisierung, Umsetzung und Integration neuer Leitbilder und Schutzansätze ... 426
A. Realistische Leitbilder ... 426
B. Erweiterung der begünstigten Adressaten ... 428
C. Unterschiedliche Regelungsmodelle: Empowerment und Schutz ... 432
IV. Zusammenfassung ... 435

§ 2. Eine neue soziale Dimension im Unionsprivatrecht 437

I. Das Universaldienstkonzept als Ausdruck eines sozialen Vertragsrechts 437
A. Soziale Gerechtigkeit 437
B. Soziale Elemente im EU-Privatrecht der DAWI 439
1. Kontrahierungszwang 439
2. Diskriminierungsverbot 440
3. (Um-)Verteilungswirkung 442
4. Personen- und Bedürfnisorientierung 444
C. DAWI am Schnittpunkt zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Werten und Strukturen 447
D. Soziale Elemente des DAWI-Rechts als Verkörperung einer sozialen Dimension 450
II. Zur Integration der neuen sozialen Elemente in das Unionsprivatrecht 454
A. Privatrechtsverhältnisse zur Befriedigung grundlegender Bedürfnisse 455
B. Von der Befriedigung grundlegender Bedürfnisse unabhängige Privatrechtsverhältnisse 459
C. Herausforderungen iZm der allgemeinen Etablierung der neuen sozialen Dimension im Unionsprivatrecht 461
III. Zusammenfassung 464

Zusammenfassung 468
Judikaturverzeichnis 477
Literaturverzeichnis 483
Sachregister 505

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AmJCL	American Journal of Comparative Law (Zeitschrift)
Anm	Anmerkung
Art	Artikel/n
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd	Band
BVerfG	dt Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	dt Bundesverfassungsgerichtserkenntnis
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	circa
CMLR	Common Market Law Review (Zeitschrift)
DAI	Dienstleistung/en von allgemeinem Interesse
DAI-Protokoll	AEUV/EUV Protokoll (Nr 26) über Dienste von allgemeinem Interesse
DAWI	Dienstleistung/en von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
DAWI-RL	EBRL 2009, GBRL 2009, UDRL idF 2009, PBRL idF 2008
DCFR	Draft Common Frame of Reference (= Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens)
DPUE	Diritto e Politiche dell'Unione Europea (Zeitschrift)
dt	deutsche/r/s
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
E	Entscheidung
EBLR	European Business Law Review (Zeitschrift)
EBRL	ElektrizitätsbinnenmarktRL 2009/72/EG
EEELR	European Energy and Environmental Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law (Zeitschrift)
ELJ	European Law Journal (Zeitschrift)
ELR	European Law Review (Zeitschrift)
ElWOG	österr Elektrizitätswirtschafts- und -organisations-Gesetz 2010 idF BGBl 2013 I/174

Engl	englische/r/s
EP	Europäisches Parlament
EPL	European Public Law (Zeitschrift)
ERCL	European Review of Contract Law (Zeitschrift)
ERPL	European Review of Private Law (Zeitschrift)
ErwG	Erwägungsgrund
Et al	et alii
EU	Europäische Union
EuG	(Europäisches) Gericht, siehe auch GhEU
EuGH	(Europäischer) Gerichtshof, siehe auch GhEU
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
euvr	Zeitschrift für europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Europäisches Schuldvertragsübereinkommen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f	folgende
FAGG	österr Fern- und AuswärtsgeschäfteG
FARL	FernabsatzRL 97/7/EG
ff	fortfolgende
FN	Fußnote
franz	französische/r/s
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
GBRL	GasbinnenmarktRL 2009/73/EG
GEKR	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GG	Grundgesetz
GhEU	Gerichtshof der Europäischen Union (inkl EuGH, EuG)
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
hA	herrschende/r Ansicht
HGRL	HaustürgeschäftsRL 85/577/EWG
hM	herrschende/r Meinung
Hrsg	Herausgeber/in
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
idZ	in diesem Zusammenhang
iSd	im Sinne der/des
iSv	im Sinne von
iZm	im Zusammenhang mit
JBl	Juristische Blätter
JCP	Journal of Consumer Policy (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KlauselRL	RL 93/13/EG über missbräuchliche Klauseln
KMU	kleine/s und mittlere/s Unternehmen
krit	kritisch
lt	laut
LQR	Law Quarterly Review (Zeitschrift)
maW	mit anderen Worten

MJ	Maastricht Journal (Zeitschrift)
mW	meines Wissens
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr	Nummer
NÜV	österr Nummernübertragungsverordnung, BGBl 2012 II/48 idF BGBl 2015 II/365.
nwDAI	nichtwirtschaftliche Dienstleistung/en von allgemeinem Interesse
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies (Zeitschrift)
österr	österreichisch/e/r
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
PBRL	PostbinnenmarktRL
PMG	österr PostmarktG
RabelsZ	Rabels Zeitschrift
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
SA	Schlussanträge
SDAI	Sozialdienstleistung/en von allgemeinem Interesse
Slg	Sammlung
sog	sogenannte/r/s
hRsp	herrschende Rsp
TKG	TelekommunikationsG
ua	unter anderem
UDRL	UniversaldienstRL
uvm	und vieles mehr
v	von/m
VbR	Verbraucherrecht (Zeitschrift)
vgl	vergleiche
VO	EU/EG-Verordnung
VRRL	RL 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
Wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift)
WP	Working Paper
zB	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Einleitung

§ 1. Problemstellung

In den 1980er und 1990er Jahren begann der GhEU verstärkt damit, die Wettbewerbsbestimmungen des Unionsrechts auch gegenüber öffentlichen Unternehmen durchzusetzen. Nahezu parallel dazu führten erste Liberalisierungsbestrebungen der Kommission und anschließend auch des Rates und des EP zur fortschreitenden Öffnung der Telekommunikations-, Strom-, Gas- und Postmärkte (siehe dazu Kapitel 2: § 2.II). Ergänzende (Re-)Regulierungsbestimmungen stellten die Organisation dieser Sektoren teilweise regelrecht auf den Kopf.

Bei den betroffenen Dienstleistungen handelt es sich durchwegs um Versorgungsleistungen, die in enger Verbindung zum Wohlergehen der Bürger[1] stehen und für ein sozial integriertes Leben unerlässlich – und daher von allgemeinem Interesse – sind. Wenngleich unterschiedliche mitgliedstaatliche Ausgestaltungen vorlagen, stell(t)en sie als öffentliche Dienstleistungen regelmäßig eine zentrale Komponente des wohlfahrtsstaatlichen Verhältnisses zwischen den Mitgliedstaaten und ihren Bürgern dar. Entsprechend heftig gestaltete sich auch der Widerstand einzelner Mitgliedstaaten gegen die zunehmenden Eingriffe der Union in diesen bedeutenden Rechtsbereich.[2]

Gewissermaßen als Nebeneffekt der Liberalisierung und der Einführung von Wettbewerb auf diesen Märkten fand eine umfassende Privatisierung statt. Dies führte dazu, dass grundlegende Versorgungsdienstleistungen nunmehr durch private und idR gewinnorientierte Unternehmen auf wettbewerbsbestimmten Märkten an Kunden erbracht werden. An die Stelle öffentlich-rechtlicher Versorgungsverhältnisse traten privatrechtliche Verträge, deren Gestal-

[1] Die Bezeichnungen von Personen bzw Personengruppen, wie zB BürgerInnen, werden im Folgenden zum Zwecke der besseren Lesbarkeit des Textes überwiegend in der männlichen Form verwendet. Es soll dadurch weder eine Beschränkung auf männliche Personen bzw Gruppenangehörige noch eine diskriminierende Einstellung der Autorin gegenüber weiblichen Personen bzw Gruppenangehörigen ausgedrückt werden. Die Autorin bittet die Leserinnen und Leser Personen- und Gruppenbezeichnungen idS jeweils wertfrei als beide Geschlechter umfassend zu verstehen.

[2] Siehe zB EuGH C-202/88, *Frankreich/Kommission*.

tung eigenen Regelungen unterliegt. Nahezu zwangsläufig wirft diese Entwicklung grundlegende Fragen zur Organisation dieses neuen Rechtsbereichs auf und stellt deren rechtliche Regelung vor große Herausforderungen. Da jedermann auf die Versorgung mit solchen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) angewiesen ist, kommt dem Umgang mit dieser Problematik auch eine erhebliche praktische Bedeutung zu.

Angesichts der herausragenden Stellung, die viele Mitgliedstaaten den DAWI verleihen, und der damit verbundenen Sensibilität der Thematik, liegt bereits in der Schaffung eines unionsrechtlichen Regimes eine wesentliche Herausforderung. Sie verlangt eine tiefgreifende Auseinandersetzung mit den Möglichkeiten und Grenzen der Union als wohlfahrtsstaatlicher Akteurin und eine entsprechende Koordination zwischen der Union und den Mitgliedstaaten. Dabei stellen sich grundlegende Fragen zum Mehrebenensystem des europäischen Rechts und dem Selbstverständnis der Union im Gefüge der Sozialstaaten. In engem Zusammenhang mit dieser Problematik steht auch die Entwicklung und Festlegung grundlegender Prinzipien dieses neuen Rechtsbereichs. Die Gegenüberstellung und Abwägung marktwirtschaftlicher und sozialer Interessen ist dabei symptomatisch für die Diskussion um die Wirtschafts- und Sozialverfassung der Union.

Eine weitere Herausforderung betrifft die Koordination der wettbewerblichen Erbringung von DAWI bei gleichzeitiger Sicherstellung der Versorgung. Für private Unternehmen ist die Bereitstellung der Dienstleistungen nur dann von Interesse, wenn auch ein Gewinn erwirtschaftet werden kann. Die Bedeutung der DAWI für alle Unionsbürger bewirkt jedoch, dass auch wirtschaftlich schlechter gestellte, arbeits- und einkommenslose Personen, die typischerweise Risikokunden darstellen, auf eine Versorgung angewiesen sind. Die Verlagerung der Versorgungsaufgabe auf private Unternehmen führt idZ zu veränderten Rollen und Verantwortlichkeiten. Für den Versorgungsstaat muss eine neue Position definiert werden. Mechanismen und Instrumente müssen die Sicherstellung der Ansprüche und Bedürfnisse der Bürger auf eine effektive Versorgung mit grundlegenden Dienstleistungen auch gegenüber privaten Unternehmen außerhalb des staatlichen Bürgerverhältnisses gewährleisten. Klassische Privatrechtsinstrumente stoßen angesichts dieser Problematik aber schnell an ihre Grenzen.

Wenn schließlich das Unionsrecht der DAWI keinen völlig in sich abgeschlossenen Rechtsbereich bilden soll, sind Bemühungen zur Einpassung in den bestehenden privatrechtlichen *acquis communautaire* und zur Koordination sektorspezifischer und allgemeiner Regelungen erforderlich. Einerseits haben Grundfreiheiten- und Wettbewerbsregelungen nunmehr umfassende Beachtung zu finden, andererseits erlaubt das Verhältnis zwischen Unternehmen und privaten Endkunden teilweise die Heranziehung des EU-Verbrauchervertragsrechts.

§ 2. Ziele und Aufbau der Arbeit

Die Liberalisierung und Privatisierung von DAWI in den Mitgliedstaaten und auf Unionsebene löste kontroverse Debatten über die Erbringung, Sicherstellung und Ausgestaltung dieser Dienstleistungen aus. Zahlreiche wissenschaftliche Arbeiten setzten sich in diesem Kontext mit DAWI auseinander.[3] Regelmäßig blieb die Diskussion jedoch auf öffentlich-rechtlicher Ebene verhaftet oder thematisierte va die wettbewerbsrechtliche Dimension der DAWI. Eine gesamtheitliche Betrachtung und Gegenüberstellung der primär- und sekundärrechtlichen, allgemeinen und sektoralen Vorgaben blieb die Ausnahme. Auch der Entwicklung des neuen EU-Privatrechtsbereichs der DAWI, dessen Ausgestaltung und Prinzipienabwägung sich wesentlich von der klassischen Privatrechtskonzeption unterscheidet, wurde nur vereinzelt Aufmerksamkeit zuteil.[4]

Ziel dieser Arbeit ist es daher, die Regelung der DAWI aus privatrechtlicher Perspektive aufzuarbeiten. Der Fokus liegt dabei auf der Beziehung zwischen den Versorgungsunternehmen und den zu privaten Zwecken handelnden Endabnehmern. Die durch die Liberalisierung der Sektoren ausgelöste Privatisierung führte dazu, dass eine Vielzahl vormals öffentlicher Dienstleistungen nunmehr in Privatrechtsverhältnissen erbracht wird. Umso naheliegender ist es folglich, den privatrechtlichen Rahmen dieser Verhältnisse zu untersuchen.

---

[3] Siehe ua *Buendia Sierra*, Exclusive rights and state monopolies under EC law (1999); *Löwenberg*, Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa (2001); *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung (2001); *Schwarze*, Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts (2001); *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union (2004); *Nolte*, Deregulierung von Monopolen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (2004); *Simon*, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (2009); *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen (2011). Zuletzt ua *Dietrich,* Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012); *Sauter*, Public Services in EU Law (2015) und *Batura,* Universal Service in WTO and EU Law (2016).

[4] Siehe ua *Wilhelmsson*, Services of general interest and European private law, in *Rickett/Telfer* (Hrsg), International Perspectives of Consumers' Access to Justice (2003) 149; *Butters*, Vertragsgerechtigkeit in der öffentlichen Versorgungswirtschaft (2003); *Rott*, A New Social Contract Law for Public Services, ERCL 2005, 323; *Rott*, Consumers and services of general interest: Is EC consumer law the future? JCP 2007, 49; *Keßler/Micklitz*, Kundenschutz auf liberalisierten Märkten – Telekommunikation: Vergleich der Konzepte, Maßnahmen und Wirkungen in Europa (2008); *Keßler/Micklitz*, Kundenschutz auf liberalisierten Märkten – Energie: Vergleich der Konzepte, Maßnahmen und Wirkungen in Europa (2008); *Micklitz*, Europäisches Regulierungsprivatrecht: Plädoyer für ein neues Denken (Teil I), GPR 2009, 254; *Micklitz*, Europäisches Regulierungsprivatrecht: Plädoyer für ein neues Denken (Teil II), GPR 2010, 2; *Micklitz*, Universal Services: Nucleus for a Social European Private Law, in *Cremona* (Hrsg), Market Integration and Public Services in the European Union (2011) 63.

Dabei werden bewusst die unionsrechtlichen Vorgaben, die einen maßgeblichen Einfluss auf die Ausgestaltung zentraler DAWI-Sektoren, wie Telekommunikation, Post und Energie, haben, in den Mittelpunkt dieser Arbeit gestellt. Auf nationale (insbesondere österr) Regelungen wird allenfalls illustrativ und punktuell zur Verdeutlichung möglicher Umsetzungen Bezug genommen. Anhand einer strukturierten Analyse der wichtigsten primär- und sekundärrechtlichen Unionsbestimmungen sollen ein Gesamtbild dieses Rechtsbereichs skizziert und auftauchende rechtliche Fragen systematisch aufgearbeitet werden. Eine isolierte Betrachtung einzelner Teilbereiche könnte die wechselseitigen Beeinflussungen und Limitierungen nicht umfassend zeigen. Anhand von Referenzen und Vergleichen mit dem sonstigen Unionsprivatrecht sollen schließlich die Veränderungen, die in diesem Rechtsbereich stattfinden, und deren mögliche Tragweite verdeutlicht werden. Damit sollen die Auswirkungen der Regelung der DAWI in den untersuchten Sektoren auf die Gesamtkonzeption des Unionsprivatrechts aufgezeigt und somit auch ein Beitrag zur Diskussion um die Ziele und Werte sowie die Ausgestaltung des Unionsprivatrechts geleistet werden.

Um einen gemeinsamen Ausgangspunkt zu schaffen und gleichzeitig den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit zu begrenzen, ist Kapitel 1 den wesentlichen begrifflichen Bestandteilen ihres Titels gewidmet: dem europäischen Privatrecht und den DAWI. Zu diesem Zweck wird in § 1 eine Abgrenzung der Regelungen des europäischen Privatrechts von anderen Rechtsbereichen vorgenommen. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, ob das Unionsrecht überhaupt durch eine mit den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen vergleichbare Dichotomie der öffentlichen und der privaten Sphäre gekennzeichnet ist, sodass das Privatrecht als eigenständiger Untersuchungsgegenstand differenziert werden kann. Weiters wird auf die besondere Natur des Unionsprivatrechts, die in der Parallelität von nationalem Recht und Unionsrecht sowie den Rechtsquellen Ausdruck findet, aufmerksam gemacht. § 2 beschäftigt sich mit dem Begriff der DAWI. Mangels einer klaren Definition stehen die Feststellung und Analyse der gemeinsamen Merkmale dieser Dienstleistungen sowie die Abgrenzung wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten im Mittelpunkt. Dies ist einerseits für die Anwendbarkeit der DAWI-Normen von Relevanz. Andererseits finden die wirtschaftlichen Bestimmungen des Unionsrechts nur auf DAWI, nicht jedoch auf nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse Anwendung.

In Kapitel 2 der Arbeit wird das für DAWI relevante Primär- und Sekundärrecht der Union dargestellt. Den Gegenstand von § 1 bildet der ‚konstitutionelle Rahmen' des DAWI-Rechts. Anhand der allgemeinen Ziele und Prinzipien des Unionsrechts sowie der Vorgaben der speziell auf DAWI bezogenen Bestimmungen sollen das Verhältnis der marktwirtschaftlichen und sozialen Werte und Zielsetzungen des Unionsrechts und die sich für DAWI herausge-

bildeten Mechanismen zugunsten eines konstruktiven Umgangs mit dem Wertepluralismus näher untersucht werden. Wesentliche Fragen betreffen dabei die sozialen Vorgaben des Primärrechts und die Verteilung der Verantwortung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten. Das anschließende Unterkapitel § 2 ist der sekundärrechtlichen Entwicklung der DAWI unter Bezugnahme auf die Telekommunikations[5]-, Energie- und Postdienstleistungen gewidmet. Alle drei Sektoren zeichnen sich durch eine verhältnismäßig weit fortgeschrittene, ähnlich verlaufene Liberalisierung und unionsrechtliche Regulierung aus, sodass übergreifende Aspekte und gemeinsame Konzepte gut beobachtet und verglichen werden können. Es soll ein Überblick über den Sekundärrechtsbestand gegeben werden, der die Zuordnung der in Kapitel 3 und 4 analysierten privatrechtlichen DAWI-Bestimmungen erleichtert und die Prozesse der Liberalisierung, Privatisierung und (Re-)Regulierung dieser Rechtsbereiche illustriert. Darüber hinaus soll ein Bewusstsein für das Agieren und Interagieren der unterschiedlichen Akteure der DAWI-Märkte und die verschiedenen Regulierungsinstrumente, von denen privatrechtliche Mechanismen nur einen Teil bilden, geschaffen werden. Die Entwicklung von bestimmten Kriterien zur Kategorienbildung soll eine systematischere Analyse der privatrechtlichen Regulierung ermöglichen.

Gegenstand von Kapitel 3 sind ausgewählte marktbezogene und parteienorientierte Bestimmungen der allgemeinen RL des EU-Verbrauchervertragsrechts und der DAWI-RL. Es soll gezeigt werden, welche unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben die zufriedenstellende Erbringung dieser Dienstleistungen durch private Unternehmen sicherstellen sollen und welchen Herausforderungen das Unionsprivatrecht idZ begegnen muss. In § 1 wird zunächst die Parallelität und das Zusammenwirken der allgemeinen und sektoralen RL thematisiert. Dies betrifft einerseits die jeweiligen sachlichen Anwendungsbereiche der Regelungen. Es liegt nicht unbedingt auf der Hand, dass allgemeine vertragsrechtliche Bestimmungen das durch staatliche und regulierungsbehördliche Vorgaben beeinflusste Versorgungsverhältnis regeln. Andererseits unterscheiden sich die Regelungen auch im Hinblick auf die darin begünstigten Adressaten. Daran anschließend wird in § 2 gezeigt, wie das Unionsrecht mit Hilfe marktbezogener Bestimmungen das Funktionieren eines Marktes in den DAWI-Sektoren unterstützt und die Bürger als Kunden entsprechend instrumentalisiert. Besonderes Augenmerk liegt auf dem Instrument der Informationspflichten sowie dessen besonderen Ergänzungen im DAWI-Recht und der

[5] Die Begriffe Telekommunikation und elektronische Kommunikation werden im Folgenden zu Variabilitätszwecken abwechselnd zur Bezeichnung derselben Dienstleistungskategorie verwendet. Im Sekundärecht wurde der Begriff der Telekommunikation aufgrund des technischen Fortschritts durch jenen der elektronischen Kommunikation weitgehend ersetzt.

Ausgestaltung des Anbieter- bzw Versorgerwechsels. Parteienorientierte Bestimmungen, die relative Schwächen einer Vertragspartei im Parteienverhältnis ausgleichen sollen, werden in § 3 näher betrachtet. Anhand einiger Beispiele sollen die Anforderungen, welchen diese Bestimmungen bei der Anwendung auf DAWI ausgesetzt sind, und die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, diskutiert werden. Mit Blick auf die allgemeine Konzeption des Unionsprivatrechts soll auch die unterschiedliche Zielsetzung und Wirkungsweise solcher Schutz- und *Empowerment*bestimmungen verdeutlicht werden.

Obwohl Kapitel 4 der Arbeit hinsichtlich der Analyse privatrechtsrelevanter Bestimmungen mit dem vorhergehenden Teil grundsätzlich eine Einheit bildet, soll der besonderen Bedeutung und Einzigartigkeit der Instrumente zur Sicherstellung des Zugangs zu einer Grundversorgung durch eine separate Analyse Rechnung getragen werden. Das zentrale Element dieses Schutzsystems stellt dabei das Universaldienstkonzept dar, dem § 1 gewidmet ist. Es soll idZ der Frage nach der Entstehung und der Verwendung des Konzepts nachgegangen werden, das sich grundlegend von den sonstigen unionsprivatrechtlichen Instrumenten unterscheidet. Besondere Aufmerksamkeit kommt der Ausgestaltung der Universaldienstverpflichtung, den Verantwortlichen und Verpflichteten sowie den Grenzen dieses Instruments zu. Weiters soll anhand einer detaillierten Analyse der einzelnen Bestandteile des Universaldienstkonzepts gezeigt werden, dass die jeweiligen Komponenten, wie zB die Erschwinglichkeit oder die Kontinuität, wesentlich zum Funktionieren dieses Instruments beitragen. Gegenstand von § 2 sind jene privatrechtlichen Regelungen, die den besonders schutzbedürftigen Personen gewidmet sind. Zentrales Anliegen ist es, die Konturen dieser neuen Schutzkategorie herauszuarbeiten und den Umgang mit dieser zu diskutieren. Zugunsten der Einheitlichkeit werden in diesem Unterkapitel nicht nur die im Grundversorgungskontext stehende wirtschaftliche Schutzbedürftigkeit besprochen, sondern auch personenorientierte, nichtwirtschaftliche Schutzbedürftigkeiten thematisiert. Das abschließende § 3 geht der Frage der Durchsetzbarkeit eines Rechts auf Zugang zur Grundversorgung bei fehlender oder mangelhafter mitgliedstaatlicher Umsetzung nach. Zu diesem Zweck werden Überlegungen zur Direktwirkung der Universaldienstbestimmungen der DAWI-RL, dem möglichen Bestehen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Unionsrechts auf Zugang zur Grundversorgung sowie im Hinblick auf die unionsrechtliche Staatshaftung angestellt.

Im finalen Kapitel 5 der Arbeit sollen schließlich Schlussfolgerungen aus den vorhergehenden Kapiteln gezogen und die für das Unionsprivatrecht gewonnenen Erkenntnisse diskutiert und in einen allgemeinen Kontext gestellt werden. Gegenstand von § 1 ist die Veränderung der unionsrechtlichen Ausgestaltung des Verbraucherrechts wie sie im DAWI-Recht zum Ausdruck kommt und auch in Elementen des allgemeinen EU-(Verbraucher-)Vertragsrechts erkennbar ist. Es soll gezeigt werden, dass an die Stelle eines einheitlichen Verbraucherrechts ein stärker individualisierender Regelungskomplex

tritt, der sich gleichzeitig auch von der Person des Verbrauchers löst. Im Unterkapitel § 2 soll schließlich überprüft werden, ob sich aus den im DAWI-Recht entdeckten sozialen Elementen eine neue soziale Dimension im Unionsprivatrecht ableiten lässt. Dabei sollen auch der Bedarf, die Sinnhaftigkeit und die Möglichkeit einer Integration dieser sozialen Elemente in das allgemeine Unionsvertragsrecht zur Diskussion gestellt werden.

Kapitel 1:

Begriffsbestimmungen

Kapitel 1 dieser Arbeit ist den wesentlichen begrifflichen Bestandteilen des Titels gewidmet: dem europäischen Privatrecht und den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI). Beide Begriffe bestimmen und begrenzen den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit grundlegend.

Zunächst stellt sich die Frage, welche Gebiete des Unionsrechts *inhaltlich* in den Untersuchungsbereich dieser Arbeit fallen. Zu diesem Zweck wird der schwer fassbare Begriff ‚Europäisches Privatrecht' in seine beiden Bestandteile – *europäisch* und *Privatrecht* – zerlegt und unter Berücksichtigung von Primär- und Sekundärrecht sowie unter Bezugnahme auf die Rsp des GhEU analysiert (siehe § 1.I). Im Anschluss daran grenzt ein kurzer Überblick der Rechtsquellen des Unions(-privat-)rechts den Untersuchungsbereich dieser Arbeit *formal* ab (siehe § 1.II). Abschließend wird die besondere Natur des Unions(-privat-)rechts thematisiert, die sich va aus dem Verhältnis zum nationalen Recht und dem dadurch entstehenden Mehrebenensystem ergibt (siehe § 1.III).

Das konzeptionelle Grundverständnis der Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse ist für die Diskussion um die Sonderstellung dieser Tätigkeiten wesentlich. Es ist sowohl für die innerkategorische Differenzierung nach wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Dienstleistungen als auch für die Abgrenzung zu anderen Tätigkeiten von Relevanz und wirkt sich auf die Anwendbarkeit unionsrechtlicher Bestimmungen aus. Außerdem erklärt die Konzeption dieser Dienstleistungen auch die Notwendigkeit eines besonderen Regelungsrahmens. Die terminologischen Ausführungen in § 2 sollen ein möglichst klares Bild der DAWI zeichnen und eine Basis für die weitere Analyse schaffen. Eine erste Kategorisierung dieser Dienstleistungen wird zunächst anhand der einschlägigen unionsrechtlichen Begriffe und deren Abgrenzung vorgenommen (siehe § 2.I). Im Anschluss daran werden die wesentlichen *gemeinsamen* Merkmale aller Dienstleistungen von allgemeinem Interesse näher beleuchtet (siehe § 2.II). Schließlich wird die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen diskutiert und durch Beispiele illustriert (siehe § 2.III).

§ 1. Europäisches Privatrecht

I. Der Begriff des europäischen Privatrechts

A. Die europäische Dimension des Privatrechts

Die nahezu inflationäre Verwendung des Begriffs ‚europäisches Privatrecht' suggeriert ein einheitliches und eindeutiges Begriffsverständnis. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch die wahre Ambivalenz dieser Bezeichnung. Was bedeutet *europäisch*? Welche Regelungen sind dem *Privatrecht* zuzuordnen?

Unter den Begriff des europäischen Privatrechts können einerseits alle Gemeinsamkeiten in den Privatrechtsordnungen der europäischen Staaten, also die gemeinsamen Ansätze und Traditionen der nationalen Rechtsordnungen, gefasst werden.[1] Oft bedient man sich dafür der Bezeichnungen ‚gemeineuropäisches Privatrecht' oder *acquis commun*. Einen guten Überblick über den *acquis commun* bietet der sog (Draft) Common Frame of Reference ([D]CFR), der das Ergebnis einer umfassenden Studie zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden der mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen darstellt. Mitgliedstaatliches Privatrecht spielt europarechtlich nicht nur als Auffang- und Umsetzungsrechtsordnung eine wesentliche Rolle. Gemeinsame Prinzipien des Zivilrechts können beispielsweise in der Rsp des GhEU die Auslegung und Entwicklung des Unionsprivatrechts erheblich beeinflussen.[2]

Andererseits können unter dem Begriff des europäischen Privatrechts auch die privatrechtlichen Bestimmungen des gemeinschaftlichen Besitzstandes (*acquis communautaire*) verstanden werden. Dazu zählen neben den unmittelbar anwendbaren Bestimmungen des EU-Primärrechts auch die auf primärrechtlicher Grundlage erlassenen Sekundärrechtsakte sowie deren Umsetzung in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.[3] Teilweise wird auch das europäische Konventionsprivatrecht, welches auf völkerrechtlichen Vereinbarungen zwischen den Mitgliedstaaten beruht, dem *acquis communautaire* zugeordnet.[4] In Anlehnung an die von *Kropholler* und *Müller-Graff* geprägte Bezeichnung

---

[1] *Müller-Graff*, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, in *Müller-Graff* (Hrsg), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft[2] (1999) 9 (22); *Jansen*, Europäisches Privatrecht, in *Basedow, et al.* (Hrsg), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd I (2009) 548 (549 ff.).

[2] Siehe die Referenz des EuGH auf gemeinsame (Zivil-)Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten: C-412/06, *Hamilton*; C-489/07, *Messner*; C-215/08, *Friz*.

[3] Ebenso *Müller-Graff* in *Müller-Graff* 9 (26); *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht[2] (2006) 15 f.; *Twigg-Flesner*, Introduction: key features of European Union private law, in *Twigg-Flesner* (Hrsg), European Union Private Law (2010) 1 (2).

[4] *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003) 38 f; aA *Müller-Graff* (in *Müller-Graff* 9 (24).

dieser Bestimmungen als ‚Gemeinschaftsprivatrecht'[5] soll im Rahmen dieser Arbeit der zusammenfassende Begriff ‚Unionsprivatrecht' bzw ‚EU-Privatrecht'[6] verwendet werden.

Ihr stark instrumenteller und regulierender Charakter unterscheidet die Regelungen des Unionsprivatrechts von der Mehrzahl der autonomen mitgliedstaatlichen Privatrechtsbestimmungen.[7] Weiters stellt das Unionsprivatrecht auch keine vollständige Rechtsordnung iSd staatlichen Privatrechtsordnungen dar, sondern besitzt einen fragmentarischen Charakter.[8] Dieser wird insbesondere auch durch die politikorientierte Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten verursacht.[9] Zahlreiche wissenschaftliche Publikationen zeigen aber, dass die unionsprivatrechtlichen Bestimmungen dennoch eine gewisse Systematik aufweisen und auch gemeinsamen Prinzipien unterliegen.[10]

Forschungsgegenstand der vorliegenden Arbeit ist primär die Konzeption, konkrete Ausgestaltung und Entwicklung des Unionsprivatrechts, als Summe der privatrechtsrelevanten *acquis communautaire*-Bestimmungen mit Relevanz für DAWI. Dennoch können, nicht zuletzt aufgrund des pointilistischen Charakters des Unionsprivatrechts, die Traditionen und gemeinsamen Rechtsgrundsätze der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen (*acquis commun*) nicht vollkommen außer Acht gelassen werden, sodass bei Bedarf auch darauf Bezug genommen wird.

B. Dualismus im EU-Recht: Privatrecht vs öffentliches Recht?

1. Nationale Abgrenzungstheorien und unionsrechtliche Differenzierung

Nach der Klärung der ‚europäischen Dimension' stellt sich naturgemäß auch die Frage nach dem verwendeten Privatrechtsbegriff. Traditionell ergibt sich

---

[5] *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht (1975) 36; *Müller-Graff* in *Müller-Graff* 9 (26).

[6] Zu dieser durch den Vertrag von Lissabon bedingten Begriffsumbildung siehe auch *Baldus, et al.*, Forum: Gemeinschaftsprivatrecht, Unionsprivatrecht, Europäisches Privatrecht, GPR 2011, 270; *Müller-Graff*, Unionsprivatrecht statt Gemeinschaftsprivatrecht? GPR 2008, 105.

[7] *Jansen* in *Basedow*, et al. 548 (550).

[8] *Jansen* in *Basedow, et al.* 548 (549); *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht[3] (2012) 1. Zu den in der Rechtsetzung liegenden Wurzeln des Europäischen Privatrechts siehe *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht (1996) 38 mwN.

[9] Siehe dazu auch *Collins*, Governance implications for the European Union of the changing character of private law, in *Cafaggi/Muir Watt* (Hrsg), Making European Private Law (2008) 269.

[10] Siehe ua *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht; *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts; *Weatherill*, The ‚principles of civil law' as a basis for interpreting the legislative acquis, ERCL 2010, 74; *Hartkamp*, The General Principles of EU Law and Private Law, RabelsZ 2011, 241.

dieser in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen aus der Abgrenzung vom öffentlichen Recht.[11] Von dem hier interessierenden Privatrechtsbegriff zu unterscheiden ist die Kategorisierung der Regelungen nach ihrer Erstellung durch private Personen oder den Staat bzw die Union.[12]

Mitgliedstaatliche Abgrenzungstheorien stützen sich auf unterschiedliche Kriterien, wie Rechtsform, Funktion, umgebende Regelungsmechanismen, Machtverteilung, Eigentümerschaft oder grundlegende Prinzipien und Werte.[13] Die Zuordnung zum jeweiligen Rechtsbereich ist idR von der Kombination und Intensität des Vorliegens der genannten Kriterien abhängig. Grob lassen sich dabei zwei, miteinander kombinierbare, Zugänge unterscheiden: Einerseits richtet sich die Differenzierung nach den Verpflichtungsadressaten.[14] Regelungen werden demnach dem Privatrecht zugeordnet, wenn sie, zB iSd sog ‚Subjekttheorie', das Verhältnis von natürlichen und juristischen Personen ‚als solches' betreffen oder/und es sich, zB iSd sog ‚Subjektionstheorie', um ein Gleichordnungsverhältnis und kein Über- bzw Unterordnungsverhältnis handelt. Andererseits orientiert sich die auf den römischen Juristen *Ulpian*[15] zurückgehende ‚Interessentheorie' an den Aufgaben, Zwecken und Interessen, die das jeweilige Rechtsgebiet kennzeichnen. Unter diesen Gesichtspunkten wird dem öffentlichen Recht die Optimierung des Allgemeinwohls und Verwirklichung von Allgemeininteressen nachgesagt, während privatrechtliche

---

[11] Ebenso *Leczykiewicz/Weatherill*, Private Law Relationships and EU Law, Legal Research Paper Series 2013, 1 (2); *Ziller*, Public law, in *Smits* (Hrsg), Elgar Encyclopedia of Comparative Law (2006) 603 (607). Ausführlich zu den Wurzeln der Trennung der öffentlichen von der privaten Sphäre: *Arnold*, Vertrag und Verteilung (2014) 103 ff. Für einen vergleichenden Überblick des engl und franz Ansatzes: *Auby/Freedland* (Hrsg), The Public Law/Private Law Divide: une entente assez cordiale? (2004). Zur dt und österr Perspektive: *Bydlinski*, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 1994, 319.

[12] Zur privaten Rechtsetzung siehe ua *Cafaggi*, Private Regulation in European Private Law, in *Hartkamp et al.* (Hrsg), Towards a European Civil Code (2011) 91 ff.; *Cafaggi/Muir-Watt*, Making European Private Law (2008).

[13] Siehe zu diesen Kriterien ua *Whittaker*, Consumer law and the distinction between public and private law, in *Auby/Freedland* (Hrsg), La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques (2004) 233 (237); *Freedland*, The Evolving Approach to the Public/Private Distinction, in English Law in *Auby/Freedland* (Hrsg), La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques (2004) 101 (116).

[14] Siehe dazu auch *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 81; *Beaud*, La distinction entre droit public et droit privé: un dualisme qui résiste aux critiques, in *Auby/Freedland* (Hrsg), La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques (2004) 29. Für alternative Differenzierungsmethoden siehe beispielsweise *Bell*, Comparative Administrative Law, in *Reimann/Zimmermann* (Hrsg), The Oxford Handbook of Comparative Law (2008) 1258 (1263).

[15] „Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem" (D.1, 1,1 2), abgedruckt in *Bydlinski*, AcP 1994, 321 f.

Aktivitäten und Bestimmungen vorrangig der Umsetzung von Individualinteressen dienen sollen.[16] Damit verwandt ist ein Ansatz, welcher nach der im Privatrecht angeblich vorherrschenden korrektiven Gerechtigkeit und der öffentlich-rechtlichen distributiven Gerechtigkeit differenziert.[17]

Im Gegensatz zur Mehrzahl der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen beruht die generelle Konzeption des Unionsrechts nicht auf einer strukturellen Trennung zwischen der privaten und der öffentlichen Sphäre.[18] Dies lässt sich, neben der Natur des Unionsrechts als Rechtsordnung *sui generis*, teilweise auch bereits damit begründen, dass die Gerichtsbarkeit der Union – anders als jene der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen – nicht zwischen privat- und öffentlich-rechtlichen Instanzenzügen unterscheidet und auch die Kompetenzverteilung von der privat- bzw öffentlich-rechtlichen Natur der Rechtsmaterie unabhängig ist. Eine Differenzierung ist daher in vielerlei Hinsicht gar nicht nötig.

Dennoch ist auch das Unionsrechtssystem in mancher Hinsicht durch die Abgrenzung einer privatrechtlichen Dimension geprägt. Zum einen äußert sich dies besonders deutlich in der Rezeption des Unionsrechts. Zeitschriftentitel, wie zB ‚European Review of Private Law', ‚Gemeinschaftsprivatrecht' oder ‚Zeitschrift für das Europäische Privatrecht', und Lehrbuchtitel, wie zB ‚Grundlagen des Europäischen Privatrechts'[19], deuten bereits begrifflich darauf hin, dass ein eigenständiges europäisches *Privat*recht besteht, das vom restlichen Unionsrecht unterschieden werden kann. Daraus allein lässt sich eine solche Differenzierung aber dennoch nicht ableiten. Zu einem guten Teil lässt sich diese vermutlich auch bloß auf die Perspektive der Betrachter zurückführen, die das Unionsrechtssystem durch die Brille der (kontinentalen) mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen betrachten und nach diesem Vorbild ebenso in privat- und öffentlich-rechtliche Strukturen unterteilen. Gerade in wissenschaftlichen Abhandlungen fällt dabei der oft selbstverständliche Konnex zwischen mitgliedstaatlicher privatrechtlicher Einordnung und europäischem Privatrecht auf.[20] Auch das allgemeine Streben nach Systematisierung und die notwendige Integration und Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben in die dualistisch geprägten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen haben diese

[16] *Bydlinski*, AcP 1994, 336.

[17] *Arnold*, Vertrag und Verteilung 99 f. mwN; *Michaels/Jansen*, Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, AmJCL 2006, 843 (848).

[18] *Auby/Freedland*, General Introduction, in *Auby/Freedland* (Hrsg), The Public Law/Private Law Divide: une entente assez cordiale? (2004) 13 (14); *Reich*, The public/private divide in European law, in *Micklitz* (Hrsg), Private Law and the Common Frame of Reference (2010) 56 (56 ff.).

[19] *Alpa/Adenas*, Grundlagen des Europäischen Privatrechts (2010).

[20] Siehe zB *Remien*, Über den Stil des europäischen Privatrechts, RabelsZ 1996, 1 (4).

Herangehensweise mit einiger Wahrscheinlichkeit geprägt; wobei nicht vergessen werden darf, dass auch den Mitgliedstaaten unterschiedliche Privatrechtskonzepte zugrunde liegen.[21]

Zum anderen enthalten aber auch das Unionsrecht und die Rsp des GhEU selbst vereinzelt Referenzen, die auf eine Differenzierung des Privatrechts von anderen rechtlichen Belangen hindeuten. So findet sich beispielsweise in der Liste der Kompetenzen des Unionsgesetzgebers mit Art 81 AEUV eine eigene Rechtsgrundlage für die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen. Die auf dieser Grundlage erlassenen VO Brüssel I, Rom I und Rom II betreffen ausschließlich Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen.[22] In der Rsp etablierte sich diesbezüglich eine – von der Ausgestaltung der Klage unabhängige – Abgrenzung der öffentlichen und privaten Rechtsbereiche, welche sich an der Einordnung in der Mehrheit der Mitgliedstaaten und an der materiell-rechtlichen Grundlage des fraglichen Rechtsverhältnisses orientiert.[23] Für die Qualifizierung als Zivil- und Handelssache scheint dabei einerseits die ausschließliche Beteiligung von Privatpersonen – wobei der EuGH erst jüngst auch eine staatliche Behörde, die keine hoheitlichen Befugnisse geltend machte, als Teil eines zivilrechtlichen Schuldverhältnisses akzeptierte[24] – und andererseits das Fehlen hoheitlicher Verpflichtungen oder Befugnisse zentral zu sein. Weiters nahm auch der EuGH in der jüngeren Rsp wiederholt Bezug auf die sog (allgemeinen) Grundsätze des Zivilrechts, was darauf hindeutet, dass er das Zivil- bzw Privatrecht als eigenständigen Bereich mit eigenen Grundsätzen wahrnimmt.[25]

Neben vereinzelten expliziten Bezugnahmen auf das ‚Zivilrecht' äußert sich die Differenzierung der privaten und der öffentlichen Sphäre im Unionsrecht aber va auch in der Unterscheidung zwischen den *horizontalen* Verhältnissen privater Personen und den *vertikalen* Rechtsverhältnissen zwischen Mitgliedstaaten oder/und Unionsinstitutionen sowie zwischen diesen und Privatpersonen. Eine unionsrechtliche Regelung wäre demnach dem Privatrecht zuzuordnen, soweit sie unmittelbar (und ausschließlich) die Rechtsverhältnisse zwischen natürlichen und/oder juristischen Privatpersonen betrifft.[26] Besonders

[21] *Ziller* in *Smits* 603 (606); *Claes*, The European Union, its Member States and their Citizens, in *Weatherill/Leczykiewicz* (Hrsg), The Involvement of EU Law in Private Law Relationships (2013) 29 (32).

[22] Siehe jeweils Art 1 der VO (EG) Nr 44/2001 (Brüssel I-VO), der VO (EG) Nr 593/2008 (Rom I-VO) und der VO (EG) Nr 864/2007 (Rom II-VO).

[23] Siehe ua EuGH Rs 814/79, *Rüffer*; C-172/91, *Sonntag*; C-265/02, *Frahuil*.

[24] EuGH C-645/11, *Land Berlin*.

[25] So zB EuGH C-215/08, *Friz* Rn 48; C-412/06, *Hamilton* Rn 24. Zum diesbezüglichen Zivilrechtsbegriff siehe *Hesselink*, The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy, in *Weatherill/Leczykiewicz* (Hrsg), The Involvement of EU Law in Private Law Relationships (2013) 31 (148 f.).

[26] Siehe dazu auch die SA GA *Trstenjak*, C-282/10, *Dominguez* Rn 56–60.

klar ausgeprägt ist dabei die Unterscheidung der vertikalen und horizontalen Direktwirkung von RL, die in dieser Form auch die klassische Trennung des privaten und des öffentlichen Rechts weitgehend wiederspiegelt. Eine direkte Berufung auf Richtlinienbestimmungen ist gegenüber dem Staat, unabhängig davon in welcher Eigenschaft dieser handelt, möglich. Dies gilt auch – rechtsformunabhängig – gegenüber sonstigen Einrichtungen, die „kraft staatlichen Rechtsakts unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse" erbringen und zu diesem Zweck über besondere Rechte verfügen, „die über die für die Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Vorschriften hinausgehen".[27] Eine horizontale Direktwirkung gegenüber Einzelnen wurde bisher durch den EuGH abgelehnt.[28]

Auch in der Rsp zu den Grundfreiheiten ergibt sich die private bzw horizontale Natur eines Rechtsverhältnisses, ähnlich wie bei der Richtliniendirektwirkung, offenbar aus dem Fehlen einer staatlichen Finanzierung und eines maßgeblichen staatlichen Einflusses.[29] Anders als bei der Richtliniendirektwirkung wirkt sich diese Abgrenzung jedoch nicht (mehr) unmittelbar auf die tatsächliche (Nicht-)Anwendung der betroffenen Grundfreiheiten aus. Die Grundfreiheiten finden vielmehr auch (eingeschränkt) horizontale Anwendung. Die rechtlich interessante Abgrenzungsfrage zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten verläuft daher nicht (länger) entlang der Trennung von privaten und öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen, sondern vielmehr zwischen unterschiedlich marktrelevanten Privatrechtsverhältnissen. Diesbezüglich hat sich ein funktionaler, auf die jeweilige Handlung abstellender, Ansatz herausgebildet. Für den Bereich der Dienstleistungs-, Niederlassungs- und Warenverkehrsfreiheit hat der EuGH ausgesprochen, dass auch private Einheiten, die eine Regelungsfunktion wahrnehmen, zB durch Erstellung kollektiver Regelungen oder durch Normungs- und Zertifizierungstätigkeit, und dadurch den Markt(-zugang) effektiv regulieren, durch die Grundfreiheiten verpflichtet sind.[30] Dabei ergibt sich aus der E *Viking* ausdrücklich, dass (zumindest) der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit gerade *nicht* auf quasi-öffentlich-rechtliche Einrichtungen bzw solche mit quasi-legislativer Befähigung beschränkt ist.[31] Wesentlich ist vielmehr die (Markt-)Macht der privaten Einhei-

[27] EuGH C-282/10, *Dominguez* Rn 38 f.

[28] Siehe zB EuGH C-91/92, *Faccini Dori* Rn 20; C-555/07, *Kücükdeveci* Rn 46; C-282/10, *Dominguez* Rn 37.

[29] EuGH C-171/11, *Fra.bo* Rn 24.

[30] EuGH C-171/11, *Fra.bo* Rn 26 ff.; C-341/05, *Laval* Rn 98; C-438/05, *Viking* Rn 57. Siehe dazu ausführlich *Tscherner*, Arbeitsbeziehungen und Europäische Grundfreiheiten (2012) 302 ff.

[31] EuGH C-438/05, *Viking* Rn 64.

ten, Hürden für die Ausübung der jeweiligen Grundfreiheit zu schaffen. Darüber hinaus lässt sich den E *Angonese*[32] und *Raccanelli*[33] sogar entnehmen, dass bei einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot die Grundfreiheiten ausnahmsweise in allen privatrechtlichen Verhältnissen Beachtung finden müssen.[34]

Eine ähnliche Beobachtung kann auch im Bereich der Grundrechte und -prinzipien gemacht werden. Obwohl Art 50 Abs 1 GRC auf die bloß vertikale Wirkung verweist und Einzelne nicht als Verpflichtungsadressaten anführt, zeigt die im Anschluss an *Defrenne II* entwickelte Rsp eine horizontale Anwendung des Verbots der Altersdiskriminierung in Form eines – durch eine RL konkretisierten – allgemeinen Rechtsgrundsatzes.[35] Wie die Rs *Dominguez* und *Association de médiation sociale (AMS)* zeigen, ist eine Ausdehnung dieser Entwicklung auf andere Rechtsgrundsätze aber (bisher) nicht erfolgt (siehe dazu ausführlich Kapitel 4: § 3.III.C).[36] Dennoch geht in jedem Fall auch aus diesem Bereich eine grundsätzliche Differenzierung horizontaler und vertikaler Verhältnisse hervor.

2. Würdigung

Entgegen der vorangestellten Annahme einer fehlenden strukturellen Trennung zwischen öffentlicher und privater Sphäre zeigen die soeben genannten Beispiele, dass dem Unionsrecht eine grundsätzliche Differenzierung durchaus bekannt ist. Die Differenzierung hat im Unionsrecht aber nicht dieselbe Bedeutung und Auswirkung wie in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen.

Erstens handelt es sich im Hinblick auf die Differenzierung anhand der am fraglichen Rechtsverhältnis beteiligten Personen und ihres Verhältnisses zueinander um eine – im Vergleich zur Subjekt- bzw Subjektionstheorie der Mitgliedstaaten – erheblich durchlässigere Grenze. So führt die Einordnung als horizontales oder vertikales Rechtsverhältnis nicht unmittelbar zwingend zur (Nicht-)Anwendung unionsrechtlicher Bestimmungen, sodass die Unterscheidung an praktischer Relevanz verliert. Den vormals ausschließlich in vertikalen Verhältnissen anwendbaren Grundfreiheiten und Grundrechten wird mittlerweile unter bestimmten Umständen auch eine horizontale Wirkung zugedacht (siehe soeben 1).[37] Viel spannender ist daher die Frage, in welchen horizontalen Verhältnissen solche Bestimmungen Anwendung finden, wodurch

---

[32] EuGH C-281/98, *Angonese*.

[33] EuGH C-94/07, *Raccanelli*.

[34] *Tscherner*, Arbeitsbeziehungen und Europäische Grundfreiheiten 310.

[35] Siehe zB EuGH C-14/04, *Mangold*; C-555/07, *Kücükdeveci*; C-441/14, *Dansk Industri (DI)* Rn 35 f.

[36] EuGH C-282/10, *Dominguez* (keine Bezugnahme auf einen horizontal anwendbaren Grundsatz, entgegen den SA GA *Trstenjak*, Rn 116–126); C-176/12, *AMS*, Rn 41 ff.

[37] Siehe auch *Reich* in *Micklitz* 56 (61 ff.).

sich diese unterscheiden und ob eine solche Unterscheidung zielführend und sinnvoll ist. Nach der jüngeren Rsp scheint sich diesbezüglich insbesondere die Bedeutung einer gewissen Marktmacht abzuzeichnen – ein Kriterium, welches entfernt an das Kernelement der Subjektionstheorie erinnert. Gerade das weitgehend privatisierte Recht der DAWI bietet sich für die Analyse einer möglichen Sonderstellung des horizontalen Verhältnisses zwischen Versorgungsunternehmen und Kunden an (siehe dazu ua Kapitel 4: § 1.II.A.4 und Kapitel 4: § 3.III.C.2.b).

Eine personenorientierte Abgrenzung gestaltet sich zudem noch sehr viel schwieriger, wenn man nicht nur nach der offensichtlich agierenden Person differenziert, sondern die unterschiedlichen ‚Kostüme' des Staates berücksichtigt, wie sie beispielsweise die Rsp zu Sonderaktien (sog *golden shares*)[38] oder auch zu staatlichen Beihilfen sichtbar macht.[39] Gleichzeitig können auch private Akteure ‚staatliche' Aufgaben übernehmen, ohne einer staatlichen Kontrolle zu unterliegen. Die neuen Rollen des Staates und auch der Privaten können das anwendbare Recht verändern. Der DAWI-Sektor bietet diesbezüglich hervorragendes Anschauungsmaterial: privatisierte Unternehmen übernehmen vormals staatliche Versorgungsaufgaben, während sich die Verantwortung des Staates auf deren Gewährleistung beschränkt. Tatsächlich bleibt der Staat in vielen Fällen auch (Mehrheits-)Eigentümer des privatrechtlich strukturierten Versorgungsunternehmens bzw behält zumindest maßgeblichen Einfluss. Unabhängige Regulierungsbehörden stellen neue, interessante Akteure dar, die teilweise als staatliche Substitute agieren.

Zweitens lässt auch die inhaltliche Betrachtung der in den jeweiligen Unionsrechtsbereichen verfolgten Aufgaben, Zwecke und Interessen keine rigorose Trennung am Beispiel der kontinentalen Rechtsordnungen zu. IdS entspricht die inhaltliche und strukturelle Ausgestaltung des Unionsprivatrechts nur teilweise dem national geprägten, traditionellen Privatrechtsverständnis. Nach letzterem obliegt dem Privatrecht eine zentrale Gestaltungsfunktion und -aufgabe, nämlich den Marktakteuren einen Rahmen für ihre autonomen Transaktionen zur Verfügung zu stellen, welcher durch bestimmte Schutznormen zur Aufrechterhaltung der Privatautonomie aller Parteien ergänzt wird.[40] Demgegenüber sollen öffentlich-rechtliche Regelungen Ziele fördern, die außerhalb des Parteienverhältnisses liegen, und traditionell nichtwirtschaftliche Interessen ebenso erfassen wie die Bekämpfung von Marktversagen.[41] Mit Blick auf

[38] EuGH C-98/01, *Kommission/Großbritannien (BAA)*; C-112/05, *Kommission/Deutschland* (‚VW-Gesetz').

[39] *Maduro*, The Chameleon State, http://ssrn.com/abstract=1575542 (20.3.2016).

[40] Zur Gestaltungsaufgabe des Privatrechts siehe bereits *Großfeld*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe (1977). Speziell betreffend das Unionsrecht *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht 46.

[41] *Kerber*, European system of private laws: an economic perspective, in *Cafaggi/Muir Watt* (Hrsg), Making European Private Law (2008) 64 (67).

das marktfunktionalistische, instrumentalisierende Unionsrecht kann eine klare Trennlinie dieser beiden Rechtsbereiche anhand der zugrundeliegenden Interessen, Aufgaben und Zwecke jedoch nicht überzeugend vertreten werden. Auch Bestimmungen von unionsprivatrechtlichem Charakter greifen bei Marktversagen ein und verfolgen damit (auch) im Allgemeininteresse liegende Ziele. Tatsächlich weisen die inhaltlichen Regelungen privater und öffentlich-rechtlicher Verhältnisse im Unionsrecht eine relativ große Ähnlichkeit auf.[42] Die reduzierte Relevanz der mitgliedstaatlichen Trennung der privaten und öffentlichen Sphäre *(public/private divide)* trägt dabei zweifellos zu einem situationsabhängigen Übergreifen der Prinzipien und Instrumente bei. So wirkt sich beispielsweise der eigentlich öffentlich-rechtliche Nichtdiskriminierungsgrundsatz zunehmend auch in privaten Rechtsverhältnissen aus.[43] Auch aus dem Begriff DAWI (siehe § 2) geht hervor, dass diese von allgemeinem Interesse sind und damit vor dem Hintergrund einer rein interessenorientierten Kategorisierung eine privatrechtliche Anomalie darstellen würden. Zu einer Vermischung traditionell privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Elemente und Prinzipien trägt auch die regulative Dimension des Privatrechts bei, die insbesondere im Bereich der DAWI, zB im Universaldienstkonzept oder der Sorge um besonders schutzbedürftige Nutzer, gut erkennbar ist.[44] Die Tatsache, dass das Auftauchen traditionell öffentlich-rechtlicher Prinzipien, wie zB des Prinzips der Gleichbehandlung, im Unionsprivatrecht immer noch grundlegende Diskussionen in der Wissenschaft auslöst,[45] zeigt jedoch, dass die Trennung – trotz durchlässigerer Grenzen – auch im Unionsrecht grundsätzlich als solche wahrgenommen wird. Aus der Analyse hybrider Rechtsbereiche wie des DAWI-Rechts lassen sich daher wertvolle Erkenntnisse zur generellen Privatrechtskonzeption des Unionsrechts gewinnen (siehe dazu Kapitel 5: § 2).

Wenngleich die Abgrenzung zwischen der öffentlichen und der privaten Sphäre im Unionsrecht äußerst durchlässig ist, wird im Folgenden – unter Berücksichtigung der Handhabung in Lehre, Wissenschaft und Rsp – dennoch davon ausgegangen, dass das Unionsprivatrecht als eigenständiger Rechtsbereich vom sonstigen Unionsrecht differenziert werden kann. Als Ausgangs-

[42] So auch *Claes* in *Weatherill/Leczykiewicz* 29 (34).

[43] Zur Bedeutung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes im Unionsprivatrecht: *Reich*, The Impact of the Non-Discrimination Principle on Private Autonomy, in *Weatherill/Leczykiewicz* (Hrsg), The Involvement of EU Law in Private Law Relationships (2013) 253; *Basedow*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, ZEuP 2008, 230.

[44] *Köndgen*, Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts, in *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre[3] (2015) 95 (102 f.). Allgemein zum Fehlen der *public/private divide* im Hinblick auf die funktionelle Bereichsbildung bereits *Hesselink*, The New European Private Law (2002) 228 f.

[45] Siehe zB *Basedow*, ZEuP 2008, 230 und *Reich* in *Weatherill/Leczykiewicz* 253.

punkt sollen dem europäischen Privatrecht zur besseren Orientierung jene Regelungen zugeordnet werden, die sich unmittelbar auf die Rechtsverhältnisse privater Personen auswirken.[46] In dem Umfang, in dem DAWI-Regelungen horizontale Rechtsverhältnisse betreffen (zB Versorgungsverträge), werden sie daher als Teil des Unionsprivatrechts betrachtet.[47] Diese Kategorisierung entspricht wohl am ehesten einer modifizierten Subjekttheorie.[48] Im Zentrum der Analyse dieser Arbeit steht die Veränderung des Unionsprivatrechts, die Vermischung traditionell öffentlich-rechtlicher Instrumente und privatrechtlicher Mechanismen und deren Auswirkungen auf die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse privater Personen. Ein strenger, an den mitgliedstaatlichen Rechtssystemen orientierter Dualismus ist daher weder nötig noch zielführend. Vielmehr sollen am Beispiel des DAWI-Rechts gerade die Integration traditionell öffentlich-rechtlicher Werte in Privatrechtsverhältnisse und die (noch stärkere) Verwischung der Grenzen zwischen privater und öffentlicher Sphäre demonstriert werden.

II. Rechtsquellen des Unionsprivatrechts

Aufgrund des autonomen, supranationalen Charakters des Unionsrechts unterscheidet sich die unionsrechtliche Rechtsquellenlehre von den mitgliedstaatlichen Rechtsquellenlehren.[49] Zu den allgemeinen Rechtsquellen, welche von den individuellen Rechtsquellen (zB Vertrag) abzugrenzen sind, zählen insbesondere das Unionsprimär- und das Unionssekundärrecht. Als privatrechtliche Bestimmungen, die in den (Gründungs-)Verträgen selbst enthalten sind, können anhand der unter I.B dargestellten Kriterien die Wettbewerbsbestimmungen, darunter auch Art 106 AEUV betreffend DAWI, und wohl auch das Diskriminierungsverbot des Art 157 AEUV[50] eingeordnet werden. Den Diskriminierungs- und Beschränkungsverboten der Grundfreiheiten kann ein privatrechtlicher Charakter zugesprochen werden, soweit sie (auch) Rechtsbeziehungen zwischen Privaten betreffen. Auch allgemeine Rechtsgrundsätze und EU-Grundrechte (zB Eigentumsgarantie Art 17 GRC) können einen privatrechtlichen Inhalt haben. Davon abgesehen kann privatrechtsrelevantes Primärrecht auch über die Rechtsharmonisierungsbemühungen des EU-Gesetzgebers auf

---

[46] Ähnlich *Claes* in *Weatherill/Leczykiewicz* 29 (30).

[47] DAWI-Regelungen ebenfalls dem Privatrecht zuordnend: *Reich* in *Weatherill/Leczykiewicz* 253 (269).

[48] Ebenso *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht 21.

[49] Für einen allgemeinen Überblick über die EU-Rechtsquellensystematik siehe *Haratsch, et al.*, Europarecht (2016) 156 ff. mwN; *Frenz*, Handbuch Europarecht Bd 5: Wirkungen und Rechtsschutz (2010) 177–520. Speziell zu den Rechtsquellen des europäischen Privatrechts siehe *Köndgen* in *Riesenhuber* 95 ff.

[50] Siehe dazu auch die E *Defrenne II* (Rs 43/75 Rn 39), welche die horizontale Wirkung erstmals erwähnt.

das europäische Privatrecht einwirken.[51] Insbesondere die EU-Grundfreiheiten sollten, selbst in ihrer vertikalen Dimension, als grundlegende Repräsentanten der unionsrechtlichen Privatautonomie in ihrer Wirkung auf privatrechtliche Verhältnisse nicht unterschätzt werden.[52] Dies betrifft im DAWI-Recht beispielsweise die Auferlegung von Gemeinwohlverpflichtungen, die Grundfreiheiten der betroffenen Unternehmen beschränken.[53] Ganz allgemein bilden die primärrechtlichen Bestimmungen der Verträge den ‚konstitutionellen Rahmen' des Privatrechts, der als verfassungsähnliches Orientierungsgerüst auf die Auslegung und Entwicklung dieses Rechtsbereichs Einfluss nimmt (siehe dazu Kapitel 2: § 1).

In den Rechtsakten des Sekundärrechts enthaltenes Privatrecht findet sich zumeist[54] in RL, die häufig auf die Harmonisierungskompetenz des Art 114 AEUV gestützt werden. Anstelle einer umfassenden Kodifikation nach dem Beispiel der kontinentalen Rechtsordnungen reguliert der Unionsgesetzgeber privatrechtliche Verhältnisse bislang durch punktuelle Rechtsakte. Für DAWI bedeutet dies, dass relevante Bestimmungen dem allgemeinen EU-Verbrauchervertragsrecht (zB VRRL[55]; siehe Kapitel 3: § 1) ebenso entnommen werden können, wie dem allgemeinen DAWI-Sekundärrecht (zB *Almunia*-Paket siehe Kapitel 2: § 1.III.B.4 unten) und den sektorspezifischen DAWI-RL (zB EBRL 2009). Neuere politische Bestrebungen versuchen der Fragmentierung des Unionsprivatrechts einerseits durch die Zusammenfassung bestehender Sekundärrechtsakte des *acquis communautaire* entgegenzuwirken. So ersetzt die VRRL beispielsweise die FARL[56] und die HGRL[57]. Andererseits sollten Teile des europäischen Privatrechts durch ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht als optionales Instrument sogar quasi kodifiziert werden.[58] Der entsprechende

[51] So bereits *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht 39.

[52] *Remien*, Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts, JZ 1992, 277 (280); *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts (1998) 22; *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht 32 ff.

[53] Siehe zB EuGH C-242/10, *Enel Produzione*.

[54] Nur im EU-Kollisions- und Zivilverfahrensrecht, im Bereich der Passagierrechte (zB FluggastrechteVO Nr 261/2004) und im Gesellschaftsrecht (zB Societas Europea-VO Nr 2157/2001) werden überwiegend EU-Verordnungen erlassen.

[55] RL 2011/83/EU des EP und des Rates v 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des EP und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des EP und des Rates ABl L 2011/304, 64.

[56] RL 97/7/EG des EP und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (FARL), ABl L 1997/144, 19.

[57] RL 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (HGRL), ABl L 1985/372, 31.

[58] Vorschlag für eine VO des EP und des Rates v 11.10.2011 über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635.

Entwurf wurde von der Kommission jedoch mittlerweile zurückgezogen und durch weniger weitreichende Vorschläge zum Handel im digitalen Binnenmarkt ersetzt.[59]

Zusätzlich stellt die Rsp des GhEU eine wichtige Rechtserkenntnisquelle dar, die das für DAWI maßgebliche Primär- und Sekundärrecht aufschlüsselt. Tatsächlich hat der GhEU mit seinen E zu Art 106 Abs 2 AEUV das EU-Recht der DAWI sogar wesentlich vorangetrieben und ausgestaltet (siehe ua Kapitel 2: § 1.III.B). Daneben muss auch das umfassende *soft law* der Unionsorgane bei der Analyse und Diskussion des DAWI-Rechts Beachtung finden, das in diesem sensiblen Rechtsbereich – gemeinsam mit der Rsp des GhEU – vielfach an die Stelle von allgemeinem Sekundärrecht tritt.[60] Dazu zählen insbesondere die Mitteilungen der Kommission. Diese sind zwar idR rechtlich unverbindlich, können aber dennoch zu einer Selbstbindung der Kommission führen. Zudem werden sie von den anderen EU-Institutionen, insbesondere dem GhEU, und den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Argumentation und Rechtsauslegung respektiert und herangezogen, sodass ein gewisser Vertrauensschutz erwirkt wird.[61] *Soft law* enthält zudem auch Informationen zur geplanten Entwicklung dieses Rechtsbereichs, illustriert den bestehenden Handlungsbedarf und wirkt somit oft als Wegbereiter, wo bindendes Sekundärrecht die Toleranz der Mitgliedstaaten überfordern würde.

III. Parallelität von nationalem Recht und Unionsrecht

Die Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Art 5 EUV) sorgen dafür, dass eine unionsrechtliche Regelung nur dann erlassen werden kann, wenn eine primärrechtliche Grundlage besteht, das verfolgte Ziel auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht gleichermaßen erreicht werden kann und es sich um eine verhältnismäßige Maßnahme handelt. Aufgrund dieser eingeschränkten Unionskompetenz und der Notwendigkeit einer politischen Einigung der Mitgliedstaaten im Rat überwiegen im europäischen Privatrecht immer noch die autonom gesetzten nationalen Privat-

[59] Vorschlag v 9.12.2015 für eine RL über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, COM (2015) 635 und für eine RL über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634.

[60] Zu diesem besonderen Regelungsansatz der EU siehe auch *Klamert*, Services Liberalization in the EU and the WTO (2015) 166 ff; ebenso *Neergaard*, The Commission's Soft Law in the Area of Services of General Economic Interest, in *Erika Szyszczak, at al.* (Hrsg), Developments in Services of General Interest (2011) 37.

[61] *Schroeder* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV[2] (2012) Art 288 AEUV Rn 33; EuG T-289/03, *BUPA* Rn 166, 179, 188. Allgemein zu den Gemeinsamkeiten gängiger *soft law* Definitionen: *van der Sluijs*, Harmonization of Soft Law or Harmonization Through Soft Law in Order to Empower the European Consumer, Europaraettsslig Tidskrift 2011, 453.

rechtsbestimmungen. Vorrangig anzuwendendes Unionsprivatrecht in Umsetzungsgesetzen und direkt anwendbaren unionsrechtlichen Regelungen (insbesondere VO) wirken nur punktuell auf die Privatrechtsordnungen ein.

Die Verschränkung und wechselseitige Ergänzung von unionsrechtlichem und nationalem Privatrecht etabliert somit ein Mehrebenensystem, welches gleichzeitig ein wesentliches Charakteristikum des europäischen Privatrechts darstellt. Diese Situation führt dazu, dass das Unionsprivatrecht nicht nach den Maßstäben eines mitgliedstaatlichen Privatrechts ausgestaltet sein *kann*.[62] Für DAWI bedeutet dies, dass der unionsrechtliche Rahmen lückenhaft ist und in vielen Fällen einer Ergänzung durch mitgliedstaatliche Normen bedarf.

Weiters erfordert die fehlende unmittelbare Wirkung von RL eine mitgliedstaatliche Umsetzung, sodass privatrechtliche Bestimmungen unionsrechtlicher Herkunft in ihrer Formulierung und Ausgestaltung auch stark von den Mitgliedstaaten selbst beeinflusst werden können. Minimalharmonisierende RL stellen es den Mitgliedstaaten frei, restriktivere Maßnahmen zu ergreifen. Diese umsetzungs- und auslegungsbedingten Divergenzen lassen sich trotz des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung[63], der Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte und der bei unsachgemäßer Umsetzung drohenden Staatshaftung nicht vollkommen verhindern. Sie sind gerade durch die Natur der RL als Rechtsakt bedingt, welche darauf gerichtet ist, möglichst gering in die mitgliedstaatlichen Rechtssysteme einzugreifen und den Mitgliedstaaten in der Umsetzung daher bewusst Freiraum zur Anpassung und Integration lässt. Gerade der stark prinzipienorientierte Charakter des sektoralen DAWI-Rechts gewährt den Mitgliedstaaten erhebliche Freiheiten bei der Umsetzung.

IV. Zusammenfassung

Von den beiden Dimensionen des europäischen Privatrechts spielt in dieser Arbeit das Unionsprivatrecht, als Sammelbegriff für die privatrechtlichen Bestimmungen des *acquis communautaire*, die dominierende Rolle. Auf Aspekte des *acquis commun* wird nur dort hingewiesen, wo dies auch im Rahmen einer Arbeit zur Konzeption des Unionsprivatrechts angebracht und notwendig scheint.

Als Teil des Unionsprivatrechts werden jene primär- und sekundärrechtlichen Unionsbestimmungen begriffen, die sich unmittelbar auf das Rechtsverhältnis privater Personen auswirken; nur diese Bestimmungen sind Gegenstand dieser Arbeit. Zwar liegt dem Unionsrecht keine strukturelle Trennung der öffentlichen und privaten Sphäre nach dem Vorbild der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen zugrunde, die Existenz eines eigenständigen Privatrechtsbe-

[62] *Kerber* in *Cafaggi/Muir Watt* 64 (65).

[63] Siehe dazu ua *Roth/Jopen*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre[3] (2015) 263 ff. mwN.

reichs zeichnet sich aber sowohl in einzelnen Unionsbestimmungen und in deren Anwendung als auch im wissenschaftlichen Umgang mit dem EU-Recht ab. Im Vergleich zur strikten Trennung der Rechtsbereiche in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen weist das Unionsrecht aber jedenfalls eine erheblich durchlässigere Grenze auf. Dies gilt sowohl im Hinblick auf eine Abgrenzung nach den Aufgaben, Zwecken und Interessen als auch unter Bezugnahme auf die handelnden Personen und deren (Macht-)Verhältnis.

Neben der besonderen Natur der verschiedenen Rechts(-erkenntnis-)quellen (Primär- und Sekundärrecht, Rsp des GhEU, *soft law*) des Unionsrechts wirkt sich va auch seine Konzeption als punktuell reglementierendes, paralleles Rechtssystem auf die Anwendung des Unionsprivatrechts aus. Der Unionsgesetzgeber darf nur unter bestimmten Voraussetzungen (Einzelermächtigung, Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit) tätig werden, was dazu führt, dass für DAWI relevante Regelungen in unterschiedlichen Rechtsquellen enthalten sind und überdies lediglich eine punktuelle Regelung bewirken. Als Hintergrund und Auffangrechtsordnung fungiert das jeweils anzuwendende mitgliedstaatliche Recht, dem insoweit – ebenso wie im Rahmen der Umsetzungsfreiheit bei Richtlinienbestimmungen – ein erheblicher Einfluss zukommen kann.

§ 2. DAWI: Konzept und Definition

I. DAI im Unionsrecht

A. Unionsrechtliche Begrifflichkeiten

In der Europäischen Union hat sich anstelle der national geprägten Begriffe *public service*, *service public* oder Daseinsvorsorge die Bezeichnung Dienstleistung von allgemeinem Interesse (DAI) durchgesetzt. Nur vereinzelt bedienen sich die Institutionen der EU der Terminologie der Mitgliedstaaten.[64] Dies dient der Vermeidung von Mehrdeutigkeiten und wohl auch der Differenzierung von den unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Ausformungen der öffentlichen Dienstleistungen zugunsten eines einheitlichen europäischen Begriffs.[65] Daneben finden auch die Begriffe Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) und nichtwirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse (nwDAI) Verwendung. Der durch die Kommission eingeführte Begriff der Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse (SDAI)

[64] Siehe ua die engl Fassung der EuGH-E C-393/92, *Almelo*, Rn 47 *(public service)* oder die Mitteilung der Kommission v 20.9.2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580, ABl C 2001/17, 4.

[65] DAI-Mitteilung 2011, 4.

kann sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten erfassen.[66] Er bezieht sich insbesondere auf Systeme der sozialen Sicherung, wie gesetzliche oder freiwillige Sozialversicherungen, aber auch andere grundlegende persönliche Dienstleistungen (zB im Fürsorgebereich, bei Sozialwohnungen). Es handelt sich dabei um eine nach inhaltlichen Merkmalen bestimmte, (noch) nicht ganz klar abgrenzbare Subkategorie der DAI.

Der Begriff DAWI findet sich im EU-Primärrecht in den Art 14 und 106 Abs 2 AEUV und in Art 36 GRC. Während Art 106 Abs 2 AEUV seit den Gründungsverträgen besteht, wurden Art 14 AEUV und Art 36 GRC erst mit dem Vertrag von Amsterdam[67] bzw dem Vertrag von Lissabon[68] in das Primärrecht integriert. Seit dem Vertrag von Lissabon werden die Verträge auch durch ein eigenes Protokoll Nr 26 über die Dienste von allgemeinem Interesse (DAI-Protokoll) ergänzt. Damit haben neben den DAWI, denen Art 1 des DAI-Protokolls gewidmet ist, erstmals auch die bis dahin vorwiegend durch die politischen Mitteilungen der Kommission geprägten Begriffe DAI und nwDAI, welche in Art 2 DAI-Protokoll erwähnt werden, Eingang in das Primärrecht gefunden. Auch der Begriff des öffentlichen Dienstes findet sich, oft vergessen, in den EU-Verträgen in Art 93 AEUV zu Beihilfen im Rahmen der Verkehrspolitik.[69]

Sekundärrechtlich werden alle drei Begriffe (DAI, DAWI, nwDAI) in der DienstleistungsRL[70] verwendet. Sektorale RL in den hier interessierenden Politikbereichen (elektronische Kommunikation, Energie, Postdienstleistungen) enthalten eindeutig Bestimmungen zu DAWI, ohne jedoch die oben genannten Begriffe selbst zu erwähnen.

Eine genaue Begriffsdefinition ergibt sich aus keiner der genannten primär- und sekundärrechtlichen Vorschriften.[71] Der GhEU hat die Begriffe der nwDAI und der DAI bisher nur im Rahmen von Verweisen auf die DAI-Mitteilungen der Kommission und diverse Rechtsakte der EU sowie im Kontext der Prüfung der Anwendbarkeit des Art 106 Abs 2 AEUV, anstelle der korrekterweise zu verwendenden DAWI-Bezeichnung, wohl zur Betonung des Kriteriums des allgemeinen Interesses, genannt.[72] Der DAWI-Begriff findet sich verständlicherweise sehr viel häufiger in der Rsp des GhEU und wird va iZm

[66] SDAI-Mitteilung 2006; ebenso DAI-Mitteilung 2011, 6.

[67] ABl C 1997/340, 1.

[68] ABl C 2007/306, 1.

[69] Zu dieser Besonderheit siehe *Hennig*, Public Service Obligations, in *Szyszczak, et al.* (Hrsg), Developments in Services of General Interest (2011) 179 (190 ff.).

[70] RL 2006/123 des EP und des Rates v 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl L 2006/376, 36.

[71] So auch ausdrücklich das EuG in T-289/03, *BUPA* Rn 167. Zur Kritik an der mangelnden begrifflichen Klarheit siehe auch die DAI-Mitteilung 2011, 3.

[72] Siehe zB EuGH C-57/12, *Femarbel*; EuG T-144/04, *TF1/Kommission*.

mit Art 106 Abs 2 AEUV und dem Beihilfenrecht verwendet. Da es sich diesbezüglich jedoch stets um von den konkreten Umständen abhängige Einzelfallanalysen handelt, ist einer Verallgemeinerung der Kriterien zur Begriffsbestimmung mit Vorsicht zu begegnen. Einen relativ detaillierten, begrifflichen Orientierungsrahmen bieten aber schließlich die Mitteilungen der Kommission[73]. Insbesondere der erst kürzlich geschaffene DAWI-Leitfaden[74] enthält umfassende Begriffserklärungen. Obwohl diese Mitteilungen nach hM bloß politische Verbindlichkeit besitzen,[75] hat die Interpretation der Kommission als ‚Wächterin der Verträge' und Initiativmonopol – nicht zuletzt im Hinblick auf zukünftige politische Entwicklungen – großes Gewicht.[76] Zudem wurde auch in den Urteilen des GhEU wiederholt auf die DAI-Mitteilungen verwiesen.[77]

Bevor nun anhand dieser Quellen versucht werden soll, den unionsrechtlichen Begriffen stärkere Konturen zu verleihen, um diese (zumindest) für die Zwecke dieser Arbeit besser fassbar zu machen, folgen zunächst einige Ausführungen zur Auslegungskompetenz der Mitgliedstaaten und der Union (siehe

[73] (Mitteilung der) Europäische(n) Kommission v 29.9.1996, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (96) 443 (DAI-Mitteilung 1996); Mitteilung der Europäischen Kommission v 20.9.2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 (ABl C 2001/17, 4) (DAI-Mitteilung 2000); Grünbuch der Europäischen Kommission v 21.5.2003 zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 (DAI-Grünbuch 2003); Europäische Kommission Bericht für den Europäischen Rat in Laeken v 17.10.2001, Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM (2001) 598 (DAI-Bericht 2001); Weißbuch der Kommission v 12.5.2004 zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 (DAI-Weißbuch 2004); Mitteilung der Europäischen Kommission v 26.4.2006 zu den Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union, KOM (2006) 177 (SDAI-Mitteilung 2006); Mitteilung der Europäischen Kommission v 20.11.2007, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement, KOM (2007) 725 (DAI-Mitteilung 2007) und Mitteilung der Kommission v 20.12.2011, Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM (2011) 900 (DAI-Mitteilung 2011). Für einen Überblick siehe *Neergaard* in *Szyszczak, et al.* (Hrsg), Developments in Services of General Interest (2011) 37 ff und *Dietrich*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012) 145 ff.

[74] Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen v 29.4.2013, 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 (im Folgenden: DAWI-Leitfaden), SWD (2013) 53 final/2.

[75] Zur rechtlichen Unverbindlichkeit der Mitteilungen iZm DAI vgl EuG, *BUPA* Rn 187. Allgemein zur Rechts(un)verbindlichkeit des *soft law*: *Frenz*, Handbuch Europarecht Bd 5: Wirkungen und Rechtsschutz 453 ff.; *Köndgen* in *Riesenhuber* 95 (121 ff.); *Brohm*, Die "Mitteilungen" der Kommission im Europäischen Verwaltungs- und Wirtschaftsraum (2012) 53 ff.

[76] *Buendia Sierra*, Services d'intérêt général en Europe et politique communautaire de concurrence, Competition Policy Newsletter 1996, 14 (15).

[77] Siehe zB EuG T-8/06, *FAB*; T-289/03, *BUPA*; T-388/02, *Kronoply und Kronotex/Kommission*.

sogleich unter B) sowie der Begriffsabgrenzung zu sonstigen Tätigkeiten (siehe unten C).

B. Auslegungskompetenz

Bei den genannten Begriffen DAI, DAWI und nwDAI handelt es sich als Bestandteil von EU-Rechtsvorschriften zweifellos um unionsrechtliche Konzepte, die daher grundsätzlich autonom ausgelegt werden müssen. Es sind jedoch regelmäßig die Mitgliedstaaten, die in konkreten Fällen (zunächst) festlegen, ob eine bestimmte Tätigkeit eine DAWI darstellt. Dabei können sie auch die Ziele ihrer eigenen staatlichen Politik berücksichtigen und diese durch bestimmte Verpflichtungen und Beschränkungen zu verwirklichen suchen.[78] Auch die Kommission bezeichnet DAI als Dienstleistungen, die „von den Behörden der Mitgliedstaaten als im allgemeinen Interesse liegend eingestuft werden" und sieht damit die Kompetenz zur Bestimmung der DAI grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten.[79] Speziell in der Rsp des EuG zur Ausnahme des Art 106 Abs 2 AEUV im Rahmen von staatlichen Beihilfen wird den mitgliedstaatlichen Behörden unter Berufung auf Rn 22 der DAI-Mitteilung 2000 sowie Art 16 EGV (jetzt: Art 14 Abs 1 AEUV) ein weites Ermessen zur Festlegung dessen, was eine DAWI ist, zugestanden.[80] Besonders weit soll das Ermessen der Mitgliedstaaten in jenen Bereichen sein, die noch vollständig der nationalen Kompetenz unterliegen und nicht von unionsrechtliche Regulierungsmaßnahmen betroffen sind.[81] Eine der Nachprüfung durch den GhEU unterliegende Kontrolle der Kommission sei nur bei „offenkundigen Fehlern" zulässig.[82]

Ein Blick auf die Rsp des GhEU zeigt allerdings, dass der Gerichtshof und auch die Kommission, obwohl sie idR das Vorliegen einer DAWI akzeptieren, dies selten ohne eine zumindest kurze Überprüfung tun.[83] Zur Überprüfung des Bestehens eines allgemeinen Interesses wendet der GhEU verschiedene Kriterien an (siehe dazu unten Kapitel II.D), wobei eine einmal als DAWI qualifi-

[78] EuGH C-158/94, *Kommission/Frankreich* Rn 56; C-67/96, *Albany* Rn 104; C-115/97, *Brentjens'* Rn 104.

[79] DAI-Mitteilung 2011, 3. Zur Definitionskompetenz der Mitgliedstaaten ebenso DAI-Weißbuch 2004, 6 und Art 1 Abs 3 DienstleistungsRL.

[80] EuG T-106/95, *FFSA/Kommission* Rn 99; T-8/06, *FAB/Kommission* Rn 63.

[81] So das Gericht ausdrücklich in der Rs T-289/03, *BUPA* Rn 167.

[82] EuG T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung* Rn 104; T-17/02, *Olsen/Kommission* Rn 216 ff. Siehe dazu zB auch Kommission 23.3.2011, C(2011)1376 final, SA.32019 – Dänemark, Rn 71.

[83] Vgl aber EuGH C-155/73, *Sacchi* Rn 15 (Betrieb des Fernsehens); C-41/90, *Höfner und Elser* Rn 24; C-55/96, *Job Centre* Rn 26 (beide zur staatlichen Arbeitsvermittlung); C-53/00, *Ferring* (Verkauf und Lagerung von Arzneimitteln). Beihilfenentscheidungen der Kommission zB 23.3.2011, C(2011)1376 final, SA.32019 – Dänemark, Rn 72–82, 20.2.2013, C(2013)793 final corr, SA.34515 – Irland, Rn 81–98.

zierte Dienstleistung ohne große Prüfung idR auch wiederholt als solche anerkannt wird.[84] Bei bestehendem unionsrechtlichem Sekundärrecht beruft sich der Gerichtshof va auf die dort niedergelegten Ausführungen zu den Zielen von allgemeinem Interesse.[85] Die Mitgliedstaaten selbst sollen nach dem EuG jedenfalls nicht willkürlich DAWI festlegen können, um bestimmte Sektoren dem Wettbewerb zu entziehen und müssen daher Gründe für die Qualifikation einer Dienstleistung als DAWI darlegen.[86] Die Kommission verlangt eine präzise Ausführung des Mitgliedstaats zum Vorliegen einer DAWI.[87]

Nur in Ausnahmefällen und sehr zögerlich scheint der GhEU jedoch tatsächlich der mitgliedstaatlichen Qualifikation einer Dienstleistung als im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegend entgegenzutreten.[88] In diesen seltenen Fällen erteilt der GhEU einer Anwendung des Art 106 Abs 2 AEUV idR aber aufgrund der mangelnden Erforderlichkeit einer Ausnahme von den Unionsrechtsvorschriften (siehe dazu Kapitel 2: § 1.III.B) und nicht bloß wegen des möglicherweise fehlenden allgemeinen Interesses eine Absage. Damit vermeidet er eine allzu offensichtliche Kontrolle nationaler öffentlicher Interessen und Politikziele, die im allgemeinen Interesse Ausdruck finden. Zudem variiert die Ausgestaltung und der Umfang der DAWI in Abhängigkeit vom historischen, kulturellen und sozialen Hintergrund der jeweiligen Mitgliedstaaten, sodass eine neutrale Beurteilung nach einheitlichen Kriterien oft unmöglich ist. Auch die Kommission konzentriert sich im Kontext des Art 106 Abs 3 AEUV idR auf die Erforderlichkeit einer Ausnahme nach Art 106 Abs 2 AEUV und thematisiert das Vorliegen einer DAWI als eigenständige Voraussetzung meist nicht.[89]

Wie aus diesen Ausführungen hervorgeht, ist trotz primärer Einordnung einer Dienstleistung als DAWI durch die Mitgliedstaaten weniger von einer mit-

---

[84] Siehe zB EuGH C-475/99, *Ambulanz Glöckner*; C-160/08, *Kommission/Deutschland* (jeweils betreffend Notfalltransportdienstleistungen).

[85] So beispielsweise EuGH C-242/10, *Enel Produzione*; C-265/08, *Federutility*.

[86] EuG T-289/03, *BUPA* Rn 168 ff.; EuG T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung* Rn 106.

[87] Entscheidung der Kommission v 21.12.1993 zur Verweigerung des Zugangs zu den Anlagen des Hafens von Rødby (Dänemark), ABl L 1994/55, 52 Rn 18.

[88] ZB EuGH C-179/90 *Merci convenzionali* Rn 25–27; C-34/01, *Enirisorse* (jeweils betreffend den Betrieb eines Verkehrshafens); C-567/07, *Woningstichting* (Wohnungspolitik); C-1/12, *OTOC* (obligatorische Fortbildung der geprüften Buchhalter). Siehe dazu auch DAWI-Leitfaden 2013, 23.

[89] Siehe zB Entscheidung der Kommission v 26.7.2000 in einem Verfahren nach Artikel 86 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl L 2000/208, 36 Rn 70; Entscheidung der Kommission v 1.8.1990 betreffend die Erbringung internationaler Eilkurierdienstleistungen in Spanien, ABl L 1990/233, 19 Rn 13 f.

gliedstaatlichen Definitionshoheit, sondern eher von einer bloßen *Einschätzungsprärogative* auszugehen.[90] Mit zunehmender Verantwortung der Union (siehe Kapitel 2: § 1.V) und der Entwicklung dieses Rechtsgebiets durch primär- und sekundärrechtliche Vorgaben nehmen die Einmischungs- und Überprüfungsbereitschaft des GhEU und der Kommission aber zu.[91] Den Unionsorganen scheint aber daran gelegen zu sein, der Einschätzung der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Qualifikation als DAWI nicht allzu offensichtlich entgegen zu treten. Diese Vorgehensweise illustriert bereits recht einprägsam das äußerst sensible Kompetenzverhältnis zwischen der Union und den Mitgliedstaaten im Bereich der DAWI (siehe dazu ausführlicher Kapitel 2: § 1.V).

C. Begriffsabgrenzung und Systematisierung

DAI gelten durchwegs als Überbegriff für DAWI und nwDAI. Diese Kategorisierung wurde insbesondere durch das DAI-Protokoll, welches unter dem Titel „Dienste von allgemeinem Interesse" sowohl DAWI, als auch nwDAI behandelt, bestätigt. Auch die Kommission geht in ihren Mitteilungen davon aus, dass sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Leistungen vom Begriff der DAI erfasst sind.[92] Nur die DienstleistungsRL scheint von dieser Kategorisierung abzuweichen:[93] Während Art 2 Abs 2 lit a DienstleistungsRL nämlich ausdrücklich (nur) „nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse" vom Anwendungsbereich der RL ausnimmt, sind laut zugehörigem ErwG 17 „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse" nicht erfasst. Dies suggeriert, dass es sich bei DAI um keine übergeordnete Kategorie, sondern um ein Synonym von nwDAI handle und sich diese von den durch die DienstleistungsRL (erfassten) DAWI aufgrund der fehlenden wirtschaftlichen Gegenleistung unterscheiden. Sehr wahrscheinlich handelt es sich dabei jedoch bloß um ein begriffliches Versehen, da die DienstleistungsRL jedenfalls nur auf wirtschaftliche Dienstleistungen bzw „Dienstleistungen, die für eine wirtschaftliche Gegenleistung erbracht werden" Anwendung finden soll.

Die Differenzierung zwischen nwDAI und DAWI ist sowohl für die Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Bestimmungen als auch für die Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten relevant. Zahlreiche Normen

---

[90] Ebenso *Kühling* in *Streinz* (Hrsg), AEUV/EUV (2012) Art 106 AEUV Rn 49; ähnlich auch *Dietrich*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse 38 f.

[91] ZB Kommission, 23.3.2011, C(2011)1376 final, SA.32019 – Dänemark, Rn 72–82 (Überprüfung mit Referenz ua auf AEUV-Protokoll Nr 29); Kommission 25.1.2012, C(2012)142 final, SA.32562 – Griechenland, Rn 54 (Überprüfung mit Referenz auf die PBRL).

[92] Siehe zB DAI-Weißbuch 2004, 27.

[93] Ebenso *Van de Gronden*, The Services Directive and Services of General (Economic) Interest, in *Krajewski, et al.* (Hrsg), The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe (2009) 233 (234 f.). Ausführlich zur DienstleistungsRL und DAWI: *Sauter*, Public Services in EU Law (2015) 157 ff.

des Unionsrechts, darunter insbesondere Art 14 AEUV, das Grundfreiheiten- und das Wettbewerbsrecht finden nur auf DAWI Anwendung. NwDAI unterliegen demgegenüber nur den nicht marktbezogenen Bestimmungen des Unionsrechts, wie beispielsweise dem allgemeinen Diskriminierungsverbot.[94] Weiters verbleibt die Organisation, Zurverfügungstellung und Auftragsvergabe von nwDAI – anders als bei DAWI – in der alleinigen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten (Art 2 DAI-Protokoll).

Im Verhältnis zu sonstigen Tätigkeiten siedelt *Neergaard* DAI zwischen den klassischen Marktdienstleistungen *(market services)*, die wirtschaftliche Dienstleistungen erfassen, die nicht von allgemeinem Interesse sind, und jenen Leistungen, die nicht von Unternehmen iSd Wettbewerbsrechts erbracht werden oder mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt *(public authority)* in Verbindung stehen, an.[95] Obwohl diese Einordnung in der Literatur[96] durchaus Rückhalt findet, kann ihr bezüglich der Abgrenzung zu Tätigkeiten von Nicht-Unternehmen und Tätigkeiten iVm öffentlicher Gewalt mE nicht uneingeschränkt und keinesfalls kommentarlos gefolgt werden.

Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff findet in der Rsp als Abgrenzungskriterium zwischen DAWI und nwDAI Anwendung. Wie noch zu zeigen ist, können nur wirtschaftliche Tätigkeiten überhaupt dem Wettbewerbsrecht unterliegen. NwDAI können mangels wirtschaftlicher Tätigkeit mE daher zwar niemals von Unternehmen iSd Wettbewerbsrechts erbracht, wohl aber als DAI eingeordnet werden. Entsprechend erscheint eine Abgrenzung zwischen Nicht-Unternehmen und DAI fehlgeleitet, da sie impliziert, dass Nicht-Unternehmen niemals DAI erbringen.

Demgegenüber spricht einiges für die Differenzierung zwischen DAI und Tätigkeiten, die mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden sind. Wie unter III.B noch näher ausgeführt, stellen solche Tätigkeiten jedenfalls keine wirtschaftlichen Aktivitäten dar und sind dementsprechend von DAWI klar zu trennen.[97] Nicht ganz so einfach ist jedoch der Nachweis, dass nwDAI ebenso keinesfalls hoheitliche Tätigkeiten sind, da sie, gleich wie hoheitliche Tätigkeiten, nichtwirtschaftlich und von allgemeinem Interesse sind. Die Kommission zählt sogar „dem Staat vorbehaltene Bereiche, wie Polizei, Justiz oder die gesetzliche Sozialversicherung", pauschal und ausdrücklich zu den nwDAI.[98]

---

[94] EuGH C-155/73, *Sacchi* Rn 14.

[95] *Neergaard*, Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast, in *Krajewski, et al.* (Hrsg), The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe (2009) 17 (20).

[96] Siehe zB *Krajewski*, Grundstrukturen 78 ff.

[97] Ebenso DAI-Mitteilung 1996, Rn 18; DAI-Mitteilung 2000, Rn 28; *Jung* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV[4] (2011) Art 14 AEUV Rn 12.

[98] DAI-Mitteilung 2007, 5. In ihrer DAI-Mitteilung 1996, Rn 18, differenzierte die Kommission jedoch noch zwischen nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten (zB Pflichtschulwesen) und hoheitlichen Aufgaben (zB Justiz).

Eine mögliche Differenzierung könnte sich darauf stützen, dass hoheitliche Tätigkeiten idR der Gefahrenabwehr und der Hoheitsverwaltung dienen und daher mit vom allgemeinen Recht abweichenden Hoheitsprivilegien und einseitigen Zwangselementen versehen sind. Demgegenüber stehen DAI als Dienst*leistungen* grundsätzlich in einem Austauschverhältnis und die in Frage stehenden Sach- und Dienstleistungen können idR einzelnen Empfängern zugeordnet werden.[99] Allerdings weist auch die obligatorische Mitgliedschaft in gesetzlichen Sozialversicherungen deutliche Zwangselemente auf. Mangels eindeutiger Rsp und gerade in Anbetracht der Mitteilungen der Kommission sollten hoheitliche Tätigkeiten vom Begriff der nwDAI daher zumindest nicht *a priori* ausgeschlossen werden – obwohl dies analytisch durchaus sinnvoll wäre.[100] Da der Fokus dieser Arbeit aber auf den DAWI – und nicht auf nwDAI – liegt, ist eine weitergehende Auseinandersetzung an dieser Stelle nicht erforderlich.

II. Gemeinsame Merkmale der DAI

A. Dienste und Dienstleistungen

Bei genauerem Hinsehen fällt dem deutschsprachigen Leser der oben genannten primär- und sekundärrechtlichen Bestimmungen auf, dass DAI, DAWI und nwDAI sowohl als Dienste (Art 14 AEUV, DAI-Protokoll) als auch als Dienstleistungen (Art 106 Abs 2 AEUV, Art 36 GRC, DienstleistungsRL) bezeichnet werden. Es ist fraglich, ob diesem uneinheitlichen Wortlaut eine besondere Bedeutung beigemessen werden muss. Unter dem weiten Begriff ‚Dienst' kann im normalen Sprachgebrauch sowohl eine Tätigkeit iS einer Dienstleistung, als auch ein organisatorischer Dienst verstanden werden.[101] Der organisatorische Charakter des Begriffs wird durch die in Art 14 AEUV erwähnten „Aufgaben" der Dienste unterstrichen, während die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste „in Auftrag zu geben" (Art 14 S 2 AEUV) auf eine tätigkeitsorientierte Begriffsverwendung (iSv Dienstleistungen) schließen lässt. Ein Blick in andere Sprachfassungen zeigt, dass der unterschiedliche Wortlaut soweit ersichtlich nur aus der dt Fassung hervorgeht und ansonsten ein einheitlicher Begriff (zB engl/franz *service*; span *servicio*) verwendet wird. Trotz des einheitlichen Wortlauts ist eine bloße Beschränkung auf Dienste im materiellen Sinn von Aktivitäten auch der engl, franz oder span Fassung nicht zu entnehmen.

---

[99] So auch *Krajewski*, Grundstrukturen 130 f.

[100] Ebenso *Linder*, Daseinsvorsorge 114 f., 172; *Raptis*, Wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Probleme der Abgrenzung, ZÖR 2009, 53 (64). AA *Wernicke*, Services of General Economic Interest in European Law: Solidarity embedded in the Economic Constitution, in *Van de Gronden* (Hrsg), The EU and WTO Law of Services (2009) 121 (127).

[101] Diese Doppeldeutigkeit aufzeigend bereits *Linder*, Daseinsvorsorge 87 ff. Siehe auch die DAI-Mitteilung 1996 zum Begriff ‚öffentlicher Dienst'.