

Gemeinwohlverantwortung im Binnenmarkt

Herausgegeben von
ULRICH BECKER und JÜRGEN SCHWARZE

Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

*Rechtsvergleichung
und Rechtsvereinheitlichung*

14

Mohr Siebeck

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

14



Gemeinwohlverantwortung im Binnenmarkt

Herausgegeben von
Ulrich Becker und Jürgen Schwarze

Mohr Siebeck

Ulrich Becker: Geboren 1960; Wissenschaftliches Mitglied der Max-Planck-Gesellschaft und Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht in München; Professor für öffentliches Recht, Europarecht und Sozialrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Jürgen Schwarze: Geboren 1944; Professor für deutsches und ausländisches Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Freiburg; Direktor des Instituts für Öffentliches Recht, Abt. I: Europa- und Völkerrecht und des Europa-Instituts Freiburg e.V.; Vorsitzender der deutschen Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht und der Gesellschaft für Rechtsvergleichung.

ISBN 978-3-16-150534-8 / eISBN 978-3-16-160920-6 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.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

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.

Vorwort

Der Band spiegelt die Ergebnisse einer gemeinsamen Veranstaltung der Fachgruppen für Europarecht und Arbeits- und Sozialrecht wider, die auf der 32. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 17. bis 19. September 2009 in Köln stattgefunden hat. Die Tagung stand unter dem Generalthema „Die Ordnung der Wirtschaft zwischen nationaler Gestaltung und internationaler Zusammenarbeit“. Ein zweiter Tagungband wird die Beiträge in der Fachgruppe Zivilrecht zusammenfassen (Herausgeber *Reinhard Zimmermann*). Im Rahmen der Gesamtveranstaltung waren die Beratungen unserer Fachgruppen schwerpunktmäßig den Ordnungs- und Gestaltungsproblemen des europäischen Binnenmarktes gewidmet, wofür wir den übergreifenden Titel „Gemeinwohlverantwortung im Binnenmarkt“ gewählt haben.

Aus europarechtlicher Perspektive ist das Grundproblem aufgegriffen worden, wie staatliche Gemeinwohlverantwortung mit den Geboten des gemeinschaftsweiten Wettbewerbs in Einklang gebracht werden kann. Die beiden Referentinnen Heike Schweitzer, Universität Mannheim, und Jacqueline Duteil de la Rochère, Universität Paris, stammen aus zwei großen Mitgliedstaaten der EU, die traditionell im Zusammenspiel von Gemeinwohlverantwortung und Wettbewerb die Akzente jedenfalls unterschiedlich setzen. Nach überliefertem französischem Verständnis spielt die Sorge für das von den staatlichen Behörden zu garantierende Gemeinwohl eine zentrale Rolle. Demgegenüber steht im deutschen Wirtschaftsverfassungsrecht eher ein durch Wettbewerb zu gewährleistendes, wenn auch mit deutlichen sozialen Elementen versehenes, liberales Marktmodell im Vordergrund. Welche Sicht heute jeweils vorzugswürdig ist, lässt sich den beiden Beiträgen von Heike Schweitzer und Jacqueline Duteil de la Rochère im Einzelnen entnehmen. Dabei ist einleuchtend, dass die Frage der Gemeinwohlverantwortung im Binnenmarkt in Zeiten der weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise sogar eine gesteigerte Bedeutung besitzt.

Das wird auch in den folgenden Beiträgen zum Arbeits- und Sozialrecht im Binnenmarkt deutlich. Spätestens seit den grundlegenden Entscheidungen des EuGH zur grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung ist bekannt, dass europäisches Wirtschaftsrecht vor den nationalen Sozialleistungssystemen nicht halt macht. Nun muss sich auch das Arbeitsrecht,

das in einigen Teilen bereits sekundärrechtlich überwölbt ist, verstärkt mit Einwirkungen des Primärrechts auseinandersetzen. Sudabeh Kamanabrou, Universität Bielefeld, fasst die verschiedenen Wege, auf denen diese Einwirkungen erfolgen, zusammen, weist auf daraus resultierende Schwierigkeiten hin und nimmt kritisch zu den jüngsten Urteilen des EuGH Stellung. Aus der Perspektive des Großherzogtums Luxemburg werden die Entwicklungen im anschließenden Beitrag von Achim Seifert, Universität Luxemburg, betrachtet. Dieser ungewöhnliche Blickwinkel, der nicht wie sonst üblich einen großen EU-Mitgliedstaat in den Mittelpunkt stellt, ist dem Umstand zu verdanken, dass sich Luxemburg in einer besonderen wirtschaftlichen Situation befindet: Es ist von Lage und Größe her gesehen in besonderem Maße auf den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr angewiesen. Dabei wird erkennbar, dass das luxemburgische Arbeitsrecht ebenfalls mit den Grundfreiheiten des EGV, insbesondere der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit, in Konflikt geraten ist. Der abschließende sozialrechtliche Beitrag von Michael Dougan, University of Liverpool, hebt die zunehmende Bedeutung der Unionsbürgerschaft für die Verleihung sozialer Rechte hervor. Er zeigt, wie sich die einschlägige Rechtsprechung zu den Anknüpfungspunkten der Nationalität und der Territorialität verhält. Damit werden zugleich die Kriterien beleuchtet, die für die Gewährung von und, etwas tiefergehend und verallgemeinernd, für die rechtliche Ordnung von Solidarität insgesamt eine entscheidende Rolle spielen.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber.....	V
<i>Heike Schweitzer</i> Staatliche Gemeinwohlverantwortung und Wettbewerb	1
<i>Jacqueline Dutheil de la Rochère</i> Concurrence et activités d'intérêt général dans l'Union européenne	27
<i>Sudabeh Kamanabrou</i> Arbeitsrecht im Binnenmarkt.....	45
<i>Achim Seifert</i> Arbeitsrecht im Binnenmarkt aus der Perspektive des Grossherzogtums Luxemburg	75
<i>Michael Dougan</i> Social Security and the Internal Market – the Contribution of Union Citizenship and the Relevance of the Lisbon Treaty	97
Autorenverzeichnis	137

Staatliche Gemeinwohlverantwortung und Wettbewerb

Heike Schweitzer

I. Einleitung

Das Verhältnis von staatlicher Gemeinwohlverantwortung und Wettbewerb gehört zu den großen Streitfragen der modernen Staats- und Rechtstheorie. Rechtspraktisch ist es durch eine tiefe Ambivalenz gekennzeichnet. „Zwei verschiedene Gesichter“, so *Di Fabio*, zeigt der Staat gegenüber dem Wettbewerb: Mal ist der Staat Garant des Wettbewerbs als einer dem Gemeinwohl dienenden Institution; mal sieht der Staat sich im Namen des Gemeinwohls berufen, den als „Kältestrom moderner Gesellschaften“ begriffenen Wettbewerb zu beschneiden, weil, wie *Di Fabio* sagt, „Politik ihre eigentliche Legitimation über die Wärmeströme des Gemeinschaftsempfindens“ erfährt.¹

Die zwei Gesichter des Staates stehen für zwei grundsätzlich verschiedene Vorstellungen vom Gemeinwohl und von der Rolle des Staates gegenüber den Wirkkräften der bürgerlichen Gesellschaft, auf denen der Wettbewerb beruht. Ein liberaler Ansatz rückt die individuelle Freiheit und die Bedingungen in den Mittelpunkt, unter denen aus der Interaktion freier Individuen eine funktionsfähige bürgerliche Gesellschaft entsteht. Zu diesen Bedingungen zählt als zentrale gesellschaftliche Institution der Wettbewerb, der allerdings jenseits *laissez-faire*-liberaler Positionen nicht als naturgegeben verstanden wird: seine positiven Wirkungen als Entdeckungsverfahren, als freiheitssicherndes Entmachtungsinstrument und als Instrument einer effizienten Ressourcenallokation entfaltet der Wettbewerb nur als regelgebundenes Verfahren, wobei die Setzung und Einhaltung der „Spielregeln“ vom Staat zu gewährleisten sind. Eine in der Terminologie von *Di Fabio* „politisch-etatistische Weltsicht der Planung und Gestaltung“ glaubt demgegenüber nicht an die „spontane Ordnung“ unter Regeln bzw. an die Möglichkeit, dass sich Gemeinwohl über privatautonome Ein-

¹ *Udo Di Fabio*, Wettbewerbsprinzip und Verfassung, in: FIW (Hrsg.), Freier Wettbewerb – Verantwortung des Staates. Referate des XL. FIW-Symposiums, 2008, S. 1, 3.

zelentscheidungen konstituiert. Wirtschaftliche Freiheiten und Wettbewerb konstituieren aus dieser Sicht nichts. Sie sind vielmehr eine spaltende, die gesellschaftliche Ordnung und Gemeinschaft latent unterminierende Kraft, die der Staat eindämmen muss, wenn er eine stabile soziale Ordnung schaffen will. So sieht etwa der deutsche Bundesverfassungsrichter *Broß* im Wettbewerb einen rücksichtslosen, wertneutralen naturwüchsigen Prozess des Kampfes aller gegen alle und ein „Hindernis für eine menschenwürdige und sozialverträgliche Grundlage eines jeden Staatswesens“, welches der Sozialstaat überwinden muss.² Werthaltig sind in dieser Perspektive allein die demokratisch legitimierte politische Entscheidung und Intervention, die ihre steuernde Vernunft gegen die Blindheit des Marktes setzt.

Seit Mitte der 1980er Jahre treffen diese gegensätzlichen Grundverständnisse insbesondere in der Diskussion aufeinander, welche Vorgaben das Recht der Europäischen Gemeinschaft der Organisation mitgliedstaatlicher und kommunaler Daseinsvorsorge macht und machen kann.

Den kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten ist – bei allen Unterschieden im Detail – eine in der Terminologie *Di Fabios* „politisch-etatistische“ Tradition gemein: Das französische Konzept des „service public“ geht wie das deutsche Konzept der Daseinsvorsorge³ herkömmlich von einem Antagonismus zwischen dem durch Individualinteressen getriebenen Markt und dem öffentlichen Interesse aus. Die staatliche Intervention in den Marktprozess wird dem öffentlichen Interesse gleichgesetzt. Auch wurde im Rahmen beider Konzepte das öffentliche Interesse häufig unmittelbar mit öffentlicher Organisation identifiziert – nicht selten unter Ausschluss des Wettbewerbs.⁴ Im Sinne des Max Weber’schen Konzepts der Wert-rationalität sollte die direkte staatliche Leistungsverantwortung bereits für sich genommen die Orientierung am Gemeinwohl garantieren. Leistungsinhalt und Leistungsqualität wurden oftmals nicht präzisiert oder kontrolliert. Auch erschöpfte sich das Gemeinwohl in der Tradition des „service public“ bzw. der Daseinsvorsorge nicht in den Leistungen der Verwaltung gegenüber dem Bürger. Ein industriepolitischer Anspruch des Staates trat häufig hinzu: in der Konkurrenz mit anderen Staaten sah sich jeder Staat herausgefordert, eigene „national champions“ aufzubauen, die zum Reichtum und zur äußeren Stärke des Staates beitragen sollten. Auch dies wurde als Teil des Gemeinwohls gesehen. Der Gleichsetzung von öffentlicher Leistungsverantwortung und öffentlichem Interesse entsprach es, dass die

² *Siegfried Broß*, Daseinsvorsorge – Wettbewerb – Gemeinschaftsrecht, JZ 2003, S. 874 ff.

³ Siehe hierzu aus dem jüngeren Schrifttum: *Krajewski*, Rechtsbegriff Daseinsvorsorge?, *VerwArch* 2008, 174 ff.

⁴ Siehe hierzu: *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, ‚service public‘, *Universaldienst*, 2002, S. 61 ff. und S. 222 ff.

Entscheidung des Staates, in den Marktprozess einzugreifen, auf nationaler Ebene allenfalls einer zurückhaltenden Kontrolle unterlag. Der Wettbewerb hatte in dieser Perspektive als Organisationsprinzip für die Güterversorgung keinen wesentlichen Eigenwert. Die wirtschaftlichen Freiheitsrechte, die ihm zugrunde liegen, mussten regelmäßig hinter dem Primat der Politik zurückstehen.

Gegenüber den herkömmlichen nationalen Konzeptionen vollzieht das EU-Recht einen fundamentalen Perspektivenwechsel auf Gemeinwohl, Staat und Wettbewerb. An die Stelle der nationalen Prämisse eines Antagonismus zwischen Markt und öffentlichem Interesse tritt in der EU das gemeinsame europäische öffentliche Interesse an der Herstellung eines Binnenmarktes, der auf der Geltung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten und auf dem Schutz eines Systems unverfälschten Wettbewerbs beruht.⁵ Dem weiten staatlichen Eingriffsermessen auf mitgliedstaatlicher Ebene stellt das EU-Recht ein System entgegen, welches staatliche Eingriffe in den Markt zwar nicht ausschließt, die Mitgliedstaaten bei binnenmarkt-relevanten Interventionen jedoch einer strengen Rechtsbindung und damit zugleich einem strengen Rechtfertigungserfordernis und Verhältnismäßigkeitsprinzip unterwirft. Auch auf europäischer Ebene herrscht breiter Konsens darüber, dass die Mitgliedstaaten nicht nur auf Markt und Wettbewerb verpflichtet sind, sondern auch flächendeckende Infrastrukturleistungen, funktionsfähige Systeme sozialer Sicherheit und ein Mindestmaß an sozialem Schutz vor zentralen Lebensrisiken zu gewährleisten haben. Ob und inwieweit hierfür Interventionen in Grundfreiheiten und Wettbewerb erforderlich sind, wird jedoch im Einzelfall untersucht.

II. Nationale staatliche Gemeinwohlverantwortung und europäisches Wettbewerbsrecht – Konflikte im Wandel

Die Spannung zwischen den herkömmlichen mitgliedstaatlichen Konzeptionen des Verhältnisses von staatlicher Gemeinwohlverantwortung und Wettbewerb und dem im Recht der EU verwurzelten Ansatz ist nicht neu. Sie prägt die Diskussion um die häufig durch die EU angestoßenen Liberalisierungsmaßnahmen in den Infrastruktursektoren und um die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf Leistungen mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge seit nunmehr fast 30 Jahren. Gewechselt haben die konkreten Anlässe der Diskussion.

⁵ Früher Art. 3 lit. c und lit. g EG; nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon: Art. 3 Abs. 3 EUV und Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb.

Im Zentrum stand lange Zeit die Auslegung des Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex Art. 86 Abs. 2 EG) und seine Anwendung auf besondere und ausschließliche Rechte, welche Mitgliedstaaten ihren Unternehmen in weitem Umfang gewährten. In den großen Netzinfrakturstektoren sind die Ausschließlichkeitsrechte heute überwiegend abgeschafft. In anderen Bereichen bestehen sie jedoch fort. Die Grenzen, welche die Grundfreiheiten und Wettbewerbsvorschriften i.V.m. Art. 106 Abs. 2 AEUV den Mitgliedstaaten bei der Gewährung von besonderen und ausschließlichen Rechten setzen, sind bis heute nicht abschließend geklärt.⁶ Den Bestand von Ausschließlichkeitsrechten beurteilt der EuGH zumeist am Maßstab der Grundfreiheiten, auf deren Geltung Art. 106 Abs. 1 AEUV verweist. Das weite Verständnis der Grundfreiheiten als allgemeine Beschränkungsverbote hat dazu geführt, dass Ausschließlichkeitsrechte heute nahezu durchgängig rechtfertigungsbedürftig sind.⁷

Ausschließlichkeitsrechte können ferner am Maßstab von Art. 102 AEUV zu messen sein, auf dessen Geltung Art. 106 Abs. 1 AEUV ebenfalls verweist. So hat der EuGH im Urteil *MOTOE* zwar erneut hervorgehoben, dass die bloße Schaffung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte im Sinne von Art. 106 Abs. 1 AEUV als solche nicht mit Art. 102 AEUV unvereinbar ist.⁸ Ein Mitgliedstaat verstößt aber gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV, wenn das mit besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgestattete Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen Rechte seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt, wenn der Mitgliedstaat eine Situation schafft, in der dieses Unternehmen zur missbräuchlichen Ausnutzung seiner beherrschenden Stellung „veranlasst“ wird,⁹ oder wenn durch die ausschließlichen oder besonderen Rechte eine

⁶ Für einen bis heute instruktiven konzeptionellen Zugriff auf diese Frage siehe *Edward/Hoskins*, Art. 90: Deregulation and EC law: reflections arising from the XVI FIDE Conference, CMLR 1995, 157 ff.

⁷ Siehe z.B. EuGH Rs. C-124/97 *Läärä u. a.*, Slg. 1999 I-6067 Rdnr. 37; EuGH Rs. C-67/98 *Zenatti*, Slg. 1999 I-7289 Rdnr. 35; EuGH Rs. C-6/01 *Anomar u. a.*, Slg. 2003, I-8621 Rdnr. 74. Siehe auch EuGH Rs. C-380/05 *Centro Europa 7*, Slg. 2008 I-349, Rdnr. 100. Siehe dort allerdings auch Rdnr. 79, mit der engeren Auslegung der Dienstleistungsfreiheit als Diskriminierungsverbot: Art. 49 EG [jetzt: Art. 56 AEUV] stehe der Anwendung jeder nationalen Regelung entgegen, „die die Leistung von Diensten zwischen Mitgliedstaaten im Ergebnis gegenüber der Leistung von Diensten im Inneren eines Mitgliedstaats erschwert“ (unter Hinweis auf EuGH Rs. C-544/03 und C-545/03, *Mobistar und Belgacom Mobile*, Slg. 2005, I-7723 Rdnr. 30).

⁸ EuGH, Rs. C-49/07 *MOTOE*, Slg. 2008 I-4863 Rdnr. 48.

⁹ Siehe z.B. EuGH Rs. C-462/99 *Connect Austria*, Slg. 2003 I-5197 Rdnr. 80.

Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Missbrauch begeht.¹⁰

Ein Missbrauch muss dabei nicht tatsächlich stattfinden bzw. nachgewiesen werden.¹¹ Ein Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV liegt bereits dann vor, wenn durch die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte die Gefahr des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung geschaffen wird.¹² Diesen Grundsatz hat der EuGH in jüngerer Zeit immer öfter mit der Feststellung verknüpft, dass die Gewährung bzw. Ausübung besonderer oder ausschließlicher Rechte nicht zu einer Verletzung der wettbewerblichen Chancengleichheit führen darf.¹³ Der Gedanke der wettbewerblichen Chancengleichheit zwischen den Wirtschaftsteilnehmern sei für ein System unverfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag vorsehe, zentral.¹⁴ Aus diesem Grund darf keinem Wirtschaftsteilnehmer die Befugnis eingeräumt werden, über die Zulassung anderer Wettbewerber zum Markt zu entscheiden.¹⁵ Einem öffentlichen Mobilfunkunternehmen mit beherrschender Stellung dürfen nicht umsonst zusätzliche Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich zugeteilt werden, wenn ein neu auf den Markt tretendes Unternehmen für die Erteilung seiner DCS 1800-Lizenz eine Gebühr entrichten muss, und wenn es dem öffentlichen Mobilfunkunternehmen durch diese Maßnahme ermöglicht wird, seine beherrschende Stellung auf den Markt für digitale Mobil-

¹⁰ EuGH, Rs. C-49/07 *MOTOE*, Slg. 2008 I-4863 Rdnr. 49, unter Verweis auf EuGH Rs. C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova*, Slg. 1991 I-5889 Rdnrn. 16 und 17; EuGH Rs. C-323/93 *Centre d'insémination de la Crespelle*, Slg. 1994, I-5077 Rdnr. 18 u.a.

¹¹ EuGH Rs. C-55/96 *Job Centre*, Slg. 1997 I-7119 Rdnr. 36.

¹² EuGH Rs. C-49/07 *MOTOE*, Slg. 2008 I-4863 Rdnr. 50, unter Hinweis auf EuGH Rs. C-380/05 *Centro Europa 7*, Slg. 2008, I-349 Rdnr. 60 u.a.

¹³ Siehe z.B. EuGH Rs. C-462/99 *Connect Austria*, Slg. 2003 I-5197 Rdnr. 83 ff.

¹⁴ EuGH Rs. C-49/07 *MOTOE*, Slg. 2008 I-4863 Rdnr. 51. Trotz Streichung des Art. 3 lit. g EG im Lissaboner Vertrag ist davon auszugehen, dass über das Protokoll 27 weiterhin eine Verpflichtung auf die Gewährleistung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs besteht.

¹⁵ EuGH Rs. C-49/07 *MOTOE*, Slg. 2008 I-4863 Rdnr. 51: „Wird eine juristische Person wie ELPA, die selbst Motorradrennen veranstaltet und kommerziell nutzt, mit der Aufgabe betraut, der zuständigen Behörde gegenüber ihr Einverständnis zu den Anträgen auf Genehmigung der Durchführung solcher Rennen zu erklären, so läuft dies tatsächlich darauf hinaus, ihr die Befugnis zu verleihen, die Personen zu bestimmen, die solche Wettbewerbe durchführen dürfen, und die Bedingungen festzulegen, unter denen die Rennen durchgeführt werden, und damit dieser Einrichtung einen eindeutigen Vorteil gegenüber ihren Wettbewerbern zu verschaffen. [...] Ein solches Recht kann dazu führen, dass das berechnete Unternehmen den Zugang der anderen Beteiligten zu dem betreffenden Markt verhindert.“ – unter Hinweis auf: EuGH Rs. C-202/88 *Frankreich/Kommission*, Slg. 1991 I-1223 Rdnr. 51; und EuGH Rs. C-18/88 *GB-Inno-BM*, Slg. 1991 I-5941 Rdnr. 25.

funkdienste nach dem DCS 1800-Standard auszudehnen oder seine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken.¹⁶ Erstreckt sich ein Ausschließlichkeitsrecht durch Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Infrastrukturen auch auf angrenzende Märkte, so kann Art. 102 AEUV eine Pflicht zur Öffnung dieser angrenzenden Märkte begründen.¹⁷ Auch den privilegierten Zugang eines etablierten staatlichen Stromversorgers PPC zu Braunkohle hat die Kommission unter Berufung auf den Grundsatz wettbewerblicher Chancengleichheit als Verstoß gegen die Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV qualifiziert.¹⁸ Griechenland verpflichtete sich daraufhin gegenüber der Kommission, Abbaurechte für vier Lagerstätten im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen zu vergeben, an denen der staatliche Stromversorger PPC sich nicht beteiligen kann.¹⁹ Ein Mitgliedstaat verstößt mithin immer dann gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV, wenn er ein öffentliches Unternehmen in beherrschender Stellung durch Gewährung eines besonderen oder ausschließlichen Rechts in einer Weise begünstigt, die zu Chancungleichheiten zwischen den Marktteilnehmern führt. Besondere praktische Bedeutung hat diese Rspr. in den neu liberalisierten Märkten erlangt, in denen die öffentlichen Unternehmen als Ex-Monopolisten häufig noch über vielfältige Wettbewerbsvorteile verfügen.

Liegt ein Verstoß eines Mitgliedstaates und/oder eines Unternehmens gegen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts – insbes. der Grundfreiheiten, Wettbewerbs- oder Beihilfevorschriften – vor, so kann dieser gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex Art. 86 Abs. 2 EG) gerechtfertigt sein.²⁰ Zweck der Vorschrift ist es, die Spannung zwischen dem europäischen öffentlichen Interesse an einem Binnenmarkt mit unverfälschtem Wettbewerb und dem Interesse der Mitgliedstaaten an der Gewährleistung von Leistungen der Daseinsvorsorge bzw. des „service public“ unter Rückgriff auf eine Erfor-

¹⁶ EuGH Rs. C-462/99 *Connect Austria*, Slg. 2003 I-5197 Rdn. 85-86.

¹⁷ Zur Anwendung von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in solch einem Fall siehe zuletzt BKartA, Pressemitteilung v. 28.1.2010 – Öffnung der Fährverbindung Puttgarden-Rodby für den Wettbewerb.

¹⁸ EU-Kommission, Entscheidung vom 5.3.2008 zur Erteilung bzw. Aufrechterhaltung von Genehmigungen zur Braunkohlegewinnung zugunsten der PPC durch die Hellenische Republik. Siehe auch EU-Kommission, Entscheidung vom 4.8.2009 (Art. 106 Abs. 3 AEUV), ABl. 2009 Nr. C 243/5.

¹⁹ Siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 4.8.2009 (Art. 106 Abs. 3 AEUV), ABl. 2009 Nr. C 243/5.

²⁰ Nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die „[...] Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“